

PRUDENTIA IURIS N° 80

35° aniversario

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



Diciembre 2015

AUTORIDADES

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

Rector

Mons. Víctor M. Fernández

Vicerrectora de Investigación

Dra. Beatriz Balián de Tagtachian

Vicerrector de Asuntos Académicos e institucionales

Dr. Gabriel Limodio

Vicerrector de Asuntos Económicos

Dr. Horacio Rodríguez Penelas

FACULTAD DE DERECHO

Dr. Daniel A. Herrera

Decano

Dr. Néstor Raymundo

Secretario Académico

Dr. Fernando Ubiría

Prosecretario Académico

Dr. Nicolás Lafferriere

Director de Investigación Jurídica Aplicada

Dr. Gustavo Costa Aguilar

Director de Posgrado

Director de la Revista

Jorge Nicolás Lafferriere

Secretaria de Redacción

Débora Ranieri de Cechini

Comité Editorial

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

Consejo Académico

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

PRUDENTIA IURIS

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

Entre nuestros destinatarios se encuentran profesores, investigadores, legisladores, jueces, abogados y estudiantes de las Ciencias Jurídicas como así también bibliotecas de Universidades, Centros de Investigación y otros organismos. La publicación mantiene intercambio con aproximadamente 310 publicaciones tanto nacionales como extranjeras.

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

Prudentia Iuris se encuentra incluida en la base de datos EBSCO, Latindex, Dialnet, y REBIUN. Todos los contenidos también pueden ser encontrados en la Biblioteca Digital de la Universidad.

Datos de contacto para suscripciones, canjes, envíos de trabajos y correspondencia:
Revista *Prudentia Iuris*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina, Avda. Alicia Moreau de Justo 1400, CP 1107, Buenos Aires, Argentina, prudentia_iuris@uca.edu.ar; www.uca.edu.ar/derecho.

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

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

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

Prudentia Iuris is included in the database EBSCO, Latindex Directory, Dialnet, and REBIUN. All content can also be found in the Digital Library of the University.

For subscriptions, swaps, paper submissions and correspondence:
Revista *Prudentia Iuris*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina, Avda. Alicia Moreau de Justo 1400, CP 1107, Buenos Aires, Argentina, prudentia_iuris@uca.edu.ar, www.uca.edu.ar/derecho.

ISSN: 0326-2774

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

PRUDENTIA IURIS

SUMARIO

DICIEMBRE 2015 – N° 80

Presentación 13

PARTE I. Contribuciones especiales con motivo del 35° Aniversario de la Revista

LIMODIO, Gabriel

El Derecho Privado entre dos Bicentenarios. A propósito de los treinta y cinco años de *Prudentia Iuris* (Private Law between double centenary. About thirty-five years of *Prudentia Iuris*) 19

SALERNO, Marcelo U.

Breviario de la legislación civil (1980-2015) (Breviario Civil Law. 1980-2015) ... 31

YACOBUCCI, Guillermo J.

La transformación del Derecho Penal Argentino (The Transformation of the Argentine Criminal Law)..... 39

PUNTE, Roberto A.

Tendencias, cambios y desplazamientos en el campo jurídico (Trends, Changes and Displacements in the Legal Field) 55

COVIELLO, Pedro

Derecho Administrativo y ética. Una visión luego de treinta y cinco años (Administrative Law and Ethics. A Vision after thirty-five years) 71

PARTE II. Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana

HERRERA, Daniel A.

¿Hacia un Estado Mundial de Derecho Global? (Towards a Global State of Law 87

PADRÓN, Héctor

La persona humana en el Código Civil y Comercial. Artículos 17 y 19. Una

SUMARIO

reflexión filosófica (The Human Person in the Civil and Commercial Law. Articles 17 and 19. A Philosophical Reflection)	105
---	-----

LAFFERRIERE, Jorge Nicolás

“De F.A.L. a M.A.D.: el derecho a la vida en la Corte Suprema de Justicia de la Nación”. Workshop del 19 de noviembre de 2015 (“From F.A.L. to M.A.D.: The Right to Life in the Supreme Court of Justice”. Workshop of November 19, 2015)	131
---	-----

PARTE III. Estudios Doctrinales

LAMAS, Félix A.

Hegel y la disolución de la tradición de la ley natural. El apogeo del gnosticismo moderno (Hegel and the Dissolution of the Natural Law’s Tradition. The height of Modern Gnosticism)	139
--	-----

PUPPINCK, Grégor

El aborto en la ley europea: Derechos Humanos, Derechos Sociales y la nueva tendencia cultural (Abortion in European Law: Human Rights, Social Rights and New Cultural Trend)	165
---	-----

ROMERO BERDULLAS, Carlos M.

Hacia una política criminal integradora (Towards an Integrating Criminal Policy)	179
--	-----

TELLO MENDOZA, Juan Alonso

La doctrina del control de convencionalidad: dificultades inherentes y criterios razonables para su aplicabilidad (The doctrine of Conventionality Control: Inherent Difficulties and Reasonable Criteria for its Compulsory Application).	197
--	-----

PARTE IV. Notas y comentarios

Habla ahora o calla (forzosamente) para siempre: las Convenciones en contra de toda forma de discriminación e intolerancia y su amenaza a la libertad de expresión en los Estados americanos (Speak now or shut up (necessarily) forever: the Convention against all forms of discrimination and intolerance and its threat to Freedom of Expression in the American States) <i>por Tomás Henríquez C.</i>	223
--	-----

SUMARIO

The Art of Human Rights: Enriching the Life of the Law School through Drawings and other Visual Resources (El Arte de los Derechos Humanos: Enriquecer la vida de la Facultad de Derecho a través de dibujos y otros recursos visuales) *por Santiago Legarre* 251

Las citas de leyes y otras normas: legislación comparada y nuevo Digesto Jurídico Argentino (Citation of statutes and other norms: comparative legislation, and the new Argentinean Legal Digest) *por Fernando M. Toller* 259

“Paradiso, Campanelli” y un contrato internacional de maternidad subrogada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (“Paradiso, Campanelli” and a Cross-border Surrogacy arrangement in the European Court of Human Rights) *por Julieta Monteroni* 273

PARTE V. Documentos

Visita a la Organización de las Naciones Unidas, *Discurso del Santo Padre Francisco*, Nueva York, Viernes 25 de septiembre de 2015..... 283

Visita al Congreso de los Estados Unidos de América, *Discurso del Santo Padre Francisco*, Washington D.C., Jueves 24 de septiembre de 2015 291

RECENSIONES

GARAY, Alberto F.,. *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*, Buenos Aires. AbeledoPerrot, 2013 (por Julieta A. Monteroni) 301

MEDRANO, José María, *Los iniciales Cursos de Cultura Católica*. Buenos Aires, Dunken, 2015 (por Juan Marcos Pueyrredón) 304

Normas de publicación..... 317

PRESENTACIÓN

En agosto de 1980 el Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Dr. Santiago de Estrada, escribía en la presentación del primer número de *Prudentia Iuris*: “*Prudentia Iuris*’ será el órgano periódico expresivo de la Escuela de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina ‘Santa María de los Buenos Aires’. Lo será, no para dar cuenta de cuanto pueda ocurrir entre los claustros y los corrillos de la Escuela, o para notoriedad y promoción de quienes en ella enseñan, estudian o trabajan, sino para dar testimonio de lo que la Escuela misma tiene de más esencial y profundo, de lo que constituye su razón de ser como instituto de investigación y docencia: la elaboración de un pensamiento jurídico coherente con los principios fundamentales de la justicia y el orden natural, iluminados por la Fe”.

Celebramos el 35° aniversario de esta Revista que ha procurado, en todo este tiempo, permanecer fiel a esa misión de servicio al pensamiento jurídico. El número inicial se abrió, luego de la presentación del Decano, con un texto titulado “*Prudentia Iuris*” y que consistía en extracto del libro *La justicia y el derecho* del Dr. Tomás D. Casares (Ed. CCC, 2da. ed., 1945, pags. 235/242) con el doble propósito de rendir un sincero homenaje a su autor y dar explicación al título elegido para la revista. Y allí se recordaba la enseñanza del Dr. Casares: “la función legislativa y la judicial están colocadas en un punto intermedio que debe comunicar a un mismo tiempo con la eminencia de los principios y con todas las sinuosidades de lo concreto. La consideración de algunos aspectos de ellas puede concluir de mostrar el modo de inherencia de los principios en lo concreto, la relación vital de lo absoluto con lo contingente en la realidad jurídica que es el derecho positivo. El análisis de la virtud de prudencia que debe regir la tarea legislativa y la judicial conduce a la intimidad de esta cuestión...” (*Prudentia Iuris*, nro. 1, 1980, p. 5). Justamente las páginas de la Revista han procurado ser un ámbito académico de estudio y diálogo en torno a lo justo prudencialmente discernido, ya sea en las honduras propias de la iusfilosofía, como en los entresijos más concretos de las distintas ramas del derecho positivo.

Es una profunda alegría, por tanto, presentar este número aniversario que quiere comenzar con una acción de gracias a Dios por todos los beneficios recibidos a través de la tarea intelectual plasmada en esta Revista. Nuestra gratitud se dirige muy especialmente a quienes han sido Decanos de esta Facultad; a los Di-

PRESENTACIÓN

rectores de la Revista: Santiago de Estrada, Alfredo Di Pietro, Horacio Granero, Roberto Punte, Carlos Sanz y Gabriel Limodio; a los Secretarios de Redacción que son los auténticos artífices de que la Revista salga publicada; a los integrantes de los consejos editoriales y académicos de Redacción; a todos los autores; a los suscriptores y a todos los que han hecho posible este esfuerzo académico sostenido con excelente nivel intelectual. Repasando la historia de la revista es notable advertir que ha conservado un estilo de reflexión intelectual y jurídica, acompañado por documentos de interés y por las recensiones o “notas bibliográficas” que ya acompañaron el primer número.

Para celebrar este acontecimiento hemos invitado a destacados profesores de la Facultad a compartir sus reflexiones sobre la situación del derecho en nuestro país en estos 35 años. En efecto, la Revista ha sido testigo de profundas transformaciones jurídicas: desde la reforma constitucional de 1994 hasta la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, pasando por el profundo cambio que significa ingresar al siglo XXI de la mano de la consolidación del llamado Estado de Derecho Constitucional. En este marco, nos pareció oportuno que este aniversario pudiera servir como ocasión para detener por un instante la vertiginosa marcha cotidiana y permitir al espíritu una reflexión más de fondo y en perspectiva sobre los cambios vividos en este período de la vida institucional de nuestro país. Las contribuciones que publicamos se abren con el trabajo del Vicerrector de Asuntos Académicos e Institucionales, Dr. Gabriel Limodio, sobre el tema del Derecho Privado entre dos Bicentenarios. La temática vinculada al derecho civil se continúa con el artículo del Dr. Marcelo Urbano Salerno. Por su parte, Guillermo Jorge Jacobucci se refiere a la transformación que ha sufrido el derecho penal en este período. Por su parte, Roberto Punte presenta tendencias, cambios y desplazamientos en el campo jurídico y Pedro J.J. Coviello se refiere a la relación entre derecho administrativo y ética en este período. Esperamos que el lector encuentre estos artículos estimulantes y que puedan ser una contribución que responda a esos primeros y fundacionales objetivos que trazaba Santiago De Estrada para nuestra Revista.

La Revista continúa luego con sus secciones habituales. Por un lado, la Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana con el trabajo “¿Hacia un Estado Mundial de Derecho Global?” y un profundo estudio del Dr. Héctor Padrón sobre “La persona humana en el Código Civil y Comercial. Artículos 17 y 19. Una reflexión filosófica”. También compartimos la crónica del Workshop realizado por la Cátedra el 19 de noviembre de 2015, que contó con la exposición del Dr. Alfonso Santiago y que estuvo dedicado al tema “De F.A.L. a M.A.D.: el derecho a la vida en la Corte Suprema de Justicia de la Nación”.

En los estudios doctrinales, por pedido especial de la Dirección de la Revista, el Dr. Félix A. Lamas ofrece un profundo estudio sobre “Hegel y la disolución de la tradición de la ley natural. El apogeo del gnosticismo moderno”. Se trata de una contribución de fondo, que permite comprender los problemas que enfrenta la doctrina tradicional sobre la ley natural. En esta sección contamos con dos contribuciones del exterior. Grégor Puppink, jurista experto en las temáticas de la Corte Europea de Derechos Humanos, analiza la situación del aborto en la ley europea y la interrelación entre derechos humanos, derechos sociales y las nuevas tendencias culturales. A su vez, el joven investigador peruano Juan Alonso Tello Mendoza pre-

PRESENTACIÓN

senta un estudio sobre la doctrina del control de convencionalidad, sus dificultades inherentes y los criterios razonables para su aplicabilidad. Finalmente, desde el derecho penal, Carlos Romero Berdullas considera la problemática de la política criminal ante un escenario delictivo multicausal y pluridimensional, con apertura a una lectura global de la conflictividad que posibilite medidas superadoras e integradoras.

Entre las notas y comentarios también contamos con una valiosa contribución desde Chile del Dr. Tomás Enríquez sobre la problemática de las convenciones en contra de toda forma de discriminación e intolerancia y su amenaza a la libertad de expresión en los Estados americanos. Por su parte, el investigador de CONICET y profesor de la UCA Santiago Legarre nos propone enriquecer la vida de las Facultades de Derecho con el aporte de las artes visuales. Fernando Toller comparte un estudio sobre el problema de las citas de leyes y otras normas a partir de la legislación comparada y con atención al nuevo Digesto Jurídico Argentino. Finalmente, la joven abogada Julieta Monteroni comenta el caso “Paradiso, Campanelli” del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la problemática del alquiler de vientres. En los documentos hemos considerado particularmente relevantes dos de los discursos del Santo Padre Francisco durante su visita en septiembre de 2015 a Cuba y los Estados Unidos: los que dirigió a las Naciones Unidas y al Congreso de los Estados Unidos. La Revista se cierra con dos recensiones, la primera, sobre el libro “La doctrina del precedente en la Corte Suprema” de Alberto F. Garay realizada por Julieta Monteroni y la segunda sobre el libro “Los iniciales cursos de Cultura Católica de Buenos Aires” de José María Medrano, realizada por Juan Marcos Pueyrredón.

Nuevamente corresponde agradecer la tarea de la Secretaria de Redacción, Débora Ranieri de Cechini, que incansablemente y con rigor realiza toda la tarea que permite que la Revista se publique en tiempo y forma.

Retomando la primera presentación de la Revista hace 35 años, podemos hacer nuestras las palabras del entonces Decano: “la razón de ser de ‘*Prudentia Iuris*’ se confunde casi con la razón de ser de nuestra Escuela de Derecho [hoy diríamos Facultad], como instituto que es de una Universidad cuya función primordial es precisamente promover la integración del saber dentro de una cosmovisión cristiana total y coherente. Y esta tarea que debemos realizar en cumplimiento del mandato que la Iglesia nos ha confiado, redundará, sin duda, en bien de la República”. Con este espíritu, volvemos a confiar a Dios la Revista para que siga fiel a su misión y pueda dar los frutos que hoy se necesitan.

DANIEL A. HERRERA
Decano

JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE
Director

PARTE I

**CONTRIBUCIONES ESPECIALES CON MOTIVO
DEL 35° ANIVERSARIO**

EL DERECHO PRIVADO ENTRE DOS BICENTENARIOS
A propósito de los treinta y cinco años de Prudentia Iuris
Private Law between Centenary. About thirty-five years of Prudentia Iuris

Gabriel Limodio*

Hace treinta y cinco años nacía nuestra revista. Es difícil no recordar aquellos años de vida universitaria y lo que significa y ha significado que una publicación se haya mantenido con vida y siempre actualizada a través del tiempo; de allí nuestra felicitación y saludo¹.

Para homenajearla nos parece adecuado aportar un breve comentario sobre un tema que, con la puesta en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial unificado, cobra fuerza, sin desconocer que todo aporte que se haga no puede sino ser provisorio. Van entonces unas palabras sobre las transformaciones del Derecho Privado entre dos Bicentenarios.

Si fijamos una mirada retrospectiva, advertimos que al tiempo del nacimiento de nuestra revista, es decir, en la década del ochenta del siglo XX, se producían dos acontecimientos, que necesariamente influyen en la cuestión que tratamos. Por supuesto que los mismos no son excluyentes, pero muchas de las cuestiones que hoy inciden en la nueva formulación del Derecho Privado tienen que ver con ellos. Nos referimos a la consolidación del Estado de Derecho Constitucional y la vigencia del tiempo cultural de la posmodernidad.

Pueden aparecer otras consideraciones, pero si se fija la mirada en los últimos acontecimientos que nos ocupan se advierte que la denominada constitucionalización del Derecho Privado puede leerse desde estos dos aportes, ya que, por un lado, en aquel momento histórico quedaba definitivamente desenmascarado el positivismo y el denominado Estado de Derecho Legal, y por otro lado, lo que pudo interpretarse como el retorno del Derecho Natural culturalmente puede malograrse al imponerse un modelo en el cual no exista reconocimiento de valores objetivos.

* Vicerrector de Asuntos Académicos e Institucionales de la Pontificia Universidad Católica Argentina y Profesor Titular Ordinario de Principios de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la misma Universidad. Correo electrónico: gabriel_limodio@uca.edu.ar

¹ Resulta ocioso recordar que *Prudentia Iuris* siempre ha dedicado espacios a estudiar la evolución del Derecho Privado. A modo de ejemplo se irán citando distintos artículos. Para comenzar, Casares, T. (1980). Extracto del libro *La Justicia y El Derecho*, C.C.C. (1945). *Prudentia Iuris*, Nro. 1, 5-7.

I. El Derecho Privado en tiempos de neoconstitucionalismo

Primero unas precisiones.

El neoconstitucionalismo nace como un nuevo paradigma ante la evidente crisis del positivismo, donde la ley dejó de ser la única, suprema y racional fuente de Derecho; con esto no pretendemos afirmar que se trate de una victoria del iusnaturalismo, sino más bien ver su planteamiento como una nueva corriente del pensamiento jurídico que se encuentra en pleno proceso de formación y consolidación.

Una doctrina ha querido entender que esta corriente de pensamiento es el resultado de dos tradiciones jurídicas que históricamente han transitado por distintos caminos: la europea y la norteamericana. La europea sienta sus bases en una Constitución “que pretende determinar fundamentalmente quién manda, cómo manda y, en parte también, hasta dónde puede mandar”²; se caracteriza, además, por ser una garantía jurisdiccional, limitándose al respeto de la ley –reducción del Derecho a la norma jurídica–, que viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto, de subordinación a la propia Constitución.

En la tradición jurídica norteamericana, en cambio, la Constitución no sólo fija o limita las reglas de juego, sino que se presenta como un proyecto político articulado que pretende participar como una norma jurídica de aplicación directa y jerárquicamente superior a cualquier otra.

Una cuestión que no es menor es la ampliación al ámbito de la teoría del Derecho. Aquí el tema adquiere otros ribetes ya que esta es la manera en que obtiene una suerte de “carta de ciudadanía” que habilita a trasladar la cuestión a las distintas ramas del Derecho.

Esta teoría quiere dejar atrás al positivismo jurídico –Estado de Derecho– y a sus postulados sobre la validez, eficacia y justicia de la norma jurídica. El positivismo sólo pretendía responder a la primera y dejaba las restantes en manos de la sociología jurídica y de la filosofía o la ética³. Se busca que la norma, además de ser válidamente dictada, respete y desarrolle los Derechos Humanos, y sea eficaz y operativa porque ellos están garantizados en la práctica. La Constitución se presenta como un valor supremo y con presencia en la mayoría de las áreas jurídicas, existiendo una suerte de omnipresencia como una norma que está manifiesta en todo tipo de conflictos, ofreciendo orientaciones en las más heterogéneas esferas. Precisamente aquí es donde aparece la separación de las distintas corrientes de lo que ha dado en llamarse neoconstitucionalismo.

Otro soporte fundamental de esta nueva teoría es la rigidez de la Constitución que ya no sólo es condicionante y reguladora, ya no es más el fruto del legislador, sino que entra en una óptica de proyección jurídica sobre toda la legislación. “De esta manera, del Derecho resulta positivizado no solamente su ser, es decir, su existencia o vigor, sino también su deber ser, es decir, sus condiciones de validez; ya no solamen-

2 Sanchís, L. P. (2007). *Derechos Fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima. Palestra, 114.

3 Santiago, A. (2010). *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho. Contribuciones iusfilosóficas acerca de algunos temas constitucionales*. Buenos Aires. Marcial Pons.

te los vínculos formales relativos al quién y al cómo de las decisiones, sino también los vínculos del contenido relativos al qué cosa de las decisiones mismas y que no son más que los principios y los derechos fundamentales”⁴.

Los derechos fundamentales juegan un papel gravitante en el neoconstitucionalismo desde un doble sentido: el primero, que los Derechos Fundamentales establecidos por las Constituciones estatales, y que ya en el campo práctico se manifiestan en un amplio catálogo en la parte dogmática –dentro del Derecho Interno– y por las cartas internacionales –en Derecho Internacional–, deben ser garantizados y concretamente satisfechos; el segundo enfoque refiere al garantismo que según su apreciación es la otra cara fundamental del neoconstitucionalismo. A éste le corresponde la elaboración e implementación de las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad de los derechos constitucionalmente reconocidos. En consecuencia, los operadores jurídicos ya no acceden a la Constitución a través del legislador sino que lo hacen directamente ya que ella disciplina numerosos aspectos sustantivos⁵.

Esta nueva teoría tiene como base principios que son el soporte para cada precepto legal, dejando de lado, de esta forma, a la ley como referente principal para la solución de conflictos concretos; consecuentemente, el legislador pierde su protagonismo y autonomía. Estos principios muchas de las veces pueden parecer contradictorios unos con otros y hasta cierto punto ofrecen soluciones dispares a determinadas situaciones concretas; sucedería así si efectivamente las normas constitucionales apareciesen como reglas, pero al ser principios pueden ser aplicables para un caso y no para otro, difiriendo de esta forma de estas últimas que son rígidas e inflexibles.

En esta perspectiva, algunos observan que esta reacción es una respuesta al modo positivista en que se hizo Derecho Privado en los finales del siglo XVIII y principios del XIX. Al respecto, quizá una de las mayores dificultades consista en entender que el Derecho Privado como tal no es el responsable de la utilización que se hizo de él en esa época, ya que al analizar el origen del iusprivatismo en Roma se observa que la figura para su aplicación no es el silogismo jurídico subsumiendo el hecho concreto en una norma, sino un modo contrario.

Es probable que la Teoría General del Derecho del siglo XIX y, en especial, del Derecho Privado, es la que impida advertir la riqueza del mismo.

En consecuencia, lo que debe abandonarse es el modelo de la ciencia jurídica forjada en el siglo XIX, reflejada, por ejemplo, en Título Preliminar del Code Civil Francés, que pretendió asumir una función equivalente a la Constitución, con lo cual si bien se acepta que en la actualidad jueces y operadores jurídicos se encuentran con una agenda transversal que remite a las ramas del Derecho Público, ello no inhabilita una relectura del Derecho Privado, más cercana a la versión clásica del Derecho Natural que a la versión racionalista⁶.

4 Ferrajoli, L. (2007). *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Madrid. Trotta, 72.

5 Herrera, D. (2010). “El Derecho Natural y el nuevo paradigma del Derecho”. Buenos Aires. *Prudentia Iuris*, Nro. 68/69, 73 y sigs.

6 Vigo, R. (28-8-15). “Derecho a la objeción de conciencia: implicancias y consecuencias”. Buenos Aires. *El Derecho*, 1 y sigs.

II. Contexto cultural. Del iluminismo a la posmodernidad

Sin duda, el término posmodernidad ha suscitado distintas interpretaciones históricas, por lo menos desde su ubicación en el tiempo. Lo cierto es que los que cultivan este pensamiento no se refieren tanto al momento de su aparición temporal sino a una lectura sobre la realidad, o, para decirlo mejor, a aceptar varias lecturas sin que ninguna sea superior a las otras.

En segundo lugar, no se puede dejar de señalar que ha variado el contexto cultural en el cual se enseña y se aplica el Derecho Privado.

El proceso de la modernidad, con sus luces y sombras, no puede leerse de una manera unívoca y si se trata de aplicarlo al nacimiento del Estado de Derecho Constitucional, es claramente el período de la Ilustración lo que debe analizarse.

Lo cierto es que si algo cabe en el pensamiento ilustrado es la consolidación del modelo según el cual la creatividad humana no es compatible con límite previo alguno. El hombre deja de considerarse como administrador de una realidad que le viene dada, y su función será la de constituirse en auténtico creador. Se tratará de desmontar la maquinaria del universo y recomponerla de acuerdo con sus necesidades. Ya no se trata de contemplar la naturaleza, sino de repensarla. Debe darse un paso a una mentalidad rigurosamente racional y científica, que convierta al saber en la eficaz antesala del poder. Es necesario recrear “provocadoramente” la naturaleza.

Cambiará también, en consecuencia, la imagen del universo. Deja de ser un todo perfectamente organizado, jerarquizado, apuntando a una distancia única. Se trabaja con un método distinto de descomposición mecanicista, que al fin y al cabo ofrece una serie de posibilidades a explotar.

La mirada ha cambiado, la razón no se encuentra ya con un previo orden presente en la urdimbre de las cosas, su función será proceder a un cálculo; hay que obtener el máximo aprovechamiento de las posibilidades que ofrece una naturaleza pasiva.

Otro tema a tener en cuenta es que los saberes se caracterizan por el grado de exactitud alcanzado. Esto influye en el conocimiento jurídico teniendo en cuenta que el derecho es un saber práctico.

El nuevo paradigma se caracteriza por la secularización (término que no debe ser tomado como contrario al dato religioso) y la immanencia. El ideal humano es el hombre universal que pretende abarcar la totalidad de la experiencia y del conocimiento posible para actuar sobre la naturaleza y el hombre mismo.

Lo cierto es que si se quiere contraponer el derecho de la época clásica con el de la moderna el tema pasa claramente por la subjetividad. Como ejemplo puede recordarse la definición de derecho que aparece en un libro de Thomas Hobbes, quien ha sido reconocido, como sostiene Bobbio, como el más “grande e inigualable constructor de la primera teoría del Estado moderno”⁷. Hobbes define al derecho como la libertad que la ley nos permite, y a las leyes como esas limita-

7 Bobbio, N. (1991). *Thomas Hobbes*. Barcelona. Paradigma, 6.

ciones mediante las cuales acordamos mutuamente restringir nuestras libertades recíprocas⁸.

Desde la perspectiva clásica, toda virtud se especifica por su objeto. En el caso de la justicia este objeto es el derecho, lo que es justo. Dicho de otra manera, antes de considerarse la disposición interior propia de una virtud, en este caso la voluntad, comienza su aproximación a la justicia a partir de la consideración del objeto que la determina.

Esto lleva por lo menos a aportar un dato para distinguir la estructura de la modernidad de la del pensamiento clásico. Puede al respecto citarse un texto de Lachance, haciendo un análisis de todo este proceso, cuando dice: “Convertida en regla suprema, la libertad conoció un período de hegemonía que tuvo como resultado la generación de un sistema de sentimientos, de costumbres, de opiniones, de ideas, de técnicas, de símbolos y de instituciones destinado a promover el individuo, a hacer valer sus recursos innatos, y a exaltar su libertad [...]. El deslizamiento de lo objetivo hacia lo subjetivo llegó a ser general, y particularmente el derecho comenzó a confundirse con las prerrogativas de la persona, con el poder de explotarlas y de ordenar su respeto. Y este poder es a lo que se ha llamado derecho subjetivo[...]. En cuanto al ‘deber’, le costó trabajo sobrevivir; sólo se logró mantenerlo recurriendo al artificio del imperativo categórico. Dejó de ser suscitado por la necesidad de realizar un orden y unos valores objetivos, y la obligación que por él se expresaba ya no se basó sino sobre la pura fuerza del mandato, de ahí, probablemente, el origen del mito que quiere que el mandato del gobernante sea la única y la última fuente del valor coactivo de la ley”⁹.

Dentro del pensamiento moderno/ilustrado se trabaja la idea de la conciencia subjetiva como única garantía de la realidad; ésta es un orden lógico desde el hombre y de esta manera no tiene sentido que la razón se mantenga reverentemente sometida al orden natural.

Hasta aquí se ha pretendido trazar un panorama de aquello a lo que se refiere la modernidad y cómo influye en el derecho.

Corresponde ahora brevemente referirse a la influencia de esta manera de pensar en el campo del derecho privado.

III. Las transformaciones del derecho privado

Dentro de lo provisoria que puede ser una conclusión en un tema como este, cabe reconocer que el espacio que corre entre los dos bicentenarios fue intenso en modificaciones de lo que puede entenderse puntualmente como los paradigmas del derecho privado en nuestro ordenamiento jurídico.

Parece una obviedad mencionarlo pero la puesta en vigencia de un nuevo Cód-

8 Hobbes, Th. (1979). *Elements of law*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. Libro II, capítulo V (traducción de Dalmacio Negro Pavón), 364.

9 Lachance, L. (1979). *El Derecho y los Derechos del Hombre*. Madrid. Rialp, 174 y sigs. En cuanto a la noción de derecho subjetivo, ver Hernández, H. (agosto 1985). “Aproximación a la problemática del derecho subjetivo”. Buenos Aires. *Prudentia Iuris*, Nro. 16, 5-47.

go unificado ha demostrado hasta dónde se ha llegado a un cambio de paradigma. En este breve comentario nos detendremos en dos aspectos: la relación entre autonomía de la voluntad y orden público, y la relación entre orden público, Derecho Público y Derecho Privado.

A. Autonomía de la voluntad-orden público

Una de las transformaciones profundas del derecho privado es una suerte de tendencia hacia una reivindicación siempre más amplia de los derechos individuales, que esconde una concepción de la persona desligada de todo contexto social. Nuestro estudio ya no trata sobre la noción de Estado de Derecho Constitucional que suple al Estado de Derecho Legal, sino sobre un llamativo avance de la autonomía de la voluntad. En efecto, la misma es dimensión fundamental de la dignidad humana. Sin embargo, no puede ser entendida en un sentido absoluto, de tal modo que legitime acciones que agredan las bases de la convivencia social y conduzca a formas radicalizadas de individualismo que no corresponden a la dimensión relacional de la persona humana.

Para comprender esta tendencia podría pensarse en un término utilizado de manera equívoca: “ética de los derechos”, es decir, aquella ética en la que los derechos son el valor prioritario y dominante, y en la que, por tanto, la cuestión fundamental no consiste en establecer si una acción es buena o debida, sino si se tiene o no el derecho a realizarla. Por el contrario, parece legítimo hablar de una ética de los derechos cuando éstos están cargados de una connotación moral.

A este respecto ha sostenido Francesco Viola que “muy pocos de los valores e ideales del pasado pueden alcanzar el consenso universal que se les reconoce hoy en día a los derechos. No es el caso de referirse al hecho de que los derechos sean objeto de tratados internacionales o de declaraciones ‘universales’, pues los unos y las otras son a menudo ocasión para la hipocresía y la reserva mental, sino que cabe pensar en el derecho a la propia identidad individual y colectiva, defendida frente a quien tiene una identidad claramente distinta. Esto supone que en un régimen pluralista la única posibilidad de comunicación entre las distintas familias culturales, ideológicas y espirituales parezca darse precisamente en los derechos. No se comprenden entre ellas, son todavía mundos cerrados en sí mismos pero, sin embargo, pueden llegar a comprender qué significa respetar los derechos del otro, del distinto, porque saben que significa exigir y tener el respeto a los propios derechos”¹⁰.

La constatación de que los derechos se han convertido en el lenguaje para la comunicación entre individuos de distintas culturas en el régimen del pluralismo no significa, no obstante, que pueda hablarse de una ética de los derechos; es decir, de una ética alternativa a la del bien, de lo debido o de lo útil. El consenso universal en relación con la posibilidad de interpretar los derechos como la consolidación una verdadera y propia “ética” es muy problemático por muchas razones.

10 Viola, F. (1999). “La ética de los derechos”. *Doxa*, Nro. 22, 507-524.

Si hubiese que encontrar un título para ejemplificar este nuevo paradigma podría situarse en la creación de un “Estado de Derechos”, pero en verdad lo que puede colegirse es la aparición de una versión del neoconstitucionalismo desde una perspectiva constructivista de la ética¹¹.

Si se quiere analizar desde la perspectiva del iusprivatismo, otra manera de plantear la cuestión es ubicarla en la tensión entre orden público-autonomía de la voluntad.

Puede plantearse que dentro del marco del derecho privado, el orden público es aquel que asegura el funcionamiento de dicho ordenamiento. Así, autores que se especializan en Filosofía del Derecho y en Derecho Constitucional, como Rodolfo Vigo y Alfonso Santiago, encuentran en el orden del Derecho Positivo Privado, en especial en referencia al Código Civil, más allá de artículos específicos, una suerte de componente jurídico que tiende a asegurar bienes y valores en los que aparecen claramente comprometidos el bien común y el interés público. En este sentido, toda norma de orden público presupone la preservación de un determinado aspecto del bien común, sin el cual carecería de fundamento y devendría arbitraria¹².

Tal como Vigo lo ha definido, el orden público es la articulación en lo público de las personas y sociedad infrapolíticas para alcanzar el bien común político¹³.

A partir de esta definición puede arrojarse una mirada sobre lo que se denomina “orden público”, y se advierte que aquí aparece una situación muy conectada con la que puede estudiarse cuando se analiza la llamada “cuestión de los principios generales del derecho”. Es decir, la noción resulta objeto de muy diversas consideraciones según nos aproximemos a ella desde la perspectiva iusnaturalista clásica o bien desde el positivismo jurídico. En el caso de los llamados “principios generales del derecho”, los mismos difieren de los denominados “principios jurídicos”, por la influencia del positivismo jurídico, y por lo mismo, por la forma de enseñar a partir de la escuela de la exégesis¹⁴.

Cabe recordar que en materia de derecho privado, y sobre todo después de la experiencia exegética-dogmática-iuspositivista, se hace notoria la convicción de ciertas normas “evidentes y papables” que los teóricos del siglo XIX traducen por Derecho Natural, y que es “una colección de reglas que se necesario y deseable traducir inmediatamente en leyes positivas”¹⁵.

11 Vigo, R. (2012). “Derecho y Moral en el Estado de Derecho Constitucional. (Proyecciones teóricas: iuspositivismo, neoconstitucionalismo y realismo jurídico clásico)”. Buenos Aires. *Prudentia Iuris*, Nro. 74, 57-78.

12 Vigo, Rodolfo, trabaja sobre la obra “Orden público y orden público jurídico”, publicada en *JA*, T. IV (1985), 675, y Alfonso, Santiago, en la obra citada en notas anteriores. Además, pueden consultarse las obras de Díez Picazo – Gullón (2000). *Sistema de Derecho Civil*. Madrid. Tecnos, en especial el capítulo de la autonomía privada, 373 y sigs.

13 Vigo, R. Ob. cit. No está demás citar que el número 3 de la Revista *Prudentia Iuris* fue dedicado totalmente a la noción de Bien Común, número de abril de 1981.

14 Vigo, R. (2001). “Los principios jurídicos y su impacto en la teoría actual”. *Persona y Derecho*. Universidad de Navarra. Nro. 44, 65-102.

15 Respecto a estos temas se sigue el desarrollo de Husson, L. (1972). *Analyse critique de l'école de la exégèse*. Paris, Sirey. APD, XIII, 115. Para el tema específico del Derecho Natural en la codificación resulta interesante la consulta del capítulo “El problema del Derecho Natural”, en la obra de Leclercq, J. (1965). *El derecho y la sociedad. Sus fundamentos*. Barcelona. Biblioteca Herder, 19 y sigs.

De esta manera, el problema del orden público, en la clave del positivismo, pasa a ser el de la síntesis del ordenamiento jurídico positivo. Así, los principios jurídicos son los principios generales del derecho, en cuanto son los presupuestos del derecho emanado de la razón del legislador y de allí que en muchos casos se hable de “leyes de orden público”.

Lo cierto es que el orden público de una comunidad no puede emanar de su ordenamiento positivo vigente, sencillamente porque no cabe confundir el derecho con la ley positiva, ni tampoco fundamentar el origen del mismo en la razón de la persona.

Esta manera de entender el Derecho Natural desde la perspectiva del racionalismo es la que genera la inclusión del mismo en las codificaciones del siglo XIX y la que mostrará una plenitud del ordenamiento jurídico positivo que será enseñado por los doctrinarios de la exégesis.

No es casualidad que tanto el tema de los principios generales del derecho como el de la moral y las buenas costumbres y el orden público se incluyan en la interpretación de la ley, y se enfatice la frase “interpretación de la ley”, cuando de lo que se debe hablar es de interpretación jurídica.

El orden público, en cuanto refleja el fin del derecho, que es el bien común, se funda en cuestiones objetivas que superan el relativismo de aceptar lo que piensa el legislador o una mayoría en un momento determinado. Hablar de la dignidad de la persona o del bienestar general son realidades concretas que pueden ser discernidas en la medida en que se acepte la verdad que surge de la naturaleza de las cosas.

En este marco, parece conveniente repasar cómo se define el orden público en las obras dedicadas a la enseñanza. En un breve repaso por las definiciones, se cita la que ofrece Salvat, quien sostiene: “[...] la noción de orden público es la que surge de un conjunto de principios fundamentales de orden político, filosófico, económico, moral y algunas veces religioso, cuya observancia se considera esencial para la existencia y conservación de la organización social establecida”¹⁶.

Borda, por su parte, prefiere hablar de disposiciones de orden público cuando afirma que las mismas son tales cuando “en el cumplimiento de esa ley media una cuestión de orden social colectivo o un interés público”¹⁷.

Para Arauz Castex, la expresión alude a una categoría o clase de disposiciones de fundamental interés para el pueblo, para la Nación, para la sociedad entera.

Cifuentes prefiere hablar de leyes de orden público dentro del capítulo de la norma y reconoce que existe una doctrina muy extendida según la cual se identifica al mismo con un conjunto de principios eminentemente superiores, sobre cuya base se asientan la paz, la seguridad social, las buenas costumbres, la justicia y la moral. Sin embargo, a renglón seguido se interroga cuáles son esos principios, quién los establece y qué leyes los contienen, con lo cual agrega una dosis de escepticismo. Concluye que las leyes que están identificadas con el orden público son las que según la sociedad de que se trate suelen considerarse imperativas, por lo que su fuerza de imposición está vinculada al interés colectivo o general.

16 Salvat, R. (1958). *Tratado de Derecho Civil Argentino*. Buenos Aires. TEA. T. I, 168.

17 Borda, G. (2000). *Tratado de Derecho Civil, Parte General*. Buenos Aires. Lexis Nexis.

De alguna manera este criterio es también el que sugieren Belluscio y Zannoni al hablar de un “estándar jurídico” para la moral y para las buenas costumbres, que tenga que ver con la aceptación por parte de la mayoría de la sociedad en un momento determinado, a pesar de que estos autores, siguiendo a Brocher, identifican el orden público como “la restricción a la autonomía de la voluntad que, con sentido de equidad, ampara al interés general de la sociedad, para la realización de una idea de justicia”¹⁸.

Llambías se inclina por la definición clásica al hablar del “conjunto de principios eminentes –religiosos, morales, políticos y económicos– a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida”¹⁹.

Ciertamente, la noción de orden público, tal como lo expresa Llambías, puede resultar equívoca. Sin embargo, si nos atenemos a la derivación de orden público a partir del fin de la sociedad política, el sustento de dicho orden no variará por la opinión de una sociedad en un momento determinado, sino que radicará en valores que no son sustituibles por una u otra opinión de la voluntad general.

Se advierte una vez más la importancia de identificar el orden público con principios jurídicos que no son los del positivismo, ya que radican en la naturaleza de la persona humana, que es fundante del orden jurídico. Cobra así vigencia la definición de la relación jurídica, en cuanto reconoce como causa de la misma el propio ordenamiento jurídico. Y este último consiste en una síntesis de deberes y derechos que radican en lo objetivo, porque tanto la naturaleza de las cosas, a la que se hizo referencia, como el bien común político se sustentan en valores externos a la razón del hombre.

En suma, el orden público, entendido a su vez como un límite de la autonomía de la voluntad, debe leerse en forma complementaria con la visión amplia de principios jurídicos a la que se viene haciendo referencia.

Para concluir con esta rápida mirada sobre la doctrina es importante destacar el comentario que a este instituto hace Lorenzetti, quien comentando el nuevo Código dice que el orden público es regulado mediante una cláusula general, que implica un límite al ejercicio de los derechos individuales fundado en razones generales²⁰. El autor se refiere a algunos ejemplos:

- El orden público como garantía procedimental al consentimiento pleno: consiste en una serie de dispositivos destinados a garantizar que efectivamente se exprese la autonomía privada; el legislador se ocupa de que exista un consentimiento pleno, una garantía del proceso de formación del acto jurídico.
- El orden público de protección de la parte débil: las partes pueden haber emitido correctamente su declaración pero hay una vulnerabilidad económica o cognoscitiva que lleva a proteger a la parte débil. La intervención

18 Zannoni y Belluscio (1993). *Código Civil Comentado Anotado y Concordado*. Buenos Aires. Astrea, 66.

19 Llambías, J. (1999). *Tratado de Derecho Civil, Parte General*. Buenos Aires. AbeledoPerrot, 139.

20 Lorenzetti, R. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni. T. I, 68.

tiene vocación de permanencia; no es coyuntural o transitoria. No es una intervención que distorsiona la autonomía, sino que la mejora, fortaleciendo la igualdad. Por ello es una garantía procesal y objetiva en la igualdad de oportunidades para expresar la voluntad. Un claro ejemplo de ello son las normas de tutela del consumidor (arts. 1092 y concs.).

- El orden público de coordinación: es un conjunto de normas imperativas que controla la licitud en el ejercicio de los derechos, principalmente su adecuación a los valores esenciales del ordenamiento jurídico. Un ejemplo de ello son las propias normas sobre la sociabilidad en el ejercicio de los derechos. Se diferencia del orden público de dirección, porque lo que éste se propone es lograr objetivos económico sociales, y su límite es justamente este orden público constituido por las garantías mínimas.

B. Orden público. Derecho Público. Derecho Privado

El último tema que se debe analizar es el del orden público en su relación con el Derecho Público, y la influencia de dicho orden en el Derecho Privado.

Al escapar de la trampa del positivismo jurídico es necesario remarcar que, al hablar de derecho, se lo está haciendo desde un concepto común, que encierra las tres acepciones o analogados posibles (el principal, lo justo y los secundarios, norma y facultad). Sin embargo, es importante destacarlo porque al fundar la distinción de los sistemas público y privado del derecho se ha tendido muchas veces a hacerlo con la mirada puesta sólo en uno de sus analogados: en la norma. Esto genera confusión, ya que reducido el derecho a la ley, se entendió por Derecho Público aquel que integra las normas de orden público o imperativo, y por Derecho Privado, aquel que comprende las normas de orden privado o dispositivo. Esta visión del problema es inexacta, ya que parte de un presupuesto erróneo²¹.

Por tal razón, hay que dejar claro que no debe confundirse Derecho Público con normas de orden público, ni Derecho Privado con normas dispositivas o de orden privado.

Debe afirmarse, entonces, que las normas de orden público o imperativas son aquellas que dictadas con miras a un interés que trasciende la esfera de los particulares no admiten ser dejadas de lado por convenios privados realizados por aquellos que, en caso concreto, están llamadas a observarlas. El fundamento por el cual se incluyen algunas normas como de orden público resulta de un conjunto de principios, valores y tradiciones que una sociedad considera estrechamente ligadas a su idiosincrasia y a su historia. Puede advertirse que reaparece aquí la noción de orden público, tal como se la definió más arriba. Es esta la que debe tenerse en cuenta al interpretarse el artículo 12 del Código Civil y Comercial cuando éste sostiene que “las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres”.

21 Limodio, G. y Barbieri, J. (2006). *Introducción al saber jurídico*. Buenos Aires. Educa, 130 y sigs.

IV. Conclusión provisoria.

Tal como se dijo más arriba, lo significativo de los cambios propuestos para esta etapa del Derecho Privado impide presentar una conclusión que no sea sino provisoria. La referencia no se vincula solamente a la realidad jurídica argentina sino que apunta a todo un proceso que se ha dado en llamar la constitucionalización del Derecho Privado.

Estos cambios tienen su aplicación en el propio Derecho Positivo y en la realidad jurídica, pues, como ya se dijo, el realismo jurídico que responde a los principios del realismo filosófico parte de la realidad de la que extrae sus principios para volver nuevamente sobre ella y entender su significado concreto²².

Si se ha insistido en esta referencia es para advertir que aquello que se analiza dentro del ámbito de los principios cobra vigencia cuando se estudian las instituciones que nutren las relaciones dentro del ordenamiento jurídico privado.

Sin embargo, una lectura desde distintas historias, como ahora se propone en esta suerte de posmodernidad jurídica, no es ya una visión marcada por el voluntarismo jurídico que dio vida al positivismo exegético²³. Una paradoja de esta posmodernidad es que si ya no parece que la razón sea fiable para acceder a la verdad, no parece que se pueda seguir hablando tampoco de un acceso al bien desde una perspectiva objetiva.

Esto es precisamente a aquello que corresponde llamar orden público, identificándolo con un verdadero *ethos* que trasciende al pensar corriente de un momento determinado.

La cultura posmoderna quiere seguir hablando de Derechos Humanos, sin tener ya fundamento para ellos.

En suma, lo que se advierte es la pretensión de modificar ese *ethos*, a partir de aquello que sostienen los derechos individuales. Llamamos *ethos* a un núcleo de valores compartidos que configuran un estilo común de vida y se expresan en instituciones y estructuras de vida y convivencia.

En cuanto al neoconstitucionalismo, hemos hecho una sintética referencia a algunas de sus características, tales como la Constitución convertida en fuente de derecho, la pregunta por la existencia de una razón práctica y un saber no meramente descriptivo, la diferencia entre reglas y principios, la justificación y operatividad de los Derechos Fundamentales. Puede pensarse en un neoconstitucionalismo descriptivo y uno normativo entre el cual está el positivista y el no positivista y, dentro de este, los constructivistas y los cognitivistas éticos.

Aparece otra vez aquí en tensión la idea de que hay un derecho superior al cual todo derecho puesto por el hombre debe conformarse, lo cual no es fruto de una especulación o abstracción, sino que tiene sus raíces en lo más hondo de la conciencia.

²² Vigo señala el tránsito “de la cultura de la ley a la cultura del Derecho” (Vigo, R.L., *De la ley al derecho*, México, Porrúa, 2005). Ver también Vigo, R.L., *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias*, Buenos Aires, EDUCA, 2015.

²³ En este tema se recuerda la bibliografía citada al explicar la visión clásica y moderna del Derecho, en especial puede consultarse Villey, M. (1968). *La formation de la pensée juridique moderne. Cours de histoire de la philosophie du droit 1961 – 1966*. Paris. Montchrestien.

cia y el sentimiento humano, en tanto que es un derecho que se corresponde con la naturaleza humana. El derecho ha sido instituido para normar conductas humanas; se trata, pues, de saber a qué fines deben tender los hombres, y para averiguarlo se recurre a la naturaleza de éstos. La observación de la naturaleza del hombre muestra que si él no respeta ciertas normas de conducta, su vida pierde el sentido de la verdad y de la justicia, se vuelve incapaz de dominar sus apetitos por la razón y, si persiste, si transforma esa conducta en hábitos, llega hasta a anular –cuando no a perder– la capacidad de discernir dónde está lo bueno y dónde lo malo, en orden a su fin. Observando su misma naturaleza el hombre encuentra este fin.

BREVIARIO DE LA LEGISLACIÓN CIVIL (1980-2015) *Breviario Civil Law (1980-2015)*

Marcelo U. Salerno*

I. Consideraciones generales

Han transcurrido tres décadas y un lustro desde que *Prudentia Iuris* salió a la luz, como revista jurídica de la UCA, período en que publicó trabajos relacionados con la ciencia del Derecho, a los que dedicaron amplio espacio sus directores. Los variados volúmenes de esta publicación reflejaron el pensamiento de autores diversos, por lo general docentes de esta casa, ceñidos a las pautas de seriedad en las investigaciones realizadas, cuanto en los juicios críticos emitidos. De ese modo, constituye un valioso testimonio de la evolución habida durante ese período en la doctrina sobre temas clásicos y también sobre cuestiones vinculadas a la actualidad.

El homenaje a ese aniversario tiene por objeto brindar un panorama de la legislación civil dictada durante ese lapso que coincide con el retorno al pleno imperio de la Constitución Nacional, legislación abundante sujeta a la dinámica de los hechos vividos con una marcada afirmación de los Derechos Humanos, una tendencia hacia lo social y la búsqueda de mecanismos igualitarios. Desde esa perspectiva, se intenta trazar un bosquejo histórico de la normativa dictada en el campo del Derecho Civil, rama que ha ido ampliando su contenido. Esa normativa obedeció a tres factores principales: la política, la economía y la internacionalización del Derecho. Su característica inicial fue ser una legislación inorgánica, asistemática, circunstancial, con falta de rigor conceptual que desapareció en gran medida con la sanción del novísimo Código Civil y Comercial, más la vigencia del Digesto Jurídico Argentino.

No corresponde en el presente trabajo realizar el comentario de todas las normas que fueron dictadas durante dicho lapso, porque se trata de brindar un cuadro panorámico de la labor legislativa del Congreso de la Nación, cuya composición fue variando con el correr de los años gracias a la voluntad popular expresada en la elección de sus miembros, aunque no siempre la iniciativa perteneció al H. Senado o a

* Profesor Emérito de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Presidente de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires. Correo electrónico: salerno.mu@gmail.com

la H. Cámara de Diputados, ya que fue el Poder Ejecutivo el promotor de numerosas leyes dictadas entonces. Se omiten las citas de doctrina que los autores elaboraron sobre esos textos, porque excederían los límites asignados a este artículo y, además, en razón de no haber habido uniformidad de criterios en su hermenéutica.

La visión de conjunto ofrecida al lector, meramente descriptiva, es neutra en cuanto a emitir un juicio genérico sobre su mérito. Una de las razones que impide hacerlo consiste en que todavía no es posible evaluar los efectos causados en la población, ni existe una jurisprudencia sólida a su respecto. En cambio, en algunas instituciones novedosas analizadas con rigor técnico, es factible llegar a conclusiones sobre su funcionalidad (v. gr., el fideicomiso). Este artículo se halla limitado por ser un breviarío que no persigue el objetivo de profundizar el estudio de una normativa concreta.

Cuando comenzó la publicación de *Prudentia Iuris* eran las postrimerías del gobierno de facto ejercido por las Fuerza Armadas. Pese a carecer de legitimidad constitucional, en el lapso comprendido entre los años 1980 y 1983, las autoridades militares ejercieron funciones legislativas, absteniéndose de realizar mayores reformas al derecho común. Entre las disposiciones que se dictaron entonces, que de algún modo tienen vinculación con la legislación de fondo, se pueden mencionar las siguientes: régimen del tránsito (ley 22.934), enajenación de inmuebles del dominio privado del Estado (ley 22.423), bienes intangibles como las marcas y la tecnología (leyes 22.362 y 22.462), propiedad del ganado (ley 22.939). Culminado ese interregno, las leyes mencionadas continuaron vigentes, al ser convalidadas por el primer gobierno democrático que le sucedió surgido del voto popular. Aconteció entonces el conflicto de Malvinas, el cual motivó dictar una medida de indisponibilidad de los bienes ubicados en el territorio argentino que fuesen de propiedad del Reino Unido de Gran Bretaña y de los súbditos de ese país residentes en el exterior (ley 22.591).

II. Las principales etapas

A fin de desarrollar este tema resulta necesario distinguir tres etapas. La primera corresponde al comienzo de la normalidad institucional a partir del 10 de diciembre de 1983, etapa difícil puesto que se persiguió reconstruir el imperio de la Constitución de 1853/1860. Le sigue otro período en el cual, precisamente, fue convocada una Convención Constituyente a fin de introducir innovaciones en la histórica Carta Política, la cual se llevó a cabo en el año 1994, teniendo trascendentes reformas sobre la legislación de fondo, como se verá. La última etapa, vale decir, la tercera, recién se inicia después de entrar en vigencia el novísimo Código Civil y Comercial, la cual excede los límites de este breviarío.

Es necesario tener presente en este análisis que de más en más el Derecho Civil se torna constitucional, porque varias de sus instituciones son elevadas a la máxima jerarquía, no solo por la mencionada reforma, sino por ciertos tratados internacionales que alcanzan a tener un nivel superior. Desde otro enfoque, se verá que tiene creciente influencia la materia económica, la cual merece una atención especial del punto de vista monetario. Y, por último, existe una corriente basada en la biología que introduce cambios significativos en el "status" de las personas humanas.

En la primera etapa, el gobierno de “iure” puso especial énfasis en afianzar el respeto por la persona humana como ser supremo de la creación. Así lo demuestra la inmediata adhesión de nuestro país en el año 1984 a la “Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica”, la cual regula en detalle el derecho a la vida, a la protección de la familia, a la integridad física, a la libertad personal, a la protección de la honra, entre otros principios ético jurídicos (ley 23.054). Varios tratados fueron ratificados por el Congreso, como el “Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” (año 1986, ley 23.313), la “Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer” (año 1985, Ley 23.179) y la “Convención sobre los Derechos del Niño” (año 1990, Ley 23.849). La Corte Suprema admitió que estas convenciones tenían operatividad inmediata antes de la reforma constitucional de 1994.

La segunda etapa se diferencia de la anterior en el sentido que la reforma constitucional de 1994 añadió cláusulas a la Constitución histórica y contiene referencias sobre la legislación civil. De modo que se abrió una novedosa perspectiva en el ordenamiento en temas prioritarios como garantizar “un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano” (art. 41 y ley 25.612), para proteger la “salud, seguridad e intereses económicos” de los consumidores y los usuarios (art. 42). Sin duda, lo más importante ha sido otorgar jerarquía constitucional a tratados relacionados con los Derechos Humanos. Incorporó el régimen de decretos de necesidad y urgencia dictados por el Poder Ejecutivo al que facultó a adoptar disposiciones con fuerza de ley (art. 99, inc. 3)

III. Breve exposición de las nuevas leyes

A continuación se hará un resumen de la legislación dictada sobre instituciones vitales del Derecho Civil que fueron objeto de una normativa especial.

1º. La persona humana

Este ha sido un ámbito en el cual el legislador le dedicó mayor atención, donde se encuentran comprometidos principios de bioética, a los que la Conferencia Episcopal Argentina reclamó especial consideración, dado que se plantearon problemas en torno a la procreación y a la extinción de la vida, pero lamentablemente sus sugerencias no siempre fuesen receptadas.

Para comenzar este ítem, recuérdese que el Poder Ejecutivo dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 220 en el año 1997, con el objeto de prohibir realizar investigaciones destinadas a la clonación de seres humanos.

Destacar que en el año 2013 se sancionó la ley 26.862, a fin de garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médicas de reproducción médicamente asistida, significa que luego de un prolongado período de debates sobre el tema, finalmente se concretó una iniciativa que estaba pendiente. En este caso, las técnicas incluidas pueden ser tanto de baja, como de alta complejidad, además de poder ser con dación de gametos y embriones. De alguna manera, nuestro país legisló sobre

una cuestión sumamente delicada, que ya tenía regulación en otros países, hecho que posibilitaba el traslado al exterior de mujeres a fin de hacer fuera de nuestro territorio esos procedimientos. Es un avance relativo, pues nada se dice sobre la personalidad del embrión humano, ni respecto de la criopreservación de los embriones.

La ley 23.264 modificó normas del Código Civil en el año 1985, relativas a la patria potestad, reconociendo derechos a los progenitores sobre sus hijos, matrimoniales o extramatrimoniales, desde la concepción del niño, vale decir, a partir del principio de la vida (art. 264, CC). En el año 2003 la ley 25.854 estableció un procedimiento para la guarda de niños con fines adoptivos. Además, se modificó la edad para adquirir la plena capacidad civil, fijándose en 18 años (ley 26.579, año 2009).

Trascendente fue la sanción en el año 1993 de un régimen específico relativo a los trasplantes de órganos y materiales anatómicos, estableciendo el llamado consentimiento presunto para la dación de órganos (ley 24.193). Asimismo, dicha ley enunció cuatro signos que exteriorizan la muerte de un ser humano. Desde otro enfoque, la ley 26.845, en el año 2013, estableció reglas para que la población tome conciencia acerca del trasplante de órganos. Valga señalar que, posteriormente a la ley 24.193, en el año 2012, se sancionó la ley 26.742 sobre la muerte digna, es decir, poder morir en forma natural con la debida asistencia médica y los cuidados terapéuticos indispensables para el paciente en estado terminal, y sin admitir la eutanasia.

Formó parte de la inquietud legislativa la salud mental de las personas, por ello, se sancionó la ley 26.657 para regularla en forma concreta, aprobada en el año 2010. Ese cuerpo normativo “reconoce” en su art. 7° los derechos de las personas con padecimiento mental y les dedica un amplio enunciado.

Del mismo modo, se legisló sobre cuestiones genéticas y se creó el Banco Nacional de Datos Genéticos en el año 1987 (ley 23.511).

Con referencia a la situación de las personas desaparecidas durante el gobierno de facto, se dictó una regulación especial (ley 24.321, del año 1994), la cual luego derivó en la ratificación en 1995 de la “Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas”.

Gracias a la reforma constitucional de 1994, ahora se dispone de una sólida estructura legal para afirmar el principio de no discriminación de las personas (art. 43, CN). Asimismo, proclamó la igualdad de “trato y el pleno goce de los derechos” a favor de niños, mujeres ancianos y discapacitados (art. 75, inc. 23, CN); gozan de una protección complementaria los indígenas (art. 75, inc. 17, CN) y los extranjeros (art. 20, CN).

Por último, para cerrar este acápite, reviste singularidad la consagración legislativa sobre identidad de género mediante la ley 26.743, destinada a la problemática transexual para regular el procedimiento de sustitución del sexo y del nombre, en ejercicio de una opción individual para cambiar de identidad.

2°. Familia y matrimonio

El “Pacto de San José de Costa Rica” formula precisiones sobre la familia, complementando a la Constitución Nacional, en particular el derecho a casarse y a

constituir una familia. Sin embargo, la legislación dictada en este período no parece haberse inspirado en ese criterio, y apunta a transformar a la sociedad en su raíz; el matrimonio no recibe una eficaz protección del orden público como lo merece por ser un proyecto de comunidad de vida de los esposos, cuya finalidad esencial es la perpetuación de la especie humana. De ahí que varias medidas hechas efectivas sigan suscitando polémicas entre los fieles de las variadas creencias religiosas de la población del país, por herir las doctrinas que las inspiran.

Desde un primer momento del retorno a la democracia, se fueron planteando interrogantes y objeciones al régimen establecido por la ley 2.393 del año 1888, en particular respecto a los efectos de la disolución del vínculo conyugal. De ahí que se resolvió trasladar al Congreso solucionar las inquietudes del caso, y el Parlamento sancionó la ley 23.515 en el año 1987, la cual fue incorporada al Código Civil en el Libro I, Sección II. Lo más importante de este cuerpo legal fue admitir el divorcio vincular; la posibilidad de celebrar segundas nupcias determinó el aumento de las familias ensambladas, con una multiplicidad de vínculos. Tiempo antes, en 1985, se había modificado el régimen de la patria potestad, y en el año 1997 se dictó un nuevo régimen para la adopción (ley 24.779).

Sobre administración de ciertos bienes de la sociedad conyugal, la ley 25.781, dictada el año 2003, despojó las dudas sobre el cónyuge a su cargo.

En el año 2010 se aprobó la ley 26.618, que permite las uniones entre personas del mismo sexo, llamada de matrimonio igualitario.

3°. Bienes singulares

Repasaremos aquellos bienes que tuvieron una atención particular del legislador, dada su trascendencia económica en las operaciones de mercado.

3.1. Régimen monetario

Para el Derecho Privado, el dinero requiere un adecuado marco institucional sobre la base de los preceptos constitucionales vigentes. Pertenece a la categoría jurídica de los bienes muebles integrantes del patrimonio, al mismo tiempo que representa el común denominador de todos los valores económicos.

La moneda nacional fue regulada en diferentes circunstancias, a fin de determinar su poder adquisitivo, de acuerdo con las políticas gubernamentales relativas a la macroeconomía y su repercusión sobre los precios, los salarios y las tarifas. Resulta necesario examinar atentamente las disposiciones dictadas en cada coyuntura, pues reflejan los fenómenos causados por esas políticas sobre la dinámica contractual. Interesa al jurista conocer cómo el legislador afrontó los problemas surgidos en cada oportunidad, v. gr., el recurrente proceso inflacionario.

El primer gobierno de "iure" lanzó en el año 1985 un programa económico al que denominó "Plan Austral". Una de las medidas incluidas en ese plan fue implantar un nuevo signo monetario, a cuyo efecto el Poder Ejecutivo dictó el Decreto 1096/1985, al que se le atribuyó ser un Decreto de Necesidad y Urgencia. Entró en

vigor el 15 de junio de ese año y la moneda recibió la denominación de “austral”. Fijó la paridad con otras especies nacionales cuya circulación cesó, y dispuso una escala de conversión (desagio). Las obligaciones dinerarias sometidas a cláusula de ajuste o indexación continuarían sujetas a los módulos establecidos.

Una severa hiperinflación se desencadenó luego en los años 1989 y 1990. Después de intentar remediar la crisis, finalmente en el año 1991 el Congreso sancionó la ley 23.928, más conocida como ley de convertibilidad, a fin de instaurar otro régimen monetario. Su característica principal consistió en fijar una paridad de nuestro signo —el que después volvió a tener el nombre original del peso— con el dólar estadounidense, en la relación \$1 equivalente a u\$s 1. El dólar fue declarado dinero con poder cancelatorio, para lo cual se modificaron los arts. 617 y 619 del Código Civil. En forma categórica prohibió indexar los créditos, como lo autorizaban hasta entonces leyes especiales y la jurisprudencia. Sin embargo, tiempo más tarde hubo de acotarse la indexación mediante la ley 24.283, relativa a deudas no consolidadas anteriores al año 1991.

Durante varios años el régimen de la conversión mantuvo una cierta estabilidad económica. Al cabo de un tiempo sobrevino otra crisis económica, acaso más grave y severa que las anteriores. Ello dio lugar a que en el año 2000 la ley 25.344 declarara el estado de emergencia e intentara bancarizar los pagos en dinero.

Como las causas que habían provocado el colapso subsistían, el Congreso dictó en el año 2002 la ley 25.561, mediante la cual se devaluó el signo nacional y se “pesificaron” en forma asimétrica las deudas contraídas en moneda dólar. Delegó facultades que le son propias a favor del Poder Ejecutivo, a fin de que dictase numerosos decretos para conjurar la crisis.

Además, reformó la ley 23.928 en varios de sus artículos, aunque mantuvo la prohibición de indexar, la que subsiste hasta nuestros días. De inmediato se sancionó la ley 25.563, a fin de restringir la libre disponibilidad de las imposiciones bancarias (modificada por la ley 25.589). El cuadro sería incompleto si no se mencionara la creación de un “corralito” y de un “corralón” para impedir la libre circulación monetaria. Al año siguiente, vale decir, en 2003, se sancionó la ley 25.820 respecto al modo de convertir las deudas dinerarias pactadas en moneda extranjera al signo nacional.

Es imprescindible tener en cuenta que para ese entonces la reforma constitucional de 1994 había incorporado normas en defensa del valor de la moneda, normas que en estas críticas circunstancias fueron dejadas de lado, como lo fue también el art. 3° de la ley 24.144, que declaró ser misión primaria y fundamental del Banco Central preservar el valor de la moneda. Lo más importante, tal vez, resulta ser el hecho de haber declarado a la economía en estado de emergencia, pues todavía impera esa declaración (ley 27.200).

La Carta Orgánica del Banco Central (ley 24.144) fue enmendada en el año 2012 por la ley 26.739. Esa entidad autárquica posee facultades que tienen repercusión en el ámbito del Derecho Civil, a saber: regula la cantidad de dinero y las tasas de interés; opera en los mercados monetario y cambiario, además dicta normas varias de dudosa constitucionalidad. En ejercicio de esas facultades, las normas que emanan de su Directorio autorizan a realizar las operaciones con moneda extranjera (el llamado cepo cambiario, con intervención de la AFIP).

3.2. Bienes culturales

Dentro de la categoría de los bienes intangibles, encontramos a los culturales pertenecientes ya sea al dominio público, o al dominio privado. Respecto del dominio público, cabe destacar la ley 25.197, que creó un Registro del Patrimonio Cultural de la Nación, la ley 25.741 sobre patrimonio arqueológico y paleontológico, y la ley 25.750, en cuanto impone al Estado preservar el patrimonio antropológico, histórico y artístico.

En razón de su valor económico, la propiedad intelectual perteneciente a los particulares fue objeto de algunas innovaciones surgidas de la moderna tecnología, como el régimen del software (ley 25.036). Los derechos de autor se extendieron a setenta años del deceso de su titular (ley 24.780), que en el caso de las obras cinematográficas se redujo a cincuenta años y para las fotografías a veinte años (ley 25.006), y los derechos del director de películas se regularon en la ley 25.847.

3.3. Bienes inmuebles

En primer lugar, se avanzó en un tema postergado inexplicablemente, cual es el régimen catastral de los inmuebles para ubicarlos en el espacio físico que ocupan dentro del territorio argentino. Así lo dispone ahora la ley 26.209, sancionada en el año 2006.

La llamada regularización dominial, a favor de adquirentes de terrenos carentes de título, mereció la sanción de la ley 24.347, como también la regularización de títulos del dominio privado de las Provincias (ley 24.231). En cuanto a las tierras rurales, se hallan sometidas a un régimen especial relativo a las personas que pueden ser propietarias, ya que establece “límites” a “la titularidad y posesión” de las personas extranjeras (ley 26.737).

Durante este período se dictó la ley 24.441, denominada de “financiamiento de la vivienda y la construcción”, la cual tiene un contenido diverso ya que se refiere al fideicomiso inmobiliario, al “leasing” (contrato luego regulado por la ley 25.248), y a un régimen especial de ejecuciones hipotecarias. Los “Barrios Privados” fueron una creación pretoriana, con el apoyo de la Administración Pública local y una ingeniería jurídica para cada caso en particular.

IV. Los contratos y la responsabilidad civil

Entre todas las obras legislativas de la época, salta a la vista la importante innovación que ha sido la protección a los consumidores y usuarios por la ley 24.240 del año 1993, la cual tuvo varias reformas (leyes 24.787, 26.361 y 26.993). El estatuto de los contratos objeto de esa protección especial también fue reconocido por la reforma constitucional de 1994. Del mismo modo, tiene relevancia la regulación de la firma digital (ley 25.506) que posibilita realizar contratos virtuales mediante mecanismos electrónicos (“on line”), previstos en la citada ley 26.361, a lo cual se debe añadir la ley 25.065 sobre tarjetas de crédito.

Otras leyes relativas a la materia contractual fueron: la ley 23.091 de locaciones urbanas, el contrato de licencia de patentes (ley 24.481), la ley 25.113 sobre el contrato de maquila, la relativa a la fianza en la locación de cosas (ley 25.628), la regulación del contrato de tiempo compartido (ley 26.35), y, por último, el contrato de fiducia o fideicomiso incluido en la citada ley 24.441, que impulsó la actividad de la industria de la construcción y a las operaciones inmobiliarias.

En cuanto a la responsabilidad civil se refiere, cabe recordar la ley 24.192, relativa a los espectáculos deportivos, y la ley 24.830, sobre los establecimientos de enseñanza.

LA TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO PENAL ARGENTINO *The Transformation of the Argentine Criminal Law*

Guillermo J. Yacobucci*

1. La Política Criminal de las últimas décadas

Las últimas décadas de la Política Criminal en Argentina, al menos en lo que se ha plasmado de modo asistemático dentro de la codificación penal, se inscriben en el marco de discusión sobre la crisis del Derecho Penal. Como he señalado en otras oportunidades, resulta paradójico hablar de crisis penal cuando al mismo tiempo se describe su expansión¹ constante². Esa aparente contradicción, en verdad, lo que indica es la transformación del Derecho Penal³. Lo que ha ingresado en una crisis evidente es la comprensión del sistema penal a partir de ciertos criterios propios de la matriz ilustrada del mismo. Por lo demás, se han elaborado nuevas formas de comprensión del fenómeno punitivo que ya no responden a esos cánones originarios. Al respecto han mutado los fundamentos, fines, métodos científicos y estructuras de concreción legislativa de la reacción penal.

Por eso, si bien resulta imposible dar cuenta precisa de los cambios suscitados en el Derecho Penal de la Argentina en estos últimos treinta y cinco años, si se atiende de manera sumaria y con cierto grado de discrecionalidad a algunos de esos aspectos, es factible brindar un panorama de lo que ha sucedido.

A modo de introducción, cabe advertir que la Argentina no ha estado ajena, en buena medida, a las líneas que han motorizado las nuevas respuestas penales a nivel comparado, sobre todo en el área continental. La “metamorfosis” del orden penal no solo expresa aspectos vinculados a las decisiones legislativas, esto es, de Política Criminal, sino que integra además los cambios en la dogmática penal. Al mismo tiempo, el Derecho Penal no ha escapado al tránsito, desde un Estado lega-

* Abogado (UBA). Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA). Profesor titular de Derecho Penal (U. Austral). Prof. Adjunto Ordinario de Filosofía del Derecho (UBA). Correo electrónico: yac@fibertel.com.ar

1 Silva Sánchez, J. (2011). La expansión del Derecho Penal., *Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*, 3ª edición. Buenos Aires. Montevideo. BdeF.

2 Yacobucci, G. (2014). *El sentido de los Principios Penales*, 2ª edición. Buenos Aires-Montevideo, BdeF.

3 Yacobucci, G. y Gomes, L. F. (2005). *As Grandes transformacoes do direito penal tradicional*. San Pablo. Revista Dos Tribunais.

lista de Derecho, hacia una comprensión signada por el neoconstitucionalismo⁴; lo que se ha definido como Estado Constitucional de Derecho. En lo que aquí interesa, esto exige que se atienda no solo a la instancia de creación legislativa de los tipos penales, sino también a lo que sucede en el momento de la aplicación al caso de esos enunciados legales. Resulta obvio señalar, en este punto, la importancia de la jurisprudencia penal, sobre todo la que ha surgido de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). De allí que en términos algo retóricos se puede decir que un símbolo de esos cambios es el paso de la prohibición de interpretación de la ley penal por los jueces –reclamada por Beccaria– a la afirmación de que los tipos penales son finalmente acabados –cerrados– merced a una interpretación teleológica por parte de los magistrados⁵.

En fin, asumiendo desde ahora que la discrecionalidad en la selección de las cuestiones a reflejar supone la omisión de otras que han marcado estas décadas, se intentará presentar en lo que sigue un elenco de temas con el objetivo de caracterizar ese tránsito hacia un nuevo Derecho Penal.

2. Los cambios en las consecuencias jurídicas del delito

2.1. Entre el “punitivismo” de la prisión y la relativización de la reclusión

En el campo de las consecuencias jurídicas del delito, el Código Penal ha sufrido en los últimos treinta años una serie de reformas que obedecen a perspectivas diversas. Por un lado, se ha verificado la extensión del límite máximo de la pena privativa de la libertad divisible, que paulatinamente ha sido llevado, a través de la redacción del art. 55 del CP, a los cincuenta años de prisión, esto es, el doble de lo que tradicionalmente establecía el homicidio simple –veinticinco años–, que determinaba la apertura de aquel enunciado hacia la parte especial del Código. Más allá de las discusiones sobre la proporcionalidad de esa reacción, puede observarse que ese *quantum* punitivo parece orientarse no solo a criterios de responsabilidad por el hecho, sino a fines “encubiertos” tendientes a neutralizar cierto tipo de individuos. La idea de “inocuidación” para delincuentes “irrecuperables” que expresaba la calificación de von Liszt se insinúa como una función no explicitada de esa modificación.

Paralelamente, ya en la instancia jurisprudencial, la CSJN declaró inconstitucional la aplicación del art. 52 del CP en los casos de “*multireincidencia*”, en tanto

4 Mir Puig, S. y Corcoy Bidasolo, M. (2012)., *Constitución y Sistema Penal*. Barcelona. Marcial Pons.

5 Cf. Zagrebelsky, G. (1992). *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*. Torino. Einaudi Desarrollando la cuestión, Silva Sánchez explica que la denominada interpretación teleológica de los enunciados jurídico-penales parte de cuatro premisas: “1) Que en relación con dichos enunciados existe un *telos*, llámese a éste ‘fin de regulación’ (*Zweck*), ‘idea fundamental’ (*Grundgedanke*), ‘razón justificante’, etc.; 2) Que el *telos* de referencia no lo expresa (o no lo expresa siempre) el propio enunciado jurídico, ni tampoco otro enunciado jurídico; 3) Que, sin embargo, dicho *telos* es susceptible de ser descubierto (o, mejor, asignado); y 4) Que, una vez descubierto (o asignado) el *telos*, cabe reconstruir el sentido del enunciado jurídico en términos de racionalidad teleológica, es decir, configurarlo como medio para el cumplimiento de dicho fin”. Silva Sánchez, J. (2006). “Interpretación teleológica en Derecho Penal”. En *Estudios de filosofía de Derecho Penal*. Bogotá. Universidad del Externado.

remitía a una reclusión por tiempo indeterminado –bajo etiqueta de medida de seguridad a pesar de su inclusión en el art. 5° del CP– para categorías de delincuentes que, precisamente, podían expresar la imposibilidad de atenerse a las exigencias normativas. En el precedente “Gramajo”, los distintos argumentos desarrollados por los ministros, en especial por los jueces Zaffaroni y Petracchi, pusieron en evidencia que esa reacción no atendía a la gravedad de los hechos, sino a una peligrosidad de las personas que podían caracterizarse como “delincuentes molestos”. Los razonamientos que vertebraron esos votos dejaron, sin embargo, a salvo la aplicación de ese aseguramiento marcado por la peligrosidad, en los casos de asesinatos. En el voto del juez Petracchi, se destaca que las opiniones allí vertidas no alcanzan, *per se*, al instituto de la reincidencia como tal.

Este fallo, relacionado a su vez con otros precedentes, puso en crisis la operatividad de la reclusión como pena privativa de la libertad pues, además de neutralizar el cómputo diferenciado respecto de la prisión preventiva en relación con la pena de prisión que prevé el art. 24 del CP, quedó afectada la real distinción entre ambas penas que limitan la libertad ambulatoria de las personas. Sin duda esto ha traído consecuencias prácticas relevantes en los casos de tipos penales que atienden reacciones diversas en su *quantum* punitivo, cuando se trate de reclusión o de prisión. Dicho de otro modo, supuestos como los del art. 81 del CP, homicidios en emoción violenta y preterintencional, que prevén como sanciones reclusión de tres a seis años o prisión de uno a tres años, se presentan como objeto de discusión en punto a la aplicabilidad de la reacción penal basada en la reclusión. Por cierto, si esta última opción queda descartada como pena, las consecuencias a los fines de la prescripción resultan manifiestas, ya que su lapso se verá modificado radicalmente. Dependerá así de la hermenéutica que se adopte –asumir o no la desaparición por vía jurisprudencial de la reclusión–, la escala penal aplicable y el lapso de prescripción de la acción penal a su respecto. Este solo ejemplo indica ya la significación que tiene en el nuevo paradigma de la legalidad la interpretación constitucional.

2.2. Necesidad de pena y prevención especial

De otra parte, en el Código Penal se ha establecido un sistema tendiente a evitar que la pena de prisión resulte la consecuencia habitual de la responsabilidad penal, aún siendo condicional su ejecución –art. 26 del CP. Para evitar los efectos “estigmatizantes” de una condena, el legislador ha volcado en el Código de Fondo un instituto que “compite” con instrumentos de disposición de la acción y otros mecanismos alternativos establecidos en los códigos de procedimiento provinciales. Así, la suspensión del juicio a prueba –art. 76 bis del CP–, nombrada en nuestro medio como “*probation*” –alterando la estructura originaria–, permite que con determinadas reglas se evite el juzgamiento del imputado y, cumplidas estas, se extinga la acción a su respecto. Más allá de los debates y la doctrina de la CSJN, en el precedente “Acosta” sobre el *quantum* punitivo que habilita ese instituto, lo que resulta interesante remarcar es que, a través de esa decisión, el sistema penal argentino ha pasado de la doble vía tradicional, concretado a través de penas para los culpables y medidas de seguridad para los peligrosos, hacia un esquema tendencialmente de

triple vía, en tanto incorporó la reparación –de naturaleza diversa a la civil– como una posibilidad de atender conflictos.

En esa misma línea, las reformas sobre la ejecución de las penas privativas de la libertad, especialmente merced a la Ley Penitenciaria 24.660, han concretado un régimen de progresividad en el cumplimiento de ese tipo de sanciones. A través de esta, se expresan criterios de prevención especial y, así, al menos se orienta al objetivo resocializador que se persigue o declama; más allá de la obvia naturaleza de respuesta al delito que encarna toda pena impuesta sobre la base de los hechos por los que la persona responde jurídicamente. La CSJN ha precisado en este marco una serie de criterios que no pueden desatenderse en la hermenéutica de la pena, su naturaleza y operatividad, incluido lo relativo a la delincuencia de menores y juvenil. En esa línea cabe citar los precedentes “Romero Cacharane”, “Maldonado” y “Squilaro”.

Finalmente, más allá de la discusión sobre la naturaleza de la responsabilidad que se atribuye a las personas jurídicas dentro del Código Penal, su art. 304 establece un elenco de consecuencias jurídicas especiales que se han de aplicar cuando se trata de delitos como el lavado de activos. Este tipo de respuestas –¿sanciones penales?– se suma, así, a las ya previstas en materia penal aduanera.

3. Los cambios en la técnica de legislación penal y sus consecuencias operativas

3.1. La nueva relación entre creación y aplicación de la ley

La pretensión de Beccaria⁶, en punto a que los jueces no pudieran interpretar las leyes penales, requería, al menos idealmente, que los enunciados legales se construyeran sobre la base de elementos descriptivos, marcadamente objetivados y con la mayor neutralidad posible. Esto es, que habilitaran una metodología de aplicación a través de la subsunción como forma mecánica –sin interferencias– de asumir el hecho juzgado dentro de la extensión lingüística –literal– de la ley. Así, el juez no tenía posibilidad de “interferir” en la relación entre enunciados y hechos, pues no había elementos que exigieran valoración, ya que todo dependía de la “percepción” que habilitaban las descripciones literalmente comprendidas por el magistrado.

Con esta técnica se lograban dos objetivos fundamentales: uno de naturaleza política, otro de orden epistemológico. En la esfera política, la ley penal salía “acabada” de manos del legislador, su única fuente legitimada, impidiendo así que los jueces avanzaran sobre competencias que eran ajenas en ese reparto de poderes. Conforme, además, a criterios netamente formalistas, propios del positivismo legal, el contenido de la norma era ajeno a consideraciones en la instancia de aplicación. La ley era la vara con la que se determina lo bueno y lo malo, lo justo o lo injusto, como señalaba Hobbes y luego reafirmaría Kelsen con su conocida afirmación: la ley

⁶ Beccaria, C. *De los delitos y de las penas*, se sigue la edición de Franco Venturi (1983). Barcelona. Bruguera.

puede tener cualquier contenido. En definitiva, “*auctoritas, non veritas facit legem*” (Leviathan, cap. 19).

Esta consideración política favorecía en el campo metodológico un proceso claramente formalista, deductivo y mecánico, que encontraba en la imagen de la subsunción el aseguramiento y la certeza en la operatividad de la ley frente a los hechos⁷. La prohibición de analogía se presentó, así, como un sucedáneo más realista de la primigenia prohibición iluminista de interpretar⁸.

Esta comprensión “cultural” y política de la cuestión entró en crisis a partir de la década de los años sesenta del siglo pasado, se proyectó de manera definida en sus últimos años y en lo que lleva el siglo XXI se ha vivido una consolidada transformación. En nuestros días, el legislador ha adoptado una técnica de construcción de los enunciados típicos que necesariamente exige la intervención hermenéutica en la instancia jurisdiccional. Suele decirse hoy que la creación de la ley y su aplicación no constituyen dos compartimientos estancos o diversos, sino que se integran en un proceso de gradual concreción normativa; aunque se deba salvar la subordinación de la última instancia a la primera, para respetar la sujeción del juez a la ley⁹.

No se trata de algo que los magistrados han arrebatado a los legisladores sino de la consecuencia necesaria del modo en que estos construyen los tipos penales. Las últimas décadas de legislación en la Argentina ponen en evidencia esta situación a través de ciertos aspectos o criterios de redacción de los enunciados. Fundamentalmente, a los fines de este trabajo, pueden identificarse algunas cuestiones relevantes que expresan este fenómeno.

3.2. *El Derecho Penal de riesgos y el adelantamiento de la punición*

Así puede señalarse que el legislador argentino ha elaborado un número apreciable de tipos penales buscando un “adelantamiento de la punibilidad”. Esto significa que ha discernido como bienes jurídicos lo que en verdad son “normas de flaqueo”, es decir, reglamentos, controles o programas que, en el sistema jurídico general, buscan regular, propiciar o proteger el cumplimiento de objetivos finales. Esto se complementa, además, con la referencia a meros peligros abstractos, alejados de la lesión efectiva de bienes jurídicos. En ese marco, lo que originariamente era visto como mera contravención administrativa no solo termina convirtiéndose en un delito, sino que incluso adquiere una notoria gravedad dentro del sistema punitivo del Código. Una muestra de esto se verifica en los distintos tipos penales que se integran en el art. 189 bis del CP, especialmente en lo relativo a los delitos de tenencia y portación de armas de fuego “sin la debida autorización”.

Se trata, en el primer caso –tenencia–, de un ejemplo de los denominados de-

7 Cfr. Müller, F. (1995). *Juristische Methodik*. Berlín. Duncker & Humblot.

8 Kaufmann, A (1999). *Das Verfahren der Rechtsgewinnung*. Munchen. CH Beck’sche. La función de la analogía en la aplicación de la ley puede verse en Riggi, E. (2010). *Interpretación y ley penal, un enfoque desde la doctrina del fraude de ley*. Barcelona. Atelier.

9 Cf. Yacubucci, G. (2014). *El sentido de los Principios Penales*. Ob. cit.

litos de posesión que se construyen sobre presupuestos de peligro abstracto, pues se satisfacen por la sola inobservancia de las exigencias administrativas para “tener” un arma de fuego. Esta opción legislativa plantea en el campo del análisis científico penal varias discusiones, donde se integran desde el debate sobre la efectiva existencia de comportamiento –¿es el tener propiamente una acción?– hasta la individuación de los bienes jurídicos que están en juego dentro de la teleología del tipo.

Ya en el supuesto de la “portación” de un arma de fuego, se infiere la exigencia de un peligro concreto –diverso al riesgo de la mera tenencia– y por esto reclama para su atribución una serie de componentes extras en la situación ilícita. Esto es, que el traslado se verifique fuera de un determinado ámbito de intimidad y privacidad, que el arma de fuego esté cargada y sea apta para el disparo. Aspectos que, en la tenencia, resultan innecesarios.

La noción de peligrosidad y el adelanto de la punibilidad no se reducen a la configuración objetiva solamente, pues el legislador ha agravado o atenuado las consecuencias jurídicas de estos hechos según ciertas características del sujeto. En buena medida, ha cedido a la tentación de adoptar criterios propios de un Derecho Penal de autor, que condicionan el acto –hecho– que es el punto de partida fundamental de la imputación. De allí que busque agravar las sanciones si se trata de un individuo eximido de prisión o excarcelado o si posee antecedentes vinculados a delitos con armas de fuego o contra las personas. Al mismo tiempo, permite una reacción “atenuada” si se descarta, de manera certera y evidente, que la portación del arma de fuego persiga otros objetos ilícitos.

Si bien estos tipos penales pueden guardar, como se dijo, cierta relación con la lógica del adelantamiento de la punibilidad, esta función no agota el significado jurídico del injusto, en tanto el legislador ha adoptado criterios de autoprotección del Estado a través de la defensa de la seguridad y la tranquilidad pública, como bien jurídico diferenciado de los ilícitos que, en particular, puedan afectar bienes individuales.

Esto se pone de manifiesto por la rúbrica donde se integran sistemáticamente los tipos en análisis y la graduación del peligro que se verifica en la consideración de las consecuencias punitivas atribuidas a cada supuesto incluido en el art. 189 bis del Código Penal.

En ese orden, en lo que el tipo expresa como deber impuesto al sujeto que detenta un arma de fuego –omitir su posesión o traslado ilegítimo–, está claro que no requiere de una ejecución más extensa que la de tener el objeto en las condiciones antes aludidas, pues con esto determina ya una perturbación objetiva. El estado o situación de antijuridicidad tiene, pues, un sentido de permanencia que nuestra legislación penal diferencia a través de la configuración típica entre tenencia y portación según la entidad del riesgo emergente.

Todos estos aspectos volcados a los enunciados legales ponen de manifiesto que en la instancia de aplicación ha de concretarse una intensa labor hermenéutica, no solo en aras de evaluar la constitucionalidad de esos tipos frente a los casos concretos, sino además ponderar aspectos que remiten a elementos subjetivos, por principio, de dudosa legitimidad.

En esa misma línea, el legislador se ha valido de tipos penales que asumen como comportamiento autónomo, relevante a los fines de la sanción, acciones que en

verdad –empíricamente hablando– son meros actos preparatorios de un delito y, por ende, previos a un *iter criminis* punible. Dicho de otro modo, actos que no se integran siquiera a la tentativa de un delito específico.

Si bien tradicionalmente un ejemplo de esa técnica legislativa puede encontrarse en la posesión de instrumentos conocidamente orientados a la falsedad de moneda –art. 299 del CP–, en nuestros días la más clara expresión de esa modalidad reside en la figura del “grooming” expresada en el art. 131 del CP. Ello es así por cuanto en este tipo penal concurre no solo la caracterización de un acto preparatorio como ilícito en sí mismo, sino que además integra la necesidad de evaluar, por parte del aplicador, intenciones del sujeto –“con el propósito de cometer” un delito sexual. La labor interpretativa, en este caso, resulta particularmente exigente, en tanto el enunciado precisa el medio a través del cual el agente “expresa” su finalidad ilícita sexual. Por eso se trata en verdad de un “cibergrooming”, ya que el mismo comportamiento sin ese instrumento comunicativo carece de relevancia penal.

3.3. La necesaria interpretación teleológica y valorativa en los delitos sexuales

La idea de alcanzar la neutralidad del enunciado merced al uso de elementos descriptivos aparece hoy abandonada por el legislador, frente a ciertos bienes jurídicos que se instalan como objetivos preferentes de la Política Criminal. Así, en el campo de los delitos sexuales, se ha recurrido a fórmulas que adoptan marcadores claramente valorativos e, incluso, remiten a la víctima concreta que aparece en el hecho particular sometido a juicio. Este es el caso de la reforma de la ley 25.087 del Código Penal sobre los delitos sexuales. El enunciado del art. 119 del CP, por ejemplo, habla de ataques sexuales que por su duración o circunstancias de realización configurarían un “sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima”.

La reforma de este grupo de comportamientos ilícitos en el Código Penal es en sí misma una muestra de la metamorfosis en términos de técnica legislativa y las consecuencias directas o indirectas que suscitan en la práctica. Lo primero a señalar es que un cambio en la identificación del bien jurídico lesionado provoca necesariamente modificaciones en la hermenéutica de los comportamientos delictivos. Esto muestra la relevancia de la interpretación teleológica en relación con los bienes jurídicos.

Vale recordar que históricamente el Código se refería a este tipo de conductas con la rúbrica de “delitos contra la honestidad”. Congruente con esa identificación, en el estupro se requería que la víctima fuera “mujer honesta” y la afectación básica se definiera como “abuso deshonesto”. De allí también que la manualística de la época considerara que no era posible la existencia de “violación” en las relaciones maritales, pues aunque fueran forzadas no afectaban la “honestidad” de la mujer, quedando solo subsistente alguna posible lesión. Más aún, por la interpretación que merecía el verbo típico, se afirmaba que la mujer nunca podía ser sujeto activo de violación ya que, desde una perspectiva anatómica, ella no podía “penetrar” o “acceder” al varón –no podía violarlo.

La redacción de aquél momento derivó, por otra parte, en una fuerte discusión

jurisprudencial acerca de la posibilidad de aplicar la punición de la violación a la *fellatio in ore* o, si por el contrario, aquella solo quedaba operativa para el coito –vaginal y anal.

La reforma en esta área tan delicada comenzó por la propia referencia al bien jurídico afectado. En este punto, la nueva rúbrica lo definió como “integridad sexual”. Este cambio determinó, obviamente, una modificación profunda de la hermenéutica de los tipos penales, ya que incorporó como bienes jurídicos la libertad y la indemnidad sexual –especialmente de los menores de edad. Así, en nuestro sistema, los tipos de injusto en cuestión hacen referencia a la afectación de la libertad en el ejercicio de la sexualidad. En ese punto, los condicionamientos y, sobre todo, la coacción son un medio eficaz para mostrar la afectación al bien jurídico integrado al tipo.

La operatividad del tipo debe ser analizada entonces de acuerdo a la *ratio iuris* del injusto que se concreta a través de la afectación de la libertad sexual de la víctima, sin perjuicio de los intercambios sociales precedentes, en tanto estos no impliquen una situación de error sobre el consentimiento de la persona en la realización del acto. En el caso de los delitos contra la integridad sexual, el núcleo del injusto típico reside en un comportamiento que no consulta la voluntad del afectado en su libre ejercicio de la sexualidad. En nuestra configuración social las personas tienen la libre disposición de su sexualidad, de acuerdo con criterios de edad y circunstancias diversas que siempre dejan a salvo la expresión de consentimiento. Precisamente, este último se hace ineficaz a los efectos de la imputación, cuando en el intercambio sexual aparece un menor de trece años, cuya indemnidad en ese aspecto se pretende asegurar.

Existe, pues, un derecho garantizado a decidir libremente sobre los contactos sexuales, que integra desde una perspectiva que podemos definir como negativa la facultad de exclusión de terceros de ese campo de organización, ejercicio y disposición de las personas.

La garantía del libre ejercicio de la sexualidad reconocida en el sistema jurídico no implica la posibilidad de acciones positivas sobre terceros para el aseguramiento normativo de su concreción. El ejercicio de la sexualidad queda, por tanto, sujeto a la libre decisión de los sujetos, de acuerdo a reglas de tipo social, comunicativo, afectivo y civil. Por eso, el consentimiento sexual frente a terceros no se presupone “*per se*”, pues está relacionado con el libre ejercicio de un derecho individual dentro de determinados contextos de interacción. Ninguna persona puede reclamar de otro la prestación sexual aduciendo su derecho al propio ejercicio de la sexualidad.

De allí que en el contenido material del bien jurídico que presenta la rúbrica se hable de integridad sexual para referirse a un aspecto fundamental del libre desarrollo de la personalidad, de acuerdo a valores de diverso rango –sociales, éticos, culturales, religiosos, etc. Una parte esencial del bien jurídico se vincula, pues, con la libertad sexual que impide sobre todo injerencias de terceros no consentidas –derecho de exclusión– y neutraliza pretensiones no aceptadas de prestación.

De todos modos, la rúbrica con la que el legislador ha identificado el Título II, del Libro II del Código Penal, “delitos contra la integridad sexual”, no se relaciona simplemente con la afectación de la libertad sexual, sino que incluye también aspectos de indemnidad e intangibilidad referidos, sobre todo, a los menores de edad y, especialmente, a la franja de estos, comprendida hasta los trece años. Esto es congruente con la axiología constitucional, particularmente a partir de la reforma de

1994, donde al principio de dignidad humana históricamente asumido se sumaron los criterios que impone la “Convención de los Derechos del Niño” (art. 19, apartado 1 y art. 34) y el principio 2º de la “Declaración de los Derechos del Niño”.

Este marco de orientación se concreta, además, en tipos penales como el de la corrupción o suministro de material pornográfico. En tal sentido, el art. 125 del CP considera disvaliosa la intromisión abusiva y por esto ilegítima de un adulto en la esfera de desarrollo sexual del menor, incluyendo como fundamento de agravación la circunstancia de que esa injerencia se concrete por parte de un conviviente. De esa forma se pretende asegurar el derecho del menor a un desarrollo libre y progresivo de su sexualidad que implica excluir interferencias que abusen de su situación de vulnerabilidad. En esto se expresa la búsqueda de cierta intangibilidad frente a los intercambios de contenido sexual que supongan una instrumentalización del sujeto o, de acuerdo a la edad, un condicionamiento ilegítimo de su desenvolvimiento madurativo. Se trata, pues, de una consideración normativa, en tanto la integridad sexual es asumida como derecho del menor, que busca preservarlo de la relación de prevalencia obvia de los adultos en ese campo específico.

3.4. Algunas consecuencias del cambio de bien jurídico en los delitos sexuales

El abandono de la noción de la honestidad como bien jurídico aplicable a los delitos sexuales y la aparición de la integridad sexual en su lugar, más allá de la relevancia política criminal que expresa, provocó consecuencias interpretativas de notable impacto en las relaciones sociales y en la comprensión de la dogmática penal. Ciertamente, tras esa reforma, ya no puede haber discusión alguna respecto a que el acceso carnal no consentido en la relación conyugal constituye un ilícito penal. Resulta igualmente claro que el estupro no requiere discutir sobre la “honestidad” de la víctima que, por otra parte, puede ser de cualquier género –no solo femenino como entonces. Hoy, el juez habrá de valorar acerca de la “inmadurez sexual” del afectado –menor de dieciséis años aunque mayor de trece– para concluir si su consentimiento ha resultado manipulado por el sujeto –mayor de edad– activo.

En tanto el legislador expresa en el tercer párrafo del art. 119 del CP, como fundamento de la imputación –de lo que antes se indicaba como violación–, que “hubiere acceso carnal por cualquier vía”; este enunciado también ha provocado cambios notables. Por un lado, al no hacer referencia al sujeto que “accede carnalmente” sino a la situación de acceso carnal –habla de “hubiese”–, que es lo que debe verificar el juez para imputar el hecho, la mujer puede ser responsable del delito frente a una víctima masculina. Lo que importa para la relevancia típica es que hubiese acceso carnal, no quién es el sujeto agente del acceso, ya que lo que aquí interesa, en términos del tipo de injusto, es considerar la edad del afectado, la inexistencia de consentimiento válido o la presencia de violencia física o moral –coacciones.

Por otro lado, si bien la referencia del enunciado a acceso carnal “por cualquier vía” provoca dificultades de aquellas que se identifican como problemas de “sobre inclusión” típica, lo cierto es que no parece haber duda que ahora integra en la pena prevista para los accesos carnales por vía vaginal y anal, también a la *fellatio in ore*.

4. La identificación en los enunciados típicos de especiales sujetos vulnerables

La apertura radical del sistema jurídico argentino a los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, a partir de la reforma constitucional de 1994, significó un cambio notable en los criterios interpretativos de las leyes penales pero, al mismo tiempo, impulsó decisiones de Política Criminal de notable importancia. En ese contexto debe situarse la promulgación de tipos penales relacionados con la violencia de género e intrafamiliar, la especial atención a la mujer como víctima potencial de agresiones psicológicas y físicas, la ubicación de los menores de edad como sujetos que requieren de especial atención a través del instrumento punitivo, el señalamiento de crímenes de lesa humanidad y, finalmente, la importancia en general de la vulnerabilidad social, particularmente representada en la trata de personas.

Así, el Código Penal fue incorporando tipos de injusto donde se atiende a “víctimas” que aparecen expuestas, por situaciones de sometimiento, inequidad sociológica de las relaciones, motivos de rechazo o discriminación, a padecer lesiones en bienes jurídicos fundamentales –vida, integridad física y sexual, libertad etc. La reforma del art. 80 del CP –homicidios agravados– se muestra, en esta línea, como un ejemplo especial, ya que se amplía en el inciso primero la naturaleza de los vínculos personales que fundamentan la pena de prisión perpetua, pues trasciende el concepto institucional de cónyuge y se proyecta sobre la noción de pareja, sin importar que hubiera convivencia actual o pretérita. De allí la notoria dificultad de otorgar algún contenido cierto a la expresión “pareja” como sujeto pasivo del ataque contra la vida. Adviértase que al neutralizar el enunciado, la convivencia como indicador relevante de la estabilidad del vínculo, se hace más difusa la delimitación del contenido de esos vínculos.

Al mismo tiempo, ya en el inciso cuarto del art. 80 del Código Penal, que atiende tradicionalmente a los agravantes por la motivación del autor, se incluyeron –además del odio racial y religioso– el relativo a “género, orientación sexual, identidad de género o su expresión”. Esta línea de Política Criminal se completa a través de los incisos once y doce, que se refieren, en el primer caso, a la muerte causada por un hombre contra una mujer, mediando violencia de género y, en el otro, cuando se mata para causar sufrimiento a una persona con la que mantiene o ha mantenido un vínculo de pareja en los términos del inciso primero. Este último supuesto es una expresión contemporánea del histórico *inoxxi pro noxio*, que exteriorizaba la muerte del enviado –inocente– como medio de afectar al realmente comprometido en el conflicto. Por eso se define como un homicidio transversal, en tanto se mata a un sujeto con el propósito de terminar afectando a quien ha sido o es pareja del autor.

Un punto importante en la interpretación de los institutos que se presentan como sustitutos del juicio penal, lo establece la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, *Convención de Belén Do Pará* –ley 24.632. La hermenéutica propuesta por la CSJN en el precedente “Gongora” parece inhibir, como ya lo habían decidido otros tribunales penales, la posibilidad de no llegar a dilucidar la violencia de género fuera de un juicio formal.

Cabe recordar que para esa Convención, la violencia a la que se refiere se concreta a través de “*cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado*” (art. 1°). En el artículo siguiente establece que “*se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual*”.

A su vez, y en relación con los criterios que han de adoptar los Tribunales, el art. 7° de la Convención determina, en lo que respecta a estos sucesos: “[...] *los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique la propiedad; e. tomar las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer; f. establecer procedimientos legales y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención*”.

La aplicación de instrumentos internacionales incluso ha provocado la configuración de tipos penales que van más allá de los criterios propiciados a nivel comparado. Tal es el caso del injusto relacionado a la trata de personas, dentro del cual el consentimiento deja de tener una función desincriminante. En ese enunciado punitivo –ley 26.842– se describe la trata de personas como el ofrecimiento, la captación, el traslado, la recepción o acogida de personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países. La explotación es definida no solo a través de situaciones de reducción o sujeción a esclavitud, servidumbre, trabajos forzados, sino también cuando se facilite o comercialice la prostitución, la pornografía infantil o se forzaren matrimonios o uniones de hecho. Finalmente, se incluyen comportamiento relacionados con la extracción forzosa o ilegítima de órganos, fluidos y tejidos humanos.

La cláusula más significativa, en términos de Política Criminal, establece que el “consentimiento dado por la víctima de la trata y explotación de personas no constituirá en ningún caso causal de eximición de responsabilidad penal, civil o administrativa de los autores, partícipes, cooperadores o instigadores”.

5. Los delitos contra el orden económico y financiero

En las últimas décadas, el sistema penal argentino se orientó, como sucedió a nivel comparado, hacia bienes colectivos y macrosociales, muchos de ellos de claro contenido económico y financiero¹⁰, incluyendo reglas de control o de flanqueo como se advirtiera antes¹¹. Así se promulgaron distintas leyes en materia penal tributaria que pusieron en el centro las obligaciones de los ciudadanos en el sostenimiento de la “hacienda pública”, dando lugar al debate acerca de la “elusión” de impuestos –no punible penalmente– y la “evasión” –castigada en la legislación penal¹².

Sin embargo, la inclusión dentro de la sistemática del Código Penal del Título XIII, sobre delitos contra el orden económico y financiero, implicó una radical ampliación de las discusiones, empezando, claro está, por la responsabilidad de la persona jurídica¹³ y continuando, en términos de impacto en la praxis, con la nueva consideración del lavado de activos, que incluiría el denominado “autolavado”. Junto con los tipos penales incluidos en el Código Aduanero, esa normativa –tributaria, previsional, económica y financiera– ha constituido un nuevo ámbito de debate dogmático y jurisprudencial.

Repárese en el desafío que implica, en términos de imputación penal, la estructura de organización de la empresa a los fines de discernir competencias, intervenciones punibles y conductas neutrales. Este nuevo ámbito, como la praxis jurisprudencial lo ha puesto de manifiesto en casos socialmente sensibles, no puede ser abordado con los mismos “instrumentos” científicos que fueron centrales como herramientas de comprensión de los delitos tradicionales –homicidio, lesiones, robos. De allí que incluso la discusión haya alcanzado al contenido de los principios fundamentales como son el de culpabilidad y legalidad.

10 Cf. Yacobucci, G. –director–; Laporta, M. y Ramírez, N. –coordinadores– (2010). *Derecho Penal Empresario*. Buenos Aires. Montevideo. BdeF.

11 La CSJN ha dicho que el legislador ha concebido el delito de contrabando como algo que excede el mero supuesto de defraudación fiscal (*Fallos*: 206:473 y 302:1078), ya que lo determinante en este caso para la punición “es que se tienda a frustrar el adecuado ejercicio de las facultades legales de las aduanas [... circunscribiendo dichas facultades de control, respecto del contrabando, solamente a los hechos que impiden u obstaculizan el adecuado ejercicio de las funciones que las leyes acuerdan al servicio aduanero para el control sobre las importaciones y las exportaciones” (*Fallos*: 312:1920).

12 Cf. Yacobucci, G. (2008). “La conducta típica de evasión tributaria. Un problema de interpretación normativa”. En *Derecho Penal Tributario*, Tomo I. Madrid-Buenos Aires. Marcial Pons.

13 Un análisis detallado del tema dentro de esa reforma aparece en Yacobucci, G. (2012). “Responsabilidad de la persona jurídica en el delito de legitimación de activos”. En *Tratado de Leyes y Normas Federales en lo Penal*. Buenos Aires. La Ley. Para un análisis integral de los problemas en materia penal económica, García Cavero, P. (2014). *Derecho Penal Económico*. Parte General, 3ª edición. Lima. Jurista Editores.

6. Las armas como instrumento privilegiado de agravación del injusto en las decisiones del legislador

Las armas, ya sean propias o “impropias” pero, especialmente, las armas de fuego, se han convertido en la Política criminal argentina de los últimos tiempos en un instrumento que por su peligrosidad y poder lesivo se ubicó en la mira del legislador.

El Código Penal posee una cláusula general –art. 41 bis del CP– que agrava la pena de todo delito, cuando se cometiere mediante el uso de un arma de fuego y esta no aparezca contemplada expresamente en su enunciado. Además, en los delitos contra la propiedad, el legislador ha realizado una compleja cadena de supuestos, donde la interpretación teleológica se hace imprescindible a la hora de asegurar racionalidad a la aplicación de esos tipos de injusto.

La reforma del art. 166, inc. 2º, del Código Penal, por ley 25.882, concretó de manera gradual las tesis “objetiva” y “subjetiva”, en relación con el agravante del robo con armas. A partir de los argumentos legislativos quedó en evidencia que la norma califica en general el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble cuando se “cometiere con armas” y, en especial, cuando el arma utilizada fuera de “fuego”. También agrava la imputación de la figura simple, al tratarse de un arma de fuego sin aptitud para el disparo o de un instrumento que tenga apariencia efectiva de serlo, aunque resulte en definitiva una réplica, juguete o “arma de utilería”, con capacidad coactiva.

Así, el artículo contempla distintos tipos penales que remiten a la aplicación de una escala penal diferenciada entre los hechos donde se utiliza un arma de fuego con aptitud real, los hechos donde se usa otro tipo de arma y, finalmente, aquellos donde, a pesar de faltar la idoneidad lesiva de un arma de fuego, se logra una coacción específica –más intensa– gracias a su apariencia. La interpretación sistemática y teleológica de estas normas pone en evidencia que el legislador ha contemplado entonces dos motivos diferentes para fundar un disvalor superior en el injusto típico. Por un lado, se trata de la mayor intimidación que provoca la comisión de un robo valiéndose de un objeto que, al menos aparentemente, tiene la aptitud lesiva de un arma de fuego. Por el otro, la existencia de un riesgo efectivo para la integridad de las personas, provocado por quien se vale de un instrumento con real capacidad de afectación.

Por lo tanto, si en los hechos comprobados judicialmente aparece un arma de fuego de “utilería” o el uso de otra cuya aptitud o no para el disparo no ha podido ser constatada y se verifica que tuvo una especial aptitud o eficacia coactiva, se concretará la razón del agravante en el ilícito apoderamiento, aún descartándose la falta de lesividad física del instrumento.

En la medida en que no queden dudas de que el arma de fuego –o lo que tenía apariencia de tal– fuera usada de modo intimidatorio, se ha concretado la específica conformación de la “violencia” calificada del comportamiento. En esa línea no puede obviarse que la noción de violencia –“física”– asumida por el enunciado típico ha sido normativizada de acuerdo a exigencias sistemáticas –respecto de la extorsión– e implica un concepto de *crimen vis* de significado extensivo.

Desde esa perspectiva, Núñez considera como un modo de conducta violenta la amenaza a mano armada, expresando: “*La amenaza con arma a una persona*

para apoderarse de la cosa ajena no es una simple intimidación, sino que constituye el despliegue de una energía física [...] que se dirige contra ella y, por su poder material, vence su resistencia". En ese aspecto, advierte que "la concurrencia de un arma sólo contribuye a la calificación del robo si es utilizada o blandida contra una persona para vencer o evitar su resistencia al apoderamiento de la cosa" [Núñez, R. (1989) *Tratado de Derecho Penal*, Tomo IV. Buenos Aires. Lerner, 224 y 240, respectivamente].

Es más, abonando esa dogmática del tipo, Núñez explica, en su estudio sobre los delitos contra la propiedad, que la energía física a la que alude la violencia en el robo *"no es necesario que [...] haya obrado encima del cuerpo de la víctima, pues también se despliega [...] cuando se la amenaza con ella de manera inmediata", poniendo como ejemplos "apuntar con un revólver o emplear un arma para intimidar". En conclusión, Núñez sostiene, en punto al agravante del robo, que "las armas deben ser un instrumento para la ejecución del mismo [...]"* [Núñez, R. (1951). *Delitos contra la propiedad*. Buenos Aires. Bibliográfica Argentina, 198 y 236, respectivamente].

7. La transformación del principio de legalidad penal frente a los crímenes de lesa humanidad

Cuando Feuerbach sintetizó la legalidad penal a través del principio *nullum crimen nulla poena sine lege* previa, escrita, que fue incorporando además las exigencias de estricta y cierta, se estableció el fundamento principal del *ius puniendi* en la modernidad ilustrada. Sin embargo, en las últimas décadas, el contenido de ese principio ha sufrido una notoria flexibilización de cara a necesidades políticas y exigencias de justicia material. En el caso argentino, esto se concretó de manera especial merced a la jurisprudencia de la CSJN que recibió, en buena medida, la influencia de los fallos de la CorteIDH.

Los graves crímenes de la dictadura militar e, incluso, determinadas situaciones que sin constituir crímenes de lesa humanidad afectaron derechos fundamentales, motorizaron fallos de la CorteIDH, que han modificado la configuración originaria de la legalidad penal.

En los precedentes de la CSJN se hace referencia a un núcleo intangible de valores, derechos y principios *–Derecho de Gentes*, clásicamente entendido como Derecho Natural secundario– que no exigen para su juridicidad una positividad escrita a través de enunciados precisos y penas tasadas. Se asume que forman parte de la conciencia universalizada de la convivencia, lo cual supone una evidente modificación de los postulados del principio de legalidad penal como fueran comprendidos y aplicados históricamente por el sistema nacional.

Se formó, en consecuencia, un *ámbito de excepción* dentro de la potestad pública estatal de sancionar, que si bien remite de manera particular a los denominados crímenes de lesa humanidad, no dejó de impactar también en casos de graves violaciones a derechos humanos pero que no integran ese concepto particular. En ese orden, la CSJN dispuso "[...] reconocer el carácter imprescriptible de los delitos de lesa humanidad ('Arancibia Clavel', *Fallos*: 327:3312); declarar la inaplicabilidad de las leyes de obediencia debida y punto final ('Simón', *Fallos*: 328:2056); reconocer el

derecho a la verdad sobre los hechos que implicaron graves violaciones de los derechos humanos ('Urteaga', *Fallos*: 321:2767); otorgar rol protagónico de la víctima en este tipo de procesos ('Hagelin', *Fallos*: 326:3268); también replantear el alcance de la garantía de cosa juzgada compatible con los delitos investigados ('Videla', *Fallos*: 326:2805) y considerar inconstitucionales los indultos en esas materias ('Mazzeo', *Fallos*: 330:3248)".

El análisis de la jurisprudencia de la CSJN muestra, entonces, un cambio de paradigma en la consideración de la legalidad penal a partir de las exigencias de cierta juridicidad material que imponen las instancias de control internacional, a costa misma de otras garantías.

8. Una breve reflexión final

La República ha vivido en las últimas décadas grandes cambios políticos, constitucionales, sociales y económicos. Todos ellos de una u otra manera se han reflejado en las decisiones de la Política Criminal y, a través de estas, se vieron instrumentadas en el sistema punitivo, especialmente en el Código Penal. El comienzo de un nuevo período gubernamental presenta una oportunidad extraordinaria para que la racionalidad, el profesionalismo y el respeto por la dignidad humana y el bien común político guíen a quienes seguramente plasmarán en un nuevo Código los objetivos que la comunidad demanda en materia de seguridad. Paul Robinson¹⁴ ha señalado con lucidez que los sistemas penales, en la medida en que se alejen de los valores, intuiciones y criterios sociales de justicia, van perdiendo legitimidad, confianza y credibilidad. La respuesta penal, por lo tanto, no puede ser ajena a los reclamos de imparcialidad, proporcionalidad, igualdad, justicia y subsidiariedad. El recurso al Derecho Penal, como respuesta a los desafíos comunitarios, implica, por regla, el reconocimiento de un menor nivel de concordia y amistad política. Dicho de otro modo, la extensión de "lo penal" es de hecho el reconocimiento de un fracaso colectivo.

¹⁴ Robinson, P. (2008). *Competing Conceptions of Modern Desert: Vengeful, Deontological, and Empirical*. Cambridge Law Journal, 68.

TENDENCIAS, CAMBIOS Y DESPLAZAMIENTOS EN EL CAMPO JURÍDICO

Trends, Changes and Displacements in the Legal Field

Roberto A. Punte*

1. Principales tendencias vistas desde un aniversario

En oportunidad de los veinte años de *Prudentia Iuris*, se realizó un número aniversario de homenaje a los fundadores. Estábamos por entonces en el año 2000 y el número 52. Ahora, arribados a los treinta y cinco años, cabe festejar el número 80.

En ese lapso, no solo nuestro Derecho Público se ha actualizado y abierto como secuela de la profunda reforma constitucional de 1994, sino que ha ocurrido un desplazamiento del eje jurídico desde el Derecho Privado hacia el Derecho Constitucional.

Es notoria la repercusión de esto, tanto en la gestión pública como en la vida ciudadana normal, determinando un proceso que se ha calificado como de publicización del Derecho Privado y que, en mi opinión, nos remite a un núcleo esencial de lo jurídico, la unidad fundamental del Derecho en torno de la persona vinculada, manifestada en esferas que van desde lo más íntimo hacia lo relacional familiar y culmina en las formas de ciudadanía propias del Derecho Público, sin un corte o cambio cualitativo; pues no puede haber un bien común que luzca separado o inconciliable con los bienes individuales y ningún ámbito de desarrollo individual que sea viable sin un marco general basado en iguales reglas de verdad y justicia.

Aunque varíen los acentos y las proporciones, aunque sea diferente el sentido común cultural o de la época, lo debido a cada persona o al común ha de ser respuesta sensiblemente percibida como proporcionada y eficaz solución del conflicto que fuere, para ser legitimada y, por lo tanto, reconocida como expresión de una “justa justicia”.

* Abogado (UCA). Profesor titular ordinario de Derecho Constitucional. Coordinador de *FORUM*, publicación anual del Centro de Derecho Constitucional (UCA). Director del Suplemento de Derecho Constitucional de *El Dial* desde 2003. Correo electrónico: punte@bscp.com.ar

No es sólo cuestión del Derecho como texto escrito, sino también de sus entre-líneas, de lo que se ve en la puesta en acto, en la praxis. No basta lo declamado y proclamado, sino lo que efectivamente queda al fin del día, al cierre del asunto.

2. Crisis del enciclopedismo jurídico y las progresivas autonomías

Esta crisis de lo normado escrito probablemente implica un fin de ciclo respecto del gran proyecto enciclopedista propio del racionalismo iluminista que hacía de la ley su eje. Tal vez sin llegar a tanto emerge la necesidad de clarificación y conciliación de la cada vez más vasta enciclopedia jurídica con los principios generales que son el cimiento común a todas las ramas en que se fue abriendo la actividad normada de las personas e instituciones.

La enciclopedia, fundada y fundante de la clasificación propia de la modernidad en ramas como Derecho Público, Derecho Privado Civil o Comercial, Derecho Penal, Derecho Internacional Público y Privado, con su fuerte impacto acompañó el apogeo del racionalismo iluminista abocado a clasificar la realidad de modos inteligibles. Esto constituyó un gran avance de comprensión y, a la vez, un método muy eficaz de diferenciar los sectores de la actividad humana, lo que redundó sin duda en una mayor facilidad tanto de enseñanza como de investigación. Pero a su vez, cada sendero nuevo que se abría predicaba para sí mismo una especialización con principios propios, una “autonomía”, que a partir del objeto propio determinaba sus particulares necesidades metodológicas y de lenguaje, y en definitiva llevaba a sostener la existencia de tales principios, a veces en contraposición con las ramas vecinas.

Este periplo, iniciado en las ciencias naturales, se replicó en las ciencias sociales y, obviamente, en lo jurídico. Monumento del racionalismo iluminista, epítome de la modernidad, fue la Enciclopedia un esfuerzo de clasificación y exposición del conocimiento con pretensión de precisión científica en todos los ámbitos, proyectando este modelo taxonómico desde las ciencias experimentales a las sociales. Como sabemos, no escapó a esto el Derecho, y también en este ámbito se generó un frondoso árbol de especialidades, en que cada una se sumergió en la definición de aquellos principios propios y diferenciadores que determinaran y justificaran su identidad, siendo el máspreciado objetivo el proclamar la autonomía científica y metodológica del sector. Este modelo, muy útil como método expositivo y de enseñanza, encontró su propio agotamiento como consecuencia de la exuberancia de su creciente frondosidad y la inconsistencia de las pretensiones de autonomía.

Resultando imposible abarcar todas las especialidades, la reversión de la ola ha llevado a la necesidad de concentrarse nuevamente en los principios comunes, lo que hace que el Derecho sea Derecho, la preocupación por la justicia tanto en las conmutaciones como en lo general o social.

3. Resignificación de lo público en torno a los derechos de la persona

Como un segmento más de la globalización, se ha determinado una nueva pirámide normativa partiendo de la generación internacional de un nuevo Derecho

Convencional –las Declaraciones y Tratados de Derechos Humanos– con pretensión de supranacionalidad, a partir de los fallos de los tribunales de aplicación y su jurisprudencia y doctrina. Esto ya se podía atisbar en las convenciones contra la esclavitud, la trata de blancas o el tráfico de opio; pero tuvo su desarrollo exponencial luego de la segunda gran guerra del siglo XX, cuando la persona humana pasó a ser objeto de la preocupación jurídico-política como reacción ante las masificaciones despersonalizantes del marxismo y el nacionalsocialismo, resaltadas por las masacres perpetradas.

También los propósitos de planificación socioeconómicos repercutieron tanto en la gestión pública como en la vida ciudadana normal, y ha crecido la burocracia estatal, nacional, provincial y local, así como la internacional, determinando cambios que, junto con el fenómeno de la integración transnacional de la actividad económica, según el régimen de “cadenas de valor” con su secuela de segmentación e interdependencia, han aparentemente achicado el campo de lo “privado” dejado a la libertad individual.

Concurre como dato también evidente el explosivo aumento, calificable de inflacionario, de las regulaciones, leyes, decretos, protocolos, muchas veces puntualmente minuciosos, que intentan circunscribir tanto a la autoridad como a las personas. Y tal vez por ello mismo, el fenómeno descrito como anomía, una devaluación de tales normas positivas, soslayadas, desobedecidas o sujetas a permanentes reclamos de reforma, muchas veces reprochadas por sus desajustes ante la muy rápida modificación de costumbres y el impacto de la globalización y la aceleración comunicacional, que a la vez nos muestran una fuerte deriva hacia una cultura jurídica cada vez más común.

Entre nosotros, se han producido cambios sobre nombre, familia, se han regulado nuevas formas de propiedad, con procedimientos de resguardo de la intimidad, amparo, hábeas corpus, reforma política, protección del consumidor y de las discapacidades, programas alimentarios, preservación del medio ambiente, etc. y esto ha impactado de modo que lo que antes era el eje clásico de nuestros estudios, los cinco civiles –parte general, obligaciones, contratos, Derechos Reales, familia y sucesiones–, hoy han cedido su preponderancia a favor de núcleo del Derecho Público –principalmente el Constitucional, acompañado del Internacional, Administrativo, del Trabajo y Fiscal.

Estos han dejado de ser considerados un Derecho “marco” para las relaciones civiles y comerciales fundadas en la libre contratación y la autonomía de la voluntad, para asumir un rol central en la legitimación y subsistencia de actos y decisiones, aun de las más privadas.

Así resalta lo constitucional, como vinculado al resguardo de las libertades personales y piedra basal del “orden público”, configurado por todos los bienes comprometidos en el Preámbulo y replicados por la vía convencional de los tratados: la unión, la paz interior, la defensa común, la libertad, para lograr el bienestar general con razón y justicia. Son valores liminares, que no cesan de sostener la convivencia que se apoya tanto en el orden de las normas –lo jurídico–, como de las conductas –las buenas costumbres y el sentido ético en que estas se sostienen.

Este desplazamiento viene acompañado de reacomodamientos interiores a las disciplinas, y una secuela inesperada, consistente en una nueva visión sobre la

unidad profunda del Derecho, diluyendo las fronteras conceptuales de las autonomías entre las ramas generadas por la mencionada metodología de la enciclopedia jurídica.

Cumplido ese ciclo y avanzado el proceso de constitucionalización formal de los Estados, resalta visible la incongruencia, siendo evidente que ninguna rama puede, por vía de especialización y pretensa autonomía, invocar principios que discrepen de los propios del régimen constitucional en donde se inserta. Sobre todo con el concepto actual, perfilado en la segunda mitad del siglo XX, en que la Constitución trasciende lo político entendido como organización histórica de los Estados, para caracterizarse como céntrica garantía de los derechos personales y sociales, a los que se han sumado recientemente los ambientales.

Y es ahí donde por vía de la reflexión en torno al resguardo de los aspectos más nucleares de los derechos de la libertad, los cinturones de protección para cada persona, cada grupo, cada minoría, cada sector, ha debido empezar a incluirse lo esencial, las raíces nutrientes que alimentan las ramas profusas en que se fue abriendo el conocimiento jurídico; los principios, valores y reglas muy fundamentales, cuyos rasgos y rastros son necesariamente constitutivos de todas y cada una de las especialidades en que se abriera la enciclopedia.

En consecuencia, el fenómeno que aparece como de publicización del Derecho Privado puede ser analizado como resultado del arribo a una renovada noción de unidad fundamental del Derecho Común asentado en la Constitución, que ya no se ve como una mera “ley fundamental”, sino como un plexo de reglas, compromisos, decisiones y costumbres, lo que algunos tratan de definir a través del concepto de “bloque de constitucionalidad”, que aspiran a ser comunes a todo un colectivo en expansión, ya que trasciende las clásicas fronteras nacionales y puede avizorarse habrá de culminar incluyendo de modo determinante a todo el género humano. Una nueva visión sobre la profunda unidad del Derecho, diluyendo las fronteras conceptuales de las autonomías.

En este reflujo hacia la unidad puede tal vez percibirse un reflejo de la permanente búsqueda de lo “uno que explica todo”, de esta explicación unitaria que transita toda la historia de la cultura como parte de esa permanente tensión entre lo uno y lo disperso que Leopoldo Marechal resumiera acabadamente en su opúsculo poético-filosófico sobre el ascenso y descenso del alma por la belleza.

Con posterioridad a la reforma de 1994 se había fortalecido la restauración de la primacía del Derecho Constitucional respecto de las demás normas, a través del recurso permanente a reglas constitucionales y/o principios de ese nivel, reforzados por armonización con similares principios contenidos en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, para entender que no puede haber ni una división tajante entre Derecho Público y Derecho Privado, ni esfera que quede por debajo de los Derechos Humanos y que resulte inalcanzable por el brazo judicial. Esta visión de unidad del Derecho de Fondo no acarrea la desaparición de las ramas especializadas, sino que las constriñe a no apartarse de los principios comunes como fundamento de todo lo demás.

También, como en cada etapa subsisten retazos de las anteriores, de la modernidad ha quedado lo antropocéntrico, iniciada como secuela del giro copernicano por el que se abrió la mirada humana al universo, a la vez colocando al hombre como dueño de esa mirada en el centro del mismo.

A esto se suma la noción de actor vinculado. Hoy puede decirse que el objeto del Derecho es la justicia pero no ya como meta más o menos abstracta, sino la justicia manifestada en los vínculos. Del hombre como “animal social” que se deformara en sus desvíos, donde la persona perdía todo valor ante el sujeto social o colectivo, aparece una variación, el hombre como vinculado, en largas cadenas de solidaridad, tanto con sus ancestros como sus coetáneos y descendientes¹.

Esta noción desarrolla algo sustantivo propio de los misterios judeo-cristianos. La doctrina de la falla original se vertebra en esa solidaridad vincular y también en ella se imbrica la redención mesiánica y la visión del cuerpo misterioso, cuya cabeza es el Salvador. Símbolo actual de esa *vinculariedad* es la cadena del ADN que religa a todos los hombres nacidos y por nacer, no sólo entre sí, sino con todo lo que tenga vida. De ahí que esta etapa de reflujo hacia una unidad más profunda del Derecho encuentra apoyo en la doctrina de los Derechos Humanos, con centro en las personas, corresponsables entre sí, y, según los más actuales desarrollos, también con el ambiente y las generaciones futuras.

Pero como todo lo cultural humano es imperfecto y en tránsito, junto con lo positivo que hay en esta tendencia crecen sus deformaciones y desvíos. El principal es la afirmación disfuncional del individuo como centro, que en su versión egoísta confunde los propios deseos y caprichos con “derechos” exigibles.

Esto puede corregirse desde el ángulo tratado de que sólo hay derecho, justicia y pacificación en el justo equilibrio que se integra en la solidaridad vincular, no solo en las conmutaciones, sino también en lo social y transgeneracional. Hay en esto logros positivos y otros que aún están en etapa de evaluación según una u otra tendencia se afirme o se diluya.

4. Los cambios en lo formal normativo y en la conducta de los órganos supremos: el constituyente, el legislativo y la Corte Suprema

Desde lo formal, en 1980 se discutía si adherir o no y en qué condiciones al Tratado de San José de Costa Rica. Hoy, este integra la Constitución. Paralelamente, otro impacto ha consistido en que por vía de la incorporación constitucional de las declaraciones de derechos y deberes del hombre y los tratados de protección de los Derechos Humanos, dentro de la valija de herramientas con la que cuentan tanto el abogado como el funcionario o el juez, se encuentra el recurso a un nuevo criterio de autoridad, el de los tratados, doctrina y tribunales internacionales, con un renovado acudir a los principios como guía en la cada vez más profusa red de normas y decisiones de diferente origen y disímil categoría.

En 1980 regía en forma incompleta la Constitución de 1853 –limitada por los fines del proceso de reorganización nacional–, estaba suspendida toda actividad política partidaria y clausurado el Congreso, por lo que las leyes se elaboraban y promulgaban por el Ejecutivo con el control político de las Fuerzas Armadas y un discreto análisis formal y de compatibilización por parte de la Comisión de Asesoramiento

1 Punte, R. (2012). “Discurriendo sobre los fundamentos”. En *Prudentia Iuris*, Nro. 74, 185-9.

Legislativo. La Corte Suprema y los tribunales inferiores funcionaban con independencia en materias privadas y aun en el contencioso administrativo, pero no tanto en la zona de conflicto propia del Estado de Sitio y suspensión de derechos, de pretensión constitucional, que apenas disimulaba la existencia de un derecho marcial propio de un estado de guerra interna. Sin embargo, pudo advertirse un progresivo fortalecimiento de tal independencia, aun en este campo, a partir del habeas corpus a favor de Jacobo Timerman, en septiembre de 1979 (CSJN *Fallos*: 301-771).

El levantamiento de estas restricciones, con la reactivación de la actividad político partidaria y la convocatoria a elecciones generales, que determinaron la asunción de autoridades investidas en condiciones de plena legalidad institucional, no fue un desenlace normal del proceso anterior, puesto que en su raíz incidió la traumática experiencia de la derrota en junio de 1982, que dio fin a la aventura bélica intentada en los mares del sur, deslegitimando la gestión militar del gobierno, que desembocó en un rápido proceso electoral de restauración constitucional².

Desde entonces, se intentó vivir sin Estado de Sitio, salvo los limitados eventos de su establecimiento por pocos días en 1985, 1989, 1990 y, por último, por pocas horas, durante la crisis de diciembre de 2001; pero no se ha podido evitar la suspensión de derechos desde 1989 a la fecha, a través de leyes de emergencia que han dominado el panorama de la actividad económica, sobre todo afectando los derechos de los particulares respecto del Estado como importante actor e interventor en ese área.

La reanudación de la actividad político partidaria tuvo su inicio con la ley 22.627 de agosto de 1982, que rigió las primeras elecciones, hasta su actualización en octubre de 1985 (ley 23.298), que hoy se mantiene con los retoques introducidos en noviembre de 2012 por la ley 26.774, denominada de “reforma política”. Del mismo modo, por la ley 22.864 se volvió al Código Nacional Electoral realizado en 1972 (ley 19.945), que aún nos rige, con algunos cambios introducidos por la mencionada ley 26.774. Restablecida la actividad de gobierno según el modelo originario, se reglamentó el hábeas corpus, a través de la ley 23.098, de octubre de 1984; así como algunos institutos que más tarde serían incluidos en la reforma constitucional, tales como la Auditoría General de la Nación (ley 24.156, de 1992) y el Defensor del Pueblo, por la ley 24.284, de 1993.

Pero el pivote del cambio más sustancial fue instalado por la Corte Suprema. Esta corriente encuentra su primer paso en el recordado fallo “Ekmekdjian vs. Sofovich” (*Fallos*: 315, volumen 2 – 1492, del 7 de julio de 1992), en el que coincidieron en la doctrina básica el voto mayoritario (Cavagna Martínez – Barra-Fayt – Nazareno – Boggiano), con disidencia parcial de Moliné O’ Connor y Petracchi, y más a fondo, Levene y Belluscio.

Los principios allí establecidos fueron básicamente que los Tratados de los Derechos Humanos tienen un rango superior al resto de los tratados, en la medida en que “busquen establecer un orden público común cuyos destinatarios no son los Estados sino los seres humanos que pueblan sus territorios [...] su objeto y fin es la

2 La convocatoria electoral se hizo en junio de 1983 a través de la ley 22.838, y a partir del 10 de diciembre de 1983 han funcionado con mayor o menor regularidad, según marcaran los estilos predominantes, los distintos instrumentos de gobierno previstos en la Constitución.

protección de derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes”. Como se ve, acá está plantado ya el estandarte de un nuevo “orden público común”, independiente de los sistemas nacionales, y, cabe glosar, de las especialidades; porque si se trata de alzar principios que trasciendan las fronteras, mucho más han de trascender las pretendidas autonomías de las especialidades.

A su vez, se recepta la clásica distinción entre normas operativas –como fue para el caso concreto el derecho de réplica fundado en el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica– de aquellos que por su texto radican en un carácter nítidamente programático (art. 26 de la Convención).

Esto surge, además, de una directiva de fondo que es “interpretar de buena fe el texto” conforme al sentido corriente que haya de atribuirse en los términos del Pacto, en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin (art. 31.1 de la Convención de Viena –considerando 19 – y, en particular, las disidencias de Moliné y Petracchi). A su vez, en el voto mayoritario se determina que la interpretación del Pacto debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, pues uno de sus objetivos es la interpretación del Pacto (art. 1º).

Digamos, pues, que en este fallo ya se encuentran todos los elementos fundamentales que van a orientar la futura inserción del plexo jurídico nacional dentro del interamericano en materia de Derechos Humanos. Como puede verse, esto no implica extrapolar estos principios a otros tratados en los que no se es parte (como los de la Unión Europea o las opiniones de la Corte Europea de Derechos Humanos, o de comités de interpretación), puesto que no revisten el mismo carácter ni peso, y deberán ser evaluados como cualquier otra doctrina a la que el juez pueda acudir para fundar sus razonamientos resolutivos.

Poco después, la misma Corte, integrada por los Dres. Barra, Belluscio, Levene, Cavagna Martínez, Nazareno y Moliné O’ Connor, en julio de 1993, en el conocido caso “Fibraca” –*Fallos*: 316:1669–, dio un paso más al asentar la argumentación en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, otorgando carácter vinculante a dicha norma, que, debe aclararse, ya regía desde enero de 1980, al cumplirse los recaudos internacionales pertinentes, siendo que su aprobación por la República se remontaba a la ley 19.865 de 1972, dictada por el Ejecutivo de Facto de entonces. Dicho art. 27 dispone que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. En consecuencia, salvados los principios del Derecho Público Constitucional, en caso de conflicto debe primar el tratado sobre cualquier norma interna contraria, y estos son los fundamentos en que se apoya la vigente inserción del Derecho Internacional dentro de nuestro Derecho Público y Privado, con su consecuencia de impacto jus-publicístico.

Esto fue ratificado en los autos “Café la Virginia” –*Fallos*: 317:1282–, importando la precisión que se realiza en el considerando 24 en cuanto a que dicha Convención otorga primacía “al Derecho Internacional Convencional sobre el Derecho Interno”. Esta primacía (considerando 14 del voto del Dr. Boggiano) está vertebrada en los principios de buena fe y *pacta sunt servanda*, según se desarrolla en el considerando 21 del mismo voto, con cita de John Jay en *El Federalista*, en cuanto que un tratado es “sólo otro nombre que se aplica a un contrato y sería imposible encontrar una

Nación dispuesta a celebrar cualquier contrato con nosotros que los comprometiera a ellos de modo absoluto y a nosotros solo tanto tiempo y hasta el grado que se nos antojara [...] así como el consentimiento de ambas partes fue indispensable para su conclusión original, así también lo es siempre para alterarlos o cancelarlos”, pensamiento este que de alguna manera sintetiza el fundamento de esta supremacía. En el considerando 25 se fundamenta además la vinculación con el art. 27 de la Constitución, en cuanto al resguardo de “los principios de Derecho Público”, lo que coincide con el art. 46 de la misma Convención de Viena acerca de la nulidad de un tratado que implicara “violación manifiesta de una norma de importancia fundamental de un derecho interno”, esto con cita del recordado Julio Barberis³. Cabe aquí marcar una advertencia al lector, y es recordar la paralela doctrina alternativa fundada en la regla *rebus sic stantibus* que pregona la subsistencia de las obligaciones en la medida en que no ocurra un cambio sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta al suscribir el convenio.

Lo cierto es que al convocarse la reforma constitucional de 1994, a través de la ley 24.309, se incluyó entre los “temas habilitados” el adoptar una regla sobre incorporación y jerarquía de los tratados. Si bien, cabe mencionar que en realidad se estaba reescribiendo el art. 31, ubicado entre las Declaraciones, Derechos y Garantías –respecto de los cuales había formal consenso de que no debía cambiarse nada–, se acudió al artilugio de modificar dicho artículo, a través de agregar un inciso en las facultades del Legislativo, por entonces el art. 67, hoy 75, inciso 22⁴.

Queda así resumido el camino cumplido, cuya consumación más reciente está en las reglas de fuentes e interpretación de los dos primeros artículos del flamante Código Civil y Comercial (ley 26.994), en cuanto la imbricación de las reglas de Derecho Público y Privado, en un solo derecho común: “*Fuentes y aplicación*. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a Derecho”.

“*Interpretación*. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los Tratados sobre Derechos Humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

3 Barberis, J. (1985-1986). “La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y la Constitución Argentina”. En *Prudencia Iuris*, Nro. XVII-XVIII, 192 y sigs.

4 La publicación de la Constitución reformada fue notoriamente desprolija, puesto que, realizada el 23 de agosto de 1994, al día siguiente hubo de publicarse en el Boletín Oficial una fe de erratas, y luego, para salvar una omisión se dictó la ley 24.430, de texto ordenado, en el que se incluye como segunda parte del art. 77 la norma omitida, lo que recién se publicó en el Boletín Oficial el 10 enero 1995. Así y todo, subsistió otra irregularidad: un párrafo saltado en el art. 76 –debió ser el segundo párrafo– aparece inserto como transitoria octava en las “Disposiciones Transitorias”.

5. Concentración y expansión en los roles de la Corte Suprema

Otra tendencia en curso, aunque no esté aún consolidada y pueda, con otra composición, ser susceptible de revisión, surge de las resoluciones de la Corte Suprema que tienden a perfilarla como un tribunal que trata de concentrarse en temas de consistencia institucional. Como, a la vez, luego de un retroceso ante el Consejo de la Magistratura, ha tomado fuertes iniciativas tendientes a consolidarse como cabeza del Poder Judicial, no puede afirmarse que esta deriva la circunscriba a un rol de corte constitucional análogo al estilo de algunos países como España o Colombia.

Esto se ve en los siguientes cambios. En primer lugar, una postura mucho más restrictiva frente a la revisión de sentencias arbitrarias. En el pasado, posiblemente como secuela de que los nuevos miembros provenían principalmente de la carrera judicial, se abrió una ancha vía de revisión de tales sentencias, entendiéndose que estas violaban las garantías del acceso a la justicia y al debido proceso legal. Así ocurrió en gran parte por impulso propio, pero también por la de algunos doctrinarios y funcionarios de peso⁵, ampliando por esta vía a temas ordinarios la competencia del Tribunal.

Esta hoy tiende a restringirse. Para empezar, a través de la reforma del art. 280 del Código Procesal Federal, en cuanto que la Corte puede a discreción desestimar presentaciones por considerar insuficiente, insustancial o carente de trascendencia el agravio constitucional invocado⁶.

La buena intención radica en que la Corte pueda concentrarse en el rol de tribunal constitucional, centrándose en las cuestiones vinculadas con las custodias y salvaguarda de la supremacía de la Constitución, que es, en propias palabras (*Fallos*: 315-1523), la parte central de su elevado ministerio. Se justifica en “reforzar el criterio de especialidad” del Tribunal, permitiéndole “ahondar en los grandes problemas constitucionales y federales”, por vía de seleccionar los asuntos sobre los que deba pronunciarse, siempre con miras a una “mejor justicia”. La habilitación para desestimar asuntos que carezcan de trascendencia tiene como contrapartida no dejar de intervenir cuando aparezca dicha trascendencia, aunque los recaudos formales no se encuentren suficientemente cumplidos. Asimismo, que, como cabeza del Poder Judicial, no deje de arbitrar y verificar en su eficacia los debidos procedimientos y medios necesarios para detectar, circunscribir e impedir o corregir la existencia de tales arbitrariedades.

5 Sobre todo después de su sistematización por Carrió, G. (1967). *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. AbeledoPerrot. Buenos Aires.

6 La ley 23.774, de abril de 1990, a la vez que amplió el número de jueces de la Corte a nueve, introdujo esta reforma del art. 280, que permite una selección de los casos que aun revistiendo alguna materia constitucional, resultaran insustanciales o carentes de trascendencia. Esta restricción ha permitido desestimar *in limine* una gran cantidad de asuntos llegados a la misma, teóricamente permitiendo una mayor concentración en los casos de trascendencia o gravedad institucional, categoría esta última también creada jurisprudencialmente a través del caso “Jorge Antonio” (cf. Oteiza, E. “La Corte Suprema de Justicia de la Nación: El recurso extraordinario, la sobrecarga de tareas y la falta de una política judicial superadora”). Ampliar datos

La Corte también fue perfilando mejor el recurso extraordinario⁷ y actuó como legisladora al reglamentar las formalidades de su interposición (Acordada 4/2007)⁸.

Otra medida en esa línea es la regulación del recurso extraordinario por salto de instancia, a través de la Ley 26.790, que por gravedad institucional habilita que la Corte se aboque a un asunto, saltando instancias intermedias, cuestión que ya se había hecho por jurisprudencia. En general, había sido criticado este instrumento, dado que inicialmente los casos seleccionados por vía pretoriana implicaron atender a necesidades políticas del gobierno de turno, más que una verdadera gravedad institucional⁹; pero una de las primeras aplicaciones recientes quedó exenta de tal posible crítica pues consistió en resolver la inconstitucionalidad de la ley 26.855, sobre elección directa de los integrantes del Consejo de la Magistratura, conocida como fallo “Rizzo”¹⁰.

También la Corte achicó en 2006 su competencia ordinaria por vía jurisprudencial excluyendo de la jurisdicción originaria las causas civiles entre vecinos de distintas jurisdicciones que tradicionalmente había asumido¹¹ y más recientemente también dentro de la línea de limitación de competencia debe ubicarse el fallo “Anadon”, de fecha 20 de agosto de 2015, el cual declaró la inconstitucionalidad del recurso ordinario previsto por el art. 24, inciso 6, apartado A, del Decreto 1.285/1958 que establecía la posibilidad de que, existiendo un monto importante y siendo parte el Estado Nacional, se podría apelar a la Corte como última instancia ordinaria. Para ello acudió al antiguo recurso de recordar que esta ampliación de su competencia no tenía origen en la Constitución y que basta con la vía extraordinaria para los casos en que por su gravedad lo requieran. El fundamento apoya el argumento del “deber de la Corte de fallar todos los asuntos en los que pueda estar comprometido algún principio constitucional sin que estas cuestiones se midan por la cantidad de dinero que pueda importar, deviniendo irrazonable en la práctica y un verdadero privilegio esta posibilidad de llevar el asunto a una tercera instancia ordinaria”¹².

Como ampliación de su competencia como Tribunal Constitucional, son significativos sus fallos declarativos de inconstitucionalidad de oficio, o sea, sin pedido de las partes. En el pasado había invalidado leyes que vulneraban su competen-

7 En tal sentido, pueden citarse los casos “Strada” y “Di Mascio” (Fallos: 308:290 y 311:2478), en cuanto a la determinación con claridad del concepto de Superior Tribunal de la causa como prerequisite indispensable para arribar a la Corte por la vía extraordinaria. También redefinió el concepto de “agravio de imposible o insuficiente reparación”, en la causa “Daglio”, de 1991 (Fallos: 214:238). Bajo la cobertura de la reforma de los arts. 42 y 43 de la Constitución, amplió el concepto de legitimario, incorporándose los consumidores y la aceptación de la vía de amparo en esta materia.

8 Cf. Nota de Punte, R. (2007). “Desde el 6 de agosto rige la Acordada 4 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que reglamenta algunos aspectos del recurso extraordinario”. En *elDial.com* - DCC18.

9 Así había ocurrido con los conocidos casos “Dromi - privatización de Aerolíneas Argentinas” (Fallos: 313:630 y 313:863) y “González”(BIBA) (Fallos: 313-1242).

10 Fallos: 326:2998. Cf. Punte, R. (2013). “Fundamentos de la inconstitucionalidad parcial de la ley 26.855 de Reforma del Consejo de la Magistratura y su situación normativa ulterior. El fallo ‘Rizzo’”. En *elDial.com* - DC1AD1.

11 *In re* “Barreto”, Fallos: 329-I-759, año 2006.

12 Fallos: CSJN 494/2013 – 49- A – 20 de agosto de 2015.

cia¹³, lo que puede considerarse una derivación del admitido principio *iura novit curia* que permite a los jueces discernir el derecho aplicable con independencia de lo invocado por las partes, con precedentes del 2001 y 2004, en que se admitieron, con disidencias¹⁴, las condiciones de una posible declaración de esa índole. En “Rodríguez Pereyra c/ Ejército Argentino”, el 27 de noviembre de 2012, la Corte Suprema abordó la acción incoada por un soldado conscripto que había sufrido lesiones en acto de servicio, y declaró inconstitucional su regulación por la ley 19.101, que excluía la posibilidad de acudir al Derecho Común¹⁵.

En similar sentido puede ubicarse la penetración de la Corte en asuntos antes considerados no justiciables como temas electorales o de partidos políticos (título de diputado Bussi, *Fallos*: 324:3358), declaración de inconstitucionalidad de la reforma de la Constitución de Santiago del Estero (“UCR c/ Santiago del Estero”, 22-10-2013) y revisión de juicios políticos cuando se encuentra afectado el debido proceso (caso “Trovato” – *Fallos*: 320:845).

En su reafirmación como cabeza del Poder Judicial deben ubicarse los fallos en que ha invalidado actos y leyes vinculados con las facultades del Consejo de la Magistratura, como el ya mencionado “Rizzo”. El Consejo fue introducido por el Pacto de Olivos a la reforma constitucional como uno de los instrumentos de atenuación del presidencialismo, buscando que la preselección de ternas de candidatos para jueces y camaristas fuera realizada de modo técnico, dejando a la Presidencia la instancia política definitiva, o sea, la selección y propuesta al Senado para los Acuerdos pertinentes. Esto fue progresivamente tergiversado por cada una de las reformas que se fueron introduciendo al órgano. Asimismo, cuando se creó el Consejo se le asignaron facultades reglamentarias, de administración y disciplinarias de los jueces, propias del gobierno del Poder Judicial, lo que ha generado frecuentes tensiones y negociaciones con la Corte Suprema, ya que la misma Constitución, a la vez, establece que “el Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia” (art. 108). En la primera ley reglamentaria esto se solucionó colocando al Presidente de la Corte como Presidente nato del Consejo, único modo de zanjar dicho error inicial de diseño (leyes 24.937/24.939), buscando armonizar el funcionamiento de ambas instituciones. Una desafortunada reforma separó ambos órganos y la experiencia demostró la realidad del doble riesgo, ya de conflicto, ya de estancamiento o inoperancia, si Corte y Consejo no

13 Por Acordada del 3 de febrero de 1984 declaró inaplicable el art. 24 de la ley 22.192 sobre integración de Tribunales de Ética Profesional; y por Acordada 60 del 15 de octubre de 1996 invalidó la ley 24.675 creadora de un registro de auxiliares de la justicia y otros similares (*Fallos*: 308:1519; 314:948; 318:1772).

14 En “Mill de Pereira c/ Provincia de Corrientes” (*Fallos*: 324:3219, año 2001), en el considerando 10º se admitió por la mayoría esa posibilidad. El caso consistía en que el Superior Tribunal de Corrientes, integrado por conjuces, había declarado de oficio la inconstitucionalidad de las normas locales que prohibían la indexación, lo que involucraba las equivalentes de la Ley Nacional de Emergencia 23.928, y la mayoría no acogió el recurso contra esto por entender que no había materia federal. Mucho más definida fue la mayoría en el caso “Banco Comercial” (*Fallos*: 327:3117), al convalidar lo sentenciado en tal sentido por la Cámara de Bahía Blanca.

15 Cf. Punte, R. (2013). “Respecto de la declaración de inconstitucionalidad de oficio en relación con la doctrina del debido proceso legal”. En *elDial.com* - DC19F3.

se desempeñaren con un criterio acompasado. Los recientes fallos desautorizantes de reglamentos del Consejo o del Legislativo y en materia de jueces subrogantes muestran la falencia del sistema, a la vez del esfuerzo de la Corte en no abandonar su rol de cabeza del poder¹⁶.

Esta ha usado, como fuera ya dicho, de modo decidido su (discutida) capacidad normativa, dictando Acordadas con voluntad legislativa. Tal la mencionada Acordada 4/2007, regulando el recurso extraordinario, y las que determinan el procedimiento de notificación electrónica (38/9-2015). Ha incorporado la institución de los *Amicus Curiae* (Acordada 7/2013), y determinado audiencias públicas en asuntos de trascendencia (Acordada 30/2007), así como ha impulsado medidas de transparencia, tanto en su contacto con el público como en la comunicación de planes anuales de trabajo, aunque esto es incompleto y en oportunidades no se condice con el día a día de la gestión, donde es común encontrarse con ferias sorpresivas sectoriales, y otras actividades que afectan el ya de por sí breve año de actividad judicial.

Asimismo, en diversas composiciones, ha innovado en preparación de cambios normativos, como en el conocido fallo “Sejean” (*Fallos*: 208:2268), de inconstitucionalidad de la Ley de Matrimonio Civil 2.393, luego de más de cien años de vigencia, para allanar el camino del divorcio vincular. Y dictado sentencias normativas, cuyo contenido cuasi legislativo ha declarado aplicable a una multitud de casos, siendo los más notables el fallo previsional “Chocobar” (*Fallos*: 319:3148) y los fallos “Massa” y “Kujarchuk”, regulando la salida de las causas originadas en impugnaciones a la pesificación asimétrica de las deudas y créditos en dólares, en donde se sentaron las bases para decenas de miles de casos similares que fueron resueltos según los criterios allí establecidos, a pesar de las posibles diferencias fácticas entre uno u otro caso¹⁷.

Otras decisiones que tuvieron a su vez efecto normativo han sido, a partir del fallo “Peralta”, de 1990 (*Fallos*: 313:1513), las decisiones convalidantes de las emergencias, los varios corralitos y las pesificaciones asimétricas, una significativa puerta para la perpetuación de los poderes extraordinarios apoyados en las normas de emergencia mucho más allá de las causas que le dieron origen.

En orden a los Derechos Humanos cabe destacar que, junto a notables progresos de aplicación, ha habido un claro retroceso en el ámbito del Derecho Penal. Por un

16 Casos “Rosza”, 23-5-2007, “Rizzo” 18-6-2013, y el muy reciente “Uriarte”, del 4-11-2015, declarando la inconstitucionalidad de la Ley de Subrogancias 27.145 del 18-6-2015.

Es urgente rehabilitar el ejercicio regular de la presidencia del Consejo por un miembro de la Corte Suprema, ya sea su presidente o el que la Corte designe. Esta es una exigencia de armonía puesto que el sistema del art. 114 debe compatibilizarse con la regla del art. 108, que establece que el Poder Judicial de la Nación es ejercido por la Corte Suprema, de modo tal de evitar una cuestión de doble cabeza del mismo poder así como para generar una adecuada sinergia entre ambas instituciones, armonizando su actuación, e impidiendo que tomen caminos divergentes en sus decisiones para el mejor gobierno del Poder Judicial, en relación a la prestación del servicio de justicia, que es lo principal debido por toda esta organización para con el pueblo de la Nación.

17 Cf. “El contenido normativo del fallo ‘Massa’ y sus consecuencias. Los fallos ‘Rial’, ‘Marta’, ‘Pochat’”; *elDial* 7-2-2007 y “Una nueva sentencia normativa determina el modo de liquidar las cuentas pendientes de la pesificación asimétrica. Nota a Fallo ‘Kujarchuk’”; *elDial*, 14-9-2007.

lado, se ha tolerado un garantismo sin límites en los tribunales penales nacionales y federales, lindante con el abolicionismo. Admitidos los tipos abiertos o en blanco, que se multiplican y se extienden además a los bruscos cambios jurisprudenciales, como ocurre con la tenencia de drogas para uso personal, que ha pasado por cuatro giros de 180° durante distintas administraciones en un período de veinte años. Por otro lado, en los casos de “lesa humanidad”, la ruptura de las reglas constitucionales en materia de largas detenciones sin condena, muchas veces en condiciones indebidas, sin garantía del debido y veloz proceso, el non bis in ídem, y convalidándose la condena en base a tipos abiertos, como los que han aplicado normas de doctrina internacional a las cuales se ha calificado como “consuetudinarias”, cuando carecen de la antigüedad y consenso suficientes para ello.

6. Las falencias del Legislativo

En el campo del Derecho Público, muchas decisiones, en cambio, han sido deformadas u omitidas a la hora de legislar. A pesar de las enfáticas declaraciones constitucionales, el quehacer legislativo ha sido seriamente deficitario, y su práctica ha permitido o convalidado acciones de gobierno notoriamente inconstitucionales. Tal el caso de la falta de debido contralor de los recaudos en el dictado “en acuerdo general de ministros” de los decretos de necesidad y urgencia y que lleva más de una década sin realizarse. Y las graves omisiones de los encargos constitucionales de 1994, comenzando por la falta de negociación y dictado de una ley de co-participación federal que actualice y equilibre las cargas y los beneficios de tener un sistema fiscal relativamente centralizado. Los presupuestos se fijan sin el recaudo de un programa general de gobierno ni un plan de inversiones públicas, ni tampoco se ha tratado con seriedad la revisión de la cuenta de inversión. No se ha regulado el nuevo Amparo, ni el derecho de réplica, ni se han actualizado las leyes previas a 1994 organizativas de la Auditoría General o el Defensor del Pueblo. Las incursiones en el Ministerio Público y el Consejo de la Magistratura han sido con claro apartamiento de las pautas constitucionales lógicas que debían seguirse. Como contraste de estas leyes imprescindibles por ser obligatorias constitucionalmente, se han multiplicado normas tal vez innecesarias, con marcas de apresuramiento e improvisación, como el Digesto Argentino, el nuevo Código Civil y Comercial y otras normas, no tan imprescindibles, pero a las que, sin embargo, se les ha dado prioridad respecto de aquellas mandas constitucionales incumplidas¹⁸.

18 Cf. las notas “Sobre el Digesto Jurídico Argentino”, *elDial.com* - DC1DF4 - 27-10-2014; “Sin cuenta sombras de ley o tratamiento de algunas dificultades que pueden advertirse para la agenda de trabajo del próximo año legislativo”, *El Dial* -Suplemento de Derecho Constitucional, DC1EA9, 13-03-2015. Y “El Derecho Judicial y el orden público constitucional en el nuevo Código Civil y Comercial”, *El Dial* -Suplemento de Derecho Constitucional, DC1FF8, 13-10-2015. Asimismo, ver capítulos 3 y 4 sobre “Verificación de los daños institucionales”. En Punte, R. (2014). *Nosotros, el pueblo: aportes para una comprensión de la Argentina*. Buenos Aires. Ed. del Autor.

7. Avance de la inseguridad jurídica

Sin perjuicio de lo positivo expresado, un rasgo predominante del sistema es la inseguridad jurídica. Muchas veces se alega que la cultura “de facto” infiltró durante años a generaciones de argentinos, y, en efecto, “de hecho” muchas normas no se aplican, las sentencias demoran en cumplirse, las propuestas jurídicas son soslayadas, y hay un repetido acudir a los actos refundacionales, la doctrina de los hechos nuevos, la emergencia, los criterios de oportunidad y urgencia, los decretos reglamentarios en exceso de las normas que reglamentan, la pérdida de razonabilidad por motivos ocasionales o de mero oportunismo.

Puede advertirse abandono de las reglas tanto por los que administran como por los administrados, buscando los caminos laterales, lo que podría describirse como un permanente “andar por las banquetas” para ir más rápido que el resto de la población con la cual se compete.

Si bien no es posible medir la inseguridad jurídica, en cada territorio asolado por ella es posible encontrar los rastros. De Atila se decía que por donde pasaba su caballo no volvía a crecer el pasto. Algo así sucedía con la secuela de la inseguridad jurídica que arrasa con la posibilidad de una convivencia organizada, de una planificación razonable, de un crecimiento lógico. La inestabilidad de la jurisprudencia su suma al cambio normativo, y los debates sobre la ley aplicable ya consumen parte del tiempo de los operadores. En esto mismo se encuentran los casos de incumplimiento de las sentencias judiciales, y la inmunidad del Estado, principal actor en la vida económica, en el cumplimiento de sus deudas y compromisos. En definitiva, se verifica un contradictorio cuadro de provisoriedad y consiguiente inestabilidad, con graves secuelas de daño institucional¹⁹.

8. Lineamientos de consolidación institucional

El núcleo de la fórmula del gobierno representativo se encuentra en las disposiciones constitucionales que requieren de deliberación para el gobierno, por medio de los representantes y autoridades electas. Por lo tanto, deliberar que significa tratar y reflexionar sobre un asunto entre varios— es algo que falla y que debe recuperarse, concurriendo en esto dos factores, uno ético constitucional, y, el otro, por imposición de la realidad.

Hay en esto un principio por el que la renovación parcial de los representantes con sus elementos de continuidad y cambio genera una legitimidad claramente actualizada y plural, superior en esto a la legitimidad residual de quienes concluyen su mandato. Lejos de lo unívoco, tendrá la renovada responsabilidad y capacidad de revisar aquellas normas que han tenido un origen meramente sectorial, omitido en su elaboración el necesario debate dialogal y transformativo, que suele de ser condición indispensable para lograr consensos fructíferos que

¹⁹ Manili, P. L. (2011). *La seguridad jurídica. Una deuda pendiente*. Buenos Aires. Ed. Hammurabi y su comentario en ED 12893, lunes 12-12 de 2011.

perduren en el tiempo, como vigencias asentadas en una madura convicción de legitimidad.

Esta nota ha comenzado sosteniendo la unidad de los principios jurídicos fundamentales, y puede defenderse sin esfuerzo que el núcleo central de principios, derechos y garantías es de raigambre constitucional, actualizado en sus fórmulas y sostenido además en una protección internacional a través de los tratados.

Los bienes constitucionales comprometidos en el Preámbulo, la unión, la paz interior, la defensa común, la libertad, para lograr el bienestar general con razón y justicia. También el libre tránsito, la propiedad, el trabajo, la igualdad ante la ley de nacionales y extranjeros, hasta sus actuales desarrollos más elaborados y sutiles, son Derechos Naturales preexistentes, sostenidos en la soberanía del pueblo y la forma republicana. Son valores liminares, que no cesan de sostener la convivencia que se apoya tanto en el orden de las normas –lo jurídico– como de las conductas –las buenas costumbres y el sentido ético en que estas se sostienen, y configuran el orden público sustantivo.

La orientación hacia la paz, superando pugnas y divisiones, configura una piedra fundamental de la politicidad humana, y, necesariamente, un eje central también de nuestro reflexionar. Obliga a una doble acción. Tanto deslegitimar la violencia, el patoterismo conceptual o físico, como entronizar su contrario, el diálogo que personaliza a cada otro y permite la construcción de sentidos para cada una de las vidas individuales, y asignar su debido rol como uno de los motores importantes de convivencia, al trabajo, que seriamente, más allá de los lemas, “dignifica al hombre”, al hacerlo partícipe de la tarea divina de completar la creación, asegurando así una múltiple pertenencia de identidad, consigo mismo, con sus vínculos y prójimo, con el mundo y su Creador.

DERECHO ADMINISTRATIVO Y ÉTICA
Una visión luego de treinta y cinco años
Administrative Law and Ethics. A Vision after thirty-five years

Pedro Coviello*

Los treinta y cinco años transcurridos desde el primer número de *Prudentia Iuris* me traen recuerdos imborrables de aquellos primeros ejemplares de tapa y contratapa color ocre, con artículos de una calidad asombrosa y que tanto me sirvieron en mi comprensión de la Filosofía del Derecho. Si bien esa era la orientación de la revista, la iusfilosofía la hacía extensiva a los distintos saberes jurídicos que buscaran su asentamiento profundo en valores y principios superiores.

Por ello, al igual que en otras oportunidades en las que humildemente traté de dar mi aporte en estas páginas eminentes¹, hoy sólo trataré de dar una breve visión, muy personal, del Derecho Administrativo y la ética durante los últimos treinta y cinco años. Son los años que viví en la docencia en mi querida Pontificia Universidad Católica Argentina (desde 1977) y en el desempeño de distintos menesteres profesionales.

En especial, y dado el cariz que guía a *Prudentia Iuris*, trataré de insistir, al igual que en otras oportunidades, sobre las raíces nutricias del Derecho Administrativo.

I

Muchas veces, en este sentido, se ha visto a dicha disciplina como una estructura jurídica destinada a justificar la “arbitrariedad” estatal. Ésta era entendida como resultado de entenderse que el Estado podía hacer lo que quería, según lo que las situaciones y sus circunstancias exigieran. Se negaba de tal forma que los jueces pudieran juzgar las “razones de oportunidad, mérito o conveniencia” que determinaban el dictado de los distintos actos de los órganos estatales, salvo la muy

* Profesor Titular Ordinario de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Correo electrónico: pjic17@hotmail.com

1 “El Derecho: ¿Realidad o norma moral? A propósito de la tesis de Michel Villey”, *Prudentia Iuris*, Nro. 29. “Una introducción iusnaturalista al Derecho Administrativo”, *Prudentia Iuris*, Nro. 56.

restringida “legalidad formal” de ellos. (Valga el ejemplo de los decretos de necesidad y urgencia, que no hace mucho algún *enmostachado* funcionario criticó que judicialmente se los cuestionara, dado que estaban sometidos a aquéllas razones, que eran “no justiciables”).

Esa visión era, a mi juicio, producto de que parte de la dogmática de nuestra disciplina la veía desde el complejo de la Administración Pública en sus relaciones con los administrados, pero con la visión defectuosa de los autores de limitarse muchas veces a un estudio “estructural”, más que una indagación profunda de la razón de las instituciones iusadministrativas, como si no hubiera un contenido ético en la savia que las alimentaba.

Pero la persona del administrado era vista más desde el aspecto formal de su relación con el Estado y, en muchos casos, como alguien “sometido” a la decisión estatal, entendida como aquella que involucraba siempre el interés general sobre el interés particular de los “súbditos”. Tal visión era común tanto en el Derecho comparado como en el nacional. A veces, se apreciaba el complejo de que lo ético o hasta religioso era algo ajeno al estudio de dicha rama jurídica. A lo largo de los años, voces críticas se elevaron para postular una distinta formulación expositiva del Derecho Administrativo, pero a partir de la persona, no de la mera y fría descripción de la estructura relacional del Estado. Nuestros autores fueron un ejemplo de ello. Para no abundar en detalles y citas, basta mencionar a Rafael Bielsa, al bastante olvidado cordobés Félix Sarria, a Bartolomé Fiorini, a Miguel S. Marienhoff, a Juan Carlos Cassagne, o al siempre recordado Julio Rodolfo Comadira, entre otros clásicos autores de generaciones anteriores, que, cada uno con su impronta ética o religiosa, renegaron de tan estrecha visión.

Una frase que considero que resume el sentido del Derecho Administrativo en la actualidad es la de un distinguido autor español, pleno de humanidad y espíritu indagador, como Francisco González Navarro: “[...] *creo que el Derecho es para la libertad. Sobre todo el Derecho Administrativo que es el derecho del poder y que precisamente en esa finalidad encuentra su justificación*”².

Y allí surge un componente que muchas veces aparecía olvidado para los autores del Derecho Administrativo: *la libertad*. Parecía que ella estaba más situada en la provincia de los constitucionalistas que los administrativistas. Por suerte hoy en día ello no ocurre³.

No se trata de priorizar la libertad sobre cualquier otro valor, al punto de llegar a su exacerbamiento. La libertad es un instrumento ético para que pueda la persona cumplir sus fines existenciales, más allá de otros enfoques filosóficos o iusfilosóficos que se le asignen. Pero tiene los límites que le fija el Derecho.

De ello se tratará en el presente trabajo, que más que nada constituye una reflexión personal en base a aportes realizados en otras oportunidades y no una exposición erudita de tópicos académicos.

2 González Navarro, F. (1987). *Derecho Administrativo Español*, t. I, 1ª ed. EUNSA. Pamplona, 40.

3 Basta citar la muy reciente obra del profesor Cassagne, J. C. (2015). *Los grandes principios del Derecho Público. Constitucional y Administrativo*. Buenos Aires. La Ley, esp. cap. VI “El principio de libertad”, 231 y sigs.

II

Como he dicho, muchas veces se negó la consideración de aspectos iusfilosóficos y éticos –hasta religiosos– en el estudio del Derecho Administrativo. Se invocaba que toda elaboración en esta disciplina debía estar sustentada en rigurosas bases científicas. Como si ciencia y religión fueran dos compartimentos estancos. Sabemos bien que no lo son. (No sé si los negadores lo hacen para no tener peso de conciencia).

Para comprender la visión ética del Derecho Administrativo, podemos detenernos en puntos clave que son mojones que señalan el camino a recorrer en torno a su vínculo con la Moral.

1. *La persona*. En otro momento⁴, escribí que tanto el Derecho Administrativo como cualquier otra rama del Derecho deben partir de la raíz primaria de quien es su destinatario último: *la persona humana*. Es a partir de ella que debe erigirse cualquier disciplina jurídica –aunque tratare de aparentes cuestiones técnicas. Caso contrario, se construiría sin contar con los cimientos últimos que dan razón a las instituciones iusadministrativas. Olvidar esto es, en definitiva, olvidar al hombre, puesto que *una cultura no se forja sin una visión ética de la persona humana*, enraizada en valores comunes⁵. Estos dos últimos siglos han sido testigos elocuentes de ello: la cuestión social, las dos trágicas guerras, el comunismo y sus distintas variantes, el nacionalsocialismo, el fascismo, el holocausto, los *gulags*, los fanatismos religiosos, el terrorismo –en cualquiera de sus facetas– y sus víctimas, etc., son, en definitiva, consecuencias de esa visión que se tiene del hombre, esto es, si es un *individuo*, un engranaje de la gran máquina estatal, un absurdo, una realidad inmanente o un ser fatalmente destinado por un dios antojadizo y voluble.

Si se parte, entonces, de la persona, es lógico que deba existir un sustento filosófico de la visión que se tenga de la persona, en su dimensión individual y social, para no caer ni en un absolutismo socialista de confundirla o mezclarla con el mismo Estado –aunque forme parte de él, mas no en forma indivisa– ni en un absolutismo individualista⁶.

4 “Una introducción...”. Ob. cit.

5 “El valor del Derecho no es solamente una teoría. Por debajo de todos sus temas está implicado el destino mismo del hombre. La concepción que defendemos, además de testigos, tiene mártires.” Soler, S. (1948). *Los valores jurídicos*. Buenos Aires; separata de la Revista Jurídica de Córdoba, Año 1, Núm. 2. “El hombre es la *sustancia* de todo Derecho, y el individuo y sus connaturales exigencias son la originaria e intrínseca razón de los órdenes sociales. La cualidad de persona jurídica no llega al hombre por una concesión de los órganos del Estado, sino, por el contrario, el Estado tiene por supuesto suyo el Derecho del individuo. El Derecho Positivo que se revela mediante formas y datos exteriores se halla, por lo tanto, subordinado a otro Derecho cuyo fundamento está en la naturaleza humana y es directamente conocido por la razón”. *Persona, Estado y Derecho*, trad. esp. de Manuel Fraga Iribarne. Madrid. Instituto de Estudios Políticos, 1957, 26 y 27.

6 Aunque en la actualidad los cristianos estamos viendo que Estados aparentemente respetuosos de los Derechos Humanos, como Alemania o Noruega, les quitan los hijos a los padres o a estos los encarcelan porque se oponen a determinadas enseñanzas desviadas sobre la educación sexual o no comulgan con la política social del Estado.

2. *Servicialidad*. “El verdadero poder es el servicio”, dice nuestro Papa Francisco en forma reiterada. Ciertamente, tal expresión la repetía desde que él era nuestro Arzobispo y Gran Canciller de la Universidad Católica ante los presidentes argentinos. Así, en el *Te Deum* del 25 de mayo de 2001, dijo ante el Presidente De La Rúa: “*El poder es servicio. El poder sólo tiene sentido si está al servicio del bien común*”. Tal concepto no tiene valor sólo moral, sino político-jurídico.

El Estado no es, en este marco de apreciación, sólo una organización en torno a la cual se estructura el Derecho Administrativo y se formulan las instituciones iusadministrativas. Tal visión sólo en parte es correcta. En sentido profundo, el Estado tiene un carácter *medial* y servicial respecto a la persona y su fin está intrínsecamente vinculado a ella.

El Estado no tiene un fin para sí, *sino que su fin es el de las personas*. De esta manera, la persona no aparece, en esta visión, como un “*instrumento*” al servicio del Estado, o un *súbdito* (en el sentido de “sometido” al nudo poder estatal) o alguien que está en una mal entendida “*relación de especial sujeción*”. Antes bien, en una correcta visión, el Estado se presenta ante la sociedad como una organización *a su servicio*, lo que permite que en vez de sostener el dualismo (de raíz liberal) y hasta la confusión (de los autoritarismos o populismos) sociedad-Estado, se pueda hablar de *comunidad* en el marco de una relación servicial. (No sé quién fue que dijo que “si el Estado no sirve, no sirve”).

Tal *servicialidad* es la que, al mismo tiempo, determina que el Estado, como uno de los gerentes del bien común, deba velar por su logro, dirima los conflictos que en la confrontación entre los distintos intereses comunitarios puedan existir (característica típica de la función judicial, si bien existen notas similares, aunque no sustanciales, en las actividades de los otros dos Poderes), distribuya las cargas sociales conforme principios de justicia y adopte las decisiones políticas (de índole legislativa o administrativa) ordenadas al *bien común*.

3. *Bien común*. La idea de bien común es de raíz cristiana, toda vez que fue santo Tomás de Aquino quien la acuñó⁷. Hoy en día, la locución ha tenido un efecto expansivo que permitió que se la utilice aun con ideas ajenas al catolicismo o al cristianismo, a tal punto que a términos aparentemente irreductibles por su raíz individualista, como *utilidad general* o *interés general*, se los ha considerado equiparables al bien común⁸. Con ello, dichos términos han tomado un giro diferente –más solidario, ético y sustancial– que permite su utilización en forma intercambiable con el de bien común.

La doctrina del bien común tiene una dimensión estrictamente *personal*, pero a través de una visión *situada* de la persona; es decir, fuera de la cosmovisión individualista, moralmente comprometida con la realidad social. Y si se habla de la

7 Sánchez Agesta, L. (1962). *Los principios cristianos del orden político*. Madrid. Instituto de Estudios Políticos, 167.

8 Jean Rivero, quien fue uno de los grandes administrativistas franceses, e inspirado en el pensamiento católico, sostuvo que la Administración Pública es en su actuación desinteresada porque está al servicio del interés general o bien común: *Droit administratif*, 8^a ed. Paris Edit. Dalloz, 1977, 10. Ver también la 18^a ed. (Paris. Dalloz, 2000) escrita con la colaboración de Jean Waline, 10.

persona, se hace referencia de su vida, su dignidad y su libertad. Como lo describió Messner, “[...] el orden del bien común es, ante todo y fundamentalmente, un orden de libertad, según el criterio de las esferas de responsabilidad del hombre individual y de las sociedades miembros, que se funda en los fines existenciales y en el orden de estos fines”⁹.

El bien común no constituye un fin en sí mismo. Es un *concepto instrumental* orientado al logro de los fines existenciales del hombre. Conforman un *orden* para que la persona logre esos fines. Como se aprecia, el bien común afirma y favorece la libertad auténtica de la persona, por lo que se encuentra bien distante de las concepciones que subordinaron la persona al Estado o sólo la vieron como instrumento de él (propia, entre otros, de los colectivismos) y de las que negaron la raíz social de la persona, acentuando, en algunos casos, la libertad a extremos radicales. Esto se desarrollará más adelante cuando se exponga el principio de subsidiaridad.

4. *El Estado de Derecho y el principio de legalidad.* Para el iusnaturalismo no constituyó una materia novedosa la idea de la sumisión del Estado al Derecho —de ello se trata—, puesto que desde la Biblia se reconoció dicha limitación, y no sólo los pensadores medievales lo afirmaron, sino que también encontramos la misma idea en la escolástica española¹⁰. No obstante, el mérito de la formulación del Estado de Derecho, resultado de los doctrinarios alemanes de mediados del siglo XIX, está dado porque a partir de ella se estructura toda una dogmática occidental acerca de los alcances y límites del poder estatal.

La primacía del Derecho sobre el Estado, consecuencia de su anterioridad y heteronomía respecto a él, se manifiesta no sólo en las cartas constitucionales como las de nuestro país y Estados Unidos de Norteamérica, que reconocieron en sus preámbulos a Dios como fuente de toda razón y justicia, sino en las más modernas, como la Carta Fundamental de Bonn y la Constitución española, que declararán la limitación de los poderes públicos no sólo por la ley, sino también por el Derecho (arts. 20.3 y 9.1 y 3°, y 103.1, respectivamente). La misma idea campea en los autores del Derecho Público y iusfilósofos, aunque el punto de discusión se configura a partir del basamento Derecho (entendido como anterior al Estado), es decir, si puede cimentarse en la Moral, y, de ser afirmativa la respuesta, cuál es a su vez el sustento de ella. (Como se dice, esto merece un capítulo aparte, de otro trabajo).

Sánchez Agesta escribió que el Estado de Derecho es “aquel que sirve a los *valores éticos del Derecho* mediante técnicas que están íntimamente vinculadas a los valores de justicia y seguridad que el Derecho debe realizar como instrumento de la vida humana en el orden social, o como definidor del orden de la convivencia humana en una comunidad política. Supone, pues, la respuesta al problema del

9 Messner, J. (1967). *Ética social, política y económica a la luz del Derecho Natural*. Madrid. Rialp, 208.

10 Coviello, P. “Concepción cristiana del Estado de Derecho”. En *ED*, 129-923. Íd.: “La denominada ‘zona de reserva de la Administración’ y el principio de la legalidad administrativa”. En AA. VV. *Derecho Administrativo. Homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*. Buenos Aires. Edit. Abeledo-Perrot, 1998, 193-222.

equilibrio de los impulsos del poder y la libertad dentro del orden” (el énfasis me pertenece)¹¹.

Si la actividad estatal está enmarcada por el Derecho, puesto que no otra cosa es el Estado de Derecho, de lo que se está hablando es de un *orden ético*, que se exige a quienes actúan y expresan la voluntad estatal. Por lo tanto, *el comportamiento ético estatal será el de las personas que forman parte de la organización de sus poderes y entidades*.

Al lado del valor que representa la concepción del Estado de Derecho, aparece el *principio de legalidad administrativa*, tan caro a nuestra disciplina y, puede decirse, liminar en el ingreso a su estudio. Ese principio de legalidad no es sólo el apego a la norma positiva estricta, sino a un conjunto de componentes de esa legalidad o juridicidad –como gustaba decir Julio Comadira–, que, partiendo de la norma suprema, la Constitución, pasa por las leyes, los tratados, los reglamentos, los actos administrativos, los principios generales del Derecho y la equidad¹².

5. *Subsidiariedad y solidaridad*. El principio de subsidiariedad importa el reconocimiento de los distintos roles que corresponden a la comunidad política, los cuerpos o grupos intermedios y las personas. Significa admitir que existen actividades que deben ser llevadas a cabo libremente o con regulación por las personas o grupos intermedios y con el adecuado marco de autonomía y, por otro lado, la comunidad política, al lado del cumplimiento de sus fines específicos, debe intervenir en el medio social –a través de las distintas técnicas de intervención– para favorecer su desarrollo¹³.

Si volcamos la idea al rol que el Estado debe cumplir se destaca que no importa una postura negativa o abstencionista, sino *atenta y vigilante* a lo que ocurre en la sociedad. Es, por lo tanto, una actitud positiva; importa un rol comprometido con el orden social. En ese contexto, el Estado promueve, ayuda, coordina, controla, vigila y cuando determinadas situaciones así lo exigen por razones de bien común o de justicia distributiva, “suple”, es decir, reemplaza o sustituye.

No existen fórmulas determinadas para establecer cuándo debe intervenir el Estado. Sin embargo, aunque es una cuestión de hecho, puede decirse, con fundamento en dicha doctrina, que en la medida en que los individuos y el grupo social puedan cumplir eficazmente sus fines y actividades, la intervención estatal en estos campos constituirá un hecho grave e ilegítimo. Sería prácticamente un despojo hacia la sociedad¹⁴.

11 Sánchez Agesta, L. (1979). *Principios de teoría política*, 6ª ed. Madrid. Editora Nacional, 151.

12 Cf. mi trabajo “La denominada ‘zona de reserva de la Administración’ y el principio de la legalidad administrativa”, cit.

13 En la versión española se tradujo la expresión “subsidiarii officii principio” por principio de función subsidiaria. El origen de la palabra subsidiario es militar, “subsidiarii cohortes”, cuya traducción es cohortes de reserva, que intervenían cuando las formaciones principales no podían cumplir acabadamente su misión. Con ello se señala que subsidiario no significa “ayuda”, sino servir como reserva cuando no se pueda cumplir con el cometido principal. Messner, ob. cit. en nota 10, 336.

14 Sobre el rol del Estado en la realidad de los siglos XIX y XX, ver: Cassagne, J. C. (1994). *La intervención administrativa*, 2ª ed. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. Ariño Ortiz, G. (1993). *Economía y Estado*. Madrid. Marcial Pons.

Subsidiariedad y solidaridad son hoy en día bases del actual rol del Estado, puesto que entre todos los componentes sociales hay una interrelación que no admite un desentendimiento ni de los componentes de la comunidad ni del aparato estatal. Ambas son pautas claves del actual rol del Estado en el medio social, del que no están excluidos los individuos¹⁵. Un país sin solidaridad del lado de los habitantes no es realmente una comunidad humana, sino una fría máquina indiferente al sufrimiento del prójimo. No es que el Estado deba forzar la solidaridad. Ella es una cuestión moral, que, sí, debe fomentar a través de, entre otros medios, la educación.

De otra parte, no existe ni puede existir un modelo fijo y definido que nos señale el grado de intervención del Estado en dicho medio. Sólo pueden darse pautas a partir de los principios señalados. La vuelta a supuestos abstencionismos propugnados por el liberalismo en su sentido más recalcitrante no es tal. No se vive la realidad del siglo XIX, con las nefastas consecuencias a que dicha ideología llevó. La cuestión social no surgió por obra y gracia de la espontaneidad. Por ello, como bien lo dijo Comadira, “el Estado no puede abandonar el papel de gestor del bien común, y volver al interesado postulado del indiferentismo global”¹⁶.

De ahí que si bien la solidaridad es propia de los componentes de la comunidad, es propio del Estado configurar las condiciones para que ella se dé y fructifique¹⁷. Hoy en día, no es sólo el mercado el que marca el natural desenvolvimiento de la sociedad y favorece el desarrollo personal y social. Las meras fuerza naturales no son suficientes para impedir que los fuertes puedan predominar sobre los más débiles o indefensos. El Estado, entonces, con sustento en el principio de subsidiariedad, debe necesariamente intervenir *a través de su rol regulador* para que no ocurran dichas situaciones u otras de injusticia social que el propio medio natural de las relaciones interindividuales pueda resolver¹⁸. Las normas de defensa del consumidor y de la competencia, entre otras, son manifestaciones de tal realidad. Mas, a la inversa, tampoco debe intervenir de manera de ahogar u obstruir la acción legítima de los particulares buscando subterfugios absurdos o carentes de contenido jurídico en aras de supuestos intereses comunitarios.

En fin, se trata de tópicos (solidaridad y subsidiariedad) que tienen íntima vinculación con el Derecho Administrativo, puesto que a través de sus cauces jurídicos discurre su puesta en práctica. No es una cuestión meramente técnica o política, sino jurídica, y, por ende, moral.

Puedo traer aquí lo dicho por el Papa Francisco en su mensaje a la Rota Romana en la inauguración del año judicial: “La función del Derecho se orienta a la *salus*

15 “[E]s preciso decir que siendo el bien común temporal un bien común de *personas humanas*, por ello mismo, cada una, subordinándose a la obra común, se subordina a la realización de la vida personal de las otras, de las otras *personas*”. Maritain, J. (1955). *Humanismo integral*, trad. esp. Santiago de Chile. Ercilla, 200-201.

16 Comadira, J. R. “Los sujetos reguladores en la post privatización”. En *Régimen de la Administración Pública*, N° 183-26.

17 Ver al respecto: Ariño Ortiz, ob. cit. en nota 15, 91-93.

18 Como dijo recientemente el Papa Benedicto XVI en la encíclica *Deus caritas est*: “Lo que hace falta no es un Estado que regule y domine todo, sino que generosamente reconozca y apoye, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, las iniciativas que surgen de las diversas fuerzas sociales y que unen la espontaneidad con la cercanía a los hombres necesitados de auxilio”.

*animarum*¹⁹, es decir, a la salvación de las almas. En tal idea, cobra sentido concebir al Derecho Administrativo a la luz de su base servicial hacia las personas.

6. *¿Se caracteriza el Derecho Administrativo por ser un “régimen exorbitante”?* Esta pregunta cobra actualidad frente a ataques formulados contra dicha expresión, expresión otrora bastante común en una parte muy importante de la doctrina argentina, con la denominación completa de “régimen exorbitante del Derecho Privado”. Pero que hoy muestra una faceta crítica.

Uno de los autores que más expuso en su momento sobre ella fue el profesor Juan Carlos Cassagne, quien le dio un perfil muy particular y jurídico. Esta locución tiene su origen, tal como se desarrolló en nuestro país, a partir de la utilización del término “cláusula exorbitante”, expuesta por el profesor Miguel Santiago Marienhoff, al tratar los contratos administrativos, término acuñado por el Derecho Administrativo francés²⁰. Entre otros autores que han seguido utilizando la expresión se encuentran los profesores Rodolfo Carlos Barra y Julio Rodolfo Comadira.

En nuestro país, la sola mención de dicha locución —o de la denominada “zona de reserva de la Administración”, formulada por el profesor Marienhoff y seguida por otros autores y aún por la Corte Suprema de Justicia de la Nación²¹— dio lugar a críticas en la doctrina, algunas de ellas desmedidas, como si se pretendiera justificar el ejercicio de la arbitrariedad o de la prepotencia estatal. Las palabras asustaron más que su contenido.

Nada de ello merece las letras de calamidad de los críticos. Dicha locución ha sido seguida en nuestro país tanto por la doctrina, como, aún, por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación. Y esa crítica se desvanece en su entidad, a poco que se adviertan los límites que desde el principio se le dio a dicha fórmula dogmática.

En efecto, la idea que siempre ha campeado en sus postuladores es que la fórmula describe la existencia de *prerrogativas* del poder público y, del otro lado, un *sistema de garantías* para los administrados. Algo así como lo que se describió como la “tensión” que existe en la relación jurídico-administrativa entre *autoridad y libertad*.

En un trabajo titulado “El régimen exorbitante y las garantías del administrado”²², el profesor Cassagne expuso que el contenido del régimen exorbi-

19 OR del 30-1-2015.

20 Según esa doctrina, había contrato administrativo cuando una de las partes era el Estado, tenía un fin público y contenía explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes del Derecho Privado. Este modelo fue seguido en nuestra doctrina y en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El tema lo traté en su momento, entre otros trabajos, en “El criterio de contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, publicado en *El Derecho*, T. 111-845 (1984); “La teoría general del contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, publicado en el número aniversario *130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación. 1863-1993*, Procuración del Tesoro de la Nación, Buenos Aires, 1994.

21 Desarrollada en mi trabajo citado, “La denominada ‘zona de reserva de la Administración’ y el principio de la legalidad administrativa”. En AA. VV. (2009). *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo. Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela*, T. I. Caracas. Ediciones Paredes.

22 *El Derecho*, T. 82, año 1979, 929 y sigs.

tante, “*restringido por la doctrina clásica de la prerrogativa de poder público, debe incluir no sólo las potestades que reflejan el imperium estatal sino aquellos otros poderes que configuran las garantías que el Derecho Público consagra a los particulares. Y de esa ecuación o equilibrio entre las prerrogativas de la Administración y las garantías de los administrados es la base fundamental de la armonía y justicia del sistema administrativo*”.

En la fundamentación de dicho régimen, Cassagne se remontó en dicho artículo al iusnaturalismo clásico, al sostener que aquél constituye el aspecto normológico que se funda en los requerimientos de las dos especies de justicia: legal o general y distributiva (particular), conforme las exigencias del bien común, fin del Estado, por lo que, concluía, “*el régimen exorbitante sólo se concibe, en definitiva, al servicio de ese fin de bien común, a través del cual se alcanza el bien individual*”.

Precisamente, cuando enfocó el autor citado el estudio de las garantías del particular o administrado, dedicó un espacio mucho mayor que la cita de las prerrogativas (menciona: *A) garantías sustantivas*: garantía de la igualdad, el principio de legalidad, la garantía de razonabilidad o justicia, la garantía de la propiedad frente a los actos de los poderes públicos; *B) garantías adjetivas*: el informalismo a favor del administrado, el debido proceso adjetivo, integrado, éste, por el derecho a ser oído, el derecho a ofrecer y producir pruebas, el derecho a una decisión fundada).

Debo reiterar que en la exposición de nuestros autores sobre la teoría del régimen exorbitante estaba excluida toda visión que pudiera concebirse favorecedora de la arbitrariedad o prepotencia estatal. En algunos casos hubo hasta ataques injustos contra el profesor Comadira –que es mejor no mencionar la autoría–, con los citados argumentos.

No obstante, en tiempos más recientes se observa un cambio en la utilización del término. En este sentido, el profesor Cassagne, en las últimas ediciones de su obra basilar, *Derecho Administrativo* –que a partir de la 10ª edición se titula *Curso de Derecho Administrativo*²³–, ha preferido sustituirlo por *régimen administrativo*. Cito al efecto, en una de las ediciones de su obra²⁴, donde precisa, concluyendo el capítulo III, del título primero, que “*el régimen exorbitante se configura como el sistema propio y típico del Derecho Administrativo. Por ello resulta, quizás, preferible que reciba la denominación de ‘régimen administrativo’ con las connotaciones que se han indicado [prerrogativas y garantías]*”.

Es más, últimamente, también ha variado la noción dada sobre el acto administrativo, al que caracterizaba por su *régimen exorbitante*, para asignarle la de ostentar un *régimen administrativo*²⁵.

Quizás, en opinión personal, en punto a evitar erróneas o distorsionadas interpretaciones, sea mejor el camino de citar “*régimen administrativo*”, como la fórmula para describir el “*modelo*” de la relación jurídica iusadministrativa y sus instituciones. Aunque sígo creyendo que el cambio –motivado, quizás, para no afectar inteli-

23 Cassagne, J. C. (2011). *Curso de Derecho Administrativo*, T. I. Buenos Aires. La Ley, 122. En la 10ª, 77.

24 Cassagne, J. C. (2006). *Derecho Administrativo*, 8ª edición. Buenos Aires. Lexis Nexis.

25 *Ibidem*, T. II, 8ª ed., 110. *Curso...* Ob. cit., T. I, 543.

gencias bienintencionadas—, en realidad, no varía el *contenido esencial* de dicho modelo, centrado, fundamentalmente, en la persona humana, su dignidad y su amparo ante la arbitrariedad de cualquier poder público²⁶.

III

Un tema crucial en el moderno Derecho Administrativo es el del *control*. Comadira había escrito, en la obra en coautoría con Escola, al referirse al control público, que “*la juridicidad y la ética son la savia que corre por las arterias del control, y, sin ellas, éste, en un Estado de Derecho, no sólo se vacía de contenido, sino que, además, envenena la República; y que la eficacia y eficiencia sin aquéllas es puro empirismo utilitario, mal consejero a la hora de rescatar los valores perdidos por el país*” (el resaltado me pertenece)²⁷.

1. Y en este debate *moral* del control estatal, vale preguntarse: ¿puede existir un Derecho Administrativo sin control, administrativo o judicial? Un viejo caudillo político argentino decía, como producto, sobre todo, de su experiencia militar, que los hombres son buenos, pero si se los controla son mejores. (Téngase presente que en la vida militar el control es fundamental para verificar el cumplimiento de las órdenes y la eficacia de la actuación de la organización militar).

Entonces, ¿para qué existe el control, en cualquiera de sus facetas? Pura y simplemente para que las cosas se hagan bien, para que la obra realizada sea buena. No se trata exclusivamente de eficacia o de juridicidad, *sino de mejor servicio*. Y esto es un imperativo moral, no meramente burocrático para complicar la acción del dispositivo estatal.

Y las acciones se llevan a cabo para prestar un mejor servicio al público, con eficiencia y economía de medios y personal, para evitar dispendios innecesarios.

2. Pero debemos distinguir, en lo que realmente importa para este trabajo, el control técnico orientado a la eficacia en el cumplimiento de las tareas del control jurídico, especialmente el judicial. Me refiero al judicial porque es en él donde, en definitiva, concluye el control. Insisto que si no hay control judicial no es concebible el Derecho Administrativo.

En este punto debo resaltar, cuanto menos en nuestro país, que el avance en materia de control judicial de la Administración Pública se ha incrementado en forma notable y positiva y también en la admisión de remedios que permitan el acceso a la Justicia de los ciudadanos.

Dentro del control judicial ha sido habitual distinguir, en primer término, las

²⁶ Baste citar que, por ejemplo, en Francia, el funcionario del Consejo de Estado conocido como “*commissaire du gouvernement*”, pasó a denominarse a partir de 2009 como “*rapporteur public*”, por el simple hecho de que la primera denominación “no caía bien”.

²⁷ Comadira, J. R. y Escola, H. J. (2006). *Derecho Administrativo argentino*. México. Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, 225 (el texto corresponde al capítulo séptimo, punto VII, que fue íntegramente redactado por el primero).

denominadas cuestiones de legalidad, en las que bastaba simplemente confrontar la decisión estatal con lo dispuesto normativamente; aquí no se presentaban conflictos. En segundo término, estaban las cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia, donde campeaban principalmente las denominadas cuestiones de discrecionalidad. Era habitual que hasta en los ordenamientos positivos se vedaran las últimas del control judicial. Valga como ejemplo lo dispuesto en el viejo “Código de Procedimiento en lo Contencioso-Administrativo” de la Provincia de Buenos Aires, del año 1906 (comúnmente conocido con el nombre de su autor, como “Código Varela”), donde en el art. 29 se consideraban demandas improcedentes las que versaren “*Sobre cuestiones en que la autoridad administrativa haya procedido en ejercicio de sus facultades discrecionales*”. Debe quedar claro que ello no era sólo propio de nuestro país, sino tanto en el ámbito del Derecho Administrativo europeo como en el propio Derecho norteamericano.

3. Hay que comprender que para los defensores de la división de poderes se entendía que dicha interferencia judicial en lo que está en lo interno, en el riñón de la Administración Pública y también de los poderes políticos, llevaba a hollar el umbral de su intimidad. Valgan ejemplos como los de la aplicación de sanciones administrativas, las decisiones en los concursos universitarios, el proceso de formación de las leyes, los acuerdos para el ascenso a oficiales, el veto a las leyes sancionadas por el Congreso de la Nación, las mismas sanciones aplicadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (que se consideraba que no podían ser controladas por los jueces), y otros supuestos más, que constituyen cuestiones hoy en día superadas y los jueces, sobre todo los del fuero Contencioso Administrativo Federal, no han hecho la otrora común “*self restraint*” ante estos casos que –por experiencia lo digo– son críticos para los jueces²⁸.

Precisamente, y de acuerdo a las tendencias marcadas en los últimos años, la motivación de los actos dictados en ejercicio de las potestades discrecionales ha sido el instrumento más idóneo para ello²⁹.

²⁸ Estos temas los traté, entre otros, en los siguientes trabajos: “El control judicial de la discrecionalidad administrativa”. En AA. VV. (2003). *Control de la Administración Pública*. Buenos Aires. Ediciones Rap. “Las pautas jurisprudenciales para el control de las potestades discrecionales: el caso ‘Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos’ (Fallos: 315:1361)”. En *El Derecho. Derecho Administrativo*, 2006, 299-301. “Alcance del control judicial de los entes reguladores”. En Cassagne, J. C. (Director) (2006). *Servicios público y poder de policía*. Buenos Aires. El Derecho, 353-368. “La zona de reserva de la Administración: su actualidad y control judicial en el marco de un Estado de Derecho”. En AA. VV. (2009). *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo. Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela*, T. I. Caracas. Ediciones Paredes. “El poder de sustitución del juez”. En AA. VV. (2010). *Cuestiones de Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho. Buenos Aires. Ediciones Rap.

²⁹ Sobre la motivación de los actos de los poderes públicos, entre otros trabajos los traté en: “La motivación de las decisiones de los órganos colegiados”. En XXXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, “Persona, procedimiento, proceso y contratos administrativos”. Buenos Aires. Ediciones Rap, 2013, 41 y sigs., y “Un precedente poco recomendable como doctrina para la motivación de los actos de los órganos colegiados: el caso ‘Caiella’”. En Cassagne, J. C. [dir.] (2013). *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximas precedentes. Derecho Administrativo*, T. I. Buenos Aires. La Ley, 649 y sigs.

4. Me detendré en la motivación de los actos de los poderes públicos, vista desde el prisma de la ética.

La motivación obedece a un principio superior: la forma republicana de gobierno, donde de lo que se trata es de que no exista arbitrariedad, secreto o capricho, sino que se den las razones por las que se actúa de determinada manera. El acceso a los documentos públicos –salvo aquellos que lógicamente se vinculen, realmente, a la seguridad nacional–, que permiten, justamente, conocer las causas por las que se decide, son en la actualidad moneda corriente en los pasillos tribunales y los leemos en los diarios. Las páginas de *El Derecho* han reflejado muchos de tales pronunciamientos judiciales en la materia.

La motivación es quizás algo más pequeño que el simple acceso a documentos públicos. Exige que cuando se dicta un acto se den las razones del porqué de ello. Obsérvese que una de las materias que son el culmen son los decretos de necesidad y urgencia, peligrosas armas jurídicas de la que gustan los gobiernos poco apegados al cuidado de las formas exigidas por la Constitución. Son típicos instrumentos decisionistas, íntimamente vinculados con la denominada “razón de Estado”. Esta doctrina –de larga (y nefasta) prosapia, que se remonta a Maquiavelo– pretende escindir la Política de la Moral, que, en otros términos más precisos, es la escisión de aquella con el Derecho³⁰. Puede ser que espíritus bienintencionados –y a menudo se vebusquen cubrir con fundamentos rodeados de elocuencia y elevación a pensamientos morales, teológicos y hasta jurídicos, lo que no es otra cosa que una tergiversación de lo que es lo jurídicamente correcto y ético a la luz del ordenamiento estatal.

Como un autor escribió al respecto: “Surge así, como contrapunto a la razón de Estado, otra figura no menos heredera de la Modernidad: la del Estado de Derecho”, el cual implica, entre otras cosas, reconocer que “lejos de concebirse a los derechos como mero resultado de lo establecido por la ley, se entiende que la validez de cualquier ley estará subordinada a que respete aquellos derechos previos. Todo ello invita a asumir con mayor moderación cualquier alusión a presuntas ‘razones’ peculiares. A estas alturas, resultaría suicida descuidar el esfuerzo por hacer entrar en razón a un Estado que, falto de controles, degenera en bárbaro Leviatán”³¹.

Las tendencias modernas hacia la transparencia y la ética pública se oponen a ello. Como ejemplo en nuestro país está –aunque aún es ignorada por muchos– la ley 25.188, de ética pública, del año 1999, que en su art. 2º dispone: “Los sujetos comprendidos en esta ley se encuentran obligados a cumplir con los siguientes deberes y pautas de comportamiento ético: [...] e) *Fundar sus actos y mostrar la mayor transparencia* en las decisiones adoptadas sin restringir información, a menos que una norma o el interés público claramente lo exijan” (el énfasis me pertenece)³².

30 Sampay, A. E. (1951). *Introducción a la teoría del Estado*. Buenos Aires. Politéia, 225 y 466, n. 1. Legón, F. J. (1961). *Tratado de Derecho Político general*, T. II. Buenos Aires. Ediar, 381 y sigs. Friedrich, C. J. (1946). *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, trad. esp. México. Fondo de Cultura Económica, 385 y sigs.

31 Ollero, A. (1996). *Responsabilidades políticas y razón de Estado*. Madrid. Fundación para el análisis y los estudios sociales, 15. Es importante para estos temas la lectura del trabajo de Agamden, G. (2007). *Estado de excepción*, 3ª ed. de la traducción esp. Buenos Aires. Adriana Hidalgo Editora, *passim*, esp. cap. 1.

32 El tema de la ética pública lo traté en “Reflexiones sobre la ética pública”, en la revista *Ius et Veritas*, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 48, julio 2014.

IV

En fin, para sintetizar estas breves líneas, diría que, al igual que en el resto de las ramas jurídicas, la relación entre el Derecho y la Moral es inescindible, cualquiera que ellas fueren. En el Derecho Administrativo cobra particular relevancia en la medida que nos encontramos ante una relación jurídica entre el Estado y los particulares o administrados. Y muchas veces, o en la mayoría de los casos, las decisiones estatales recaen, de diversa forma, sobre el resto de la comunidad.

La ética o moral está ínsita en todas las manifestaciones de las relaciones jurídico administrativas –como en todo nuestro acontecer diario. Y para ello, nada mejor que reproducir las partes pertinentes de un muy interesante dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación, firmado por el entonces Procurador Rosatti, que ostenta un valor moral que es mi deber resaltar: “[...] no está de más recordar que la consideración del *Estado como primer obligado ético* que siempre ha sustentado la jurisprudencia administrativa vertida por mis antecesores, inhibe cualquier elucubración jurídica que no tenga en cuenta dónde está la necesidad y la disminución de los derechos en estos actuados. Porque, como ha tenido oportunidad de destacar este Organismo asesor [...]: [...] *el Estado Nacional, persona ética por excelencia, debe actuar no sólo dentro del orden jurídico sino también en consideración a la equidad y a los principios que la informan [...]*.”

Ese carácter ético que reviste el Estado ha sido constantemente predicado no sólo desde el Derecho, sino también, por cierto, desde la Filosofía.

”Se ha expresado en tal sentido: Como comunidad que tiene su fundamento en los fines existenciales del hombre el Estado forma parte del orden ético y es un valor de ese tipo. Forma parte de la realidad de la plenitud de la naturaleza humana, su función del bien común forma parte de la responsabilidad moral de la persona humana. El Estado como comunidad lleva, pues, consigo la dignidad de los seres morales. Y puesto que sus funciones son fundamentales para la satisfacción de las funciones humanas, culturales y vitales, su valor en relación con los valores particulares dentro esta esfera es el más amplio; por consiguiente, un valor moral del más alto rango. Santo Tomás de Aquino no vacila en designar al Estado, lo mismo que Aristóteles, como la creación más destacada de la razón humana, y en asignar, por consiguiente, a la política el lugar más elevado entre todas las artes [v. Messner, J. (1967). *Ética Social, Política y Económica a la luz del Derecho Natural*. Madrid. Rialp, 857 y sigs.].

”De otra parte, no cabe albergar dudas de que la directiva constitucional de promover medidas positivas en materia de Derechos Humanos (v. art. 75, inc. 23, CN), a las que asigno no sólo un sentido compensatorio sino proactivo y amplio, y predicable respecto de todos los órganos que titularizan las funciones del poder, se erige en una pauta útil de interpretación de toda disposición normativa³³.

Quiera Dios que los valores éticos insuflen cada vez más en la faz práctica y académica la aplicación de las instituciones del Derecho Administrativo por parte de sus operadores jurídicos. Guardo mi esperanza positiva en ello.

33 Dictamen N° 549, del 11-11-2003.

PARTE II

**CÁTEDRA INTERNACIONAL LEY NATURAL
Y PERSONA HUMANA**

¿HACIA UN ESTADO MUNDIAL DE DERECHO GLOBAL?

*Towards a Global State of Law?**

Daniel A. Herrera**

1. Planteo de la cuestión

Como aclaración previa quiero señalar que cuando hablemos de Estado de Derecho en esta disertación nos limitaremos al *Estado de Derecho liberal moderno*, no porque sea el único modelo de Estado de Derecho, ni el mejor, sino porque es el que se ha impuesto a partir de la modernidad. Por supuesto que existieron otras realidades políticas que se dieron a lo largo de la historia, como ser la ciudad antigua o polis, los reinos y los imperios que, por otra parte, constituyen elementos indispensables en la formación de la cultura occidental. Sin duda van a surgir ineludibles comparaciones, pero por una cuestión metodológica nos limitaremos a la realidad política y jurídica moderna. Estado de Derecho que se origina en los procesos revolucionarios de los siglos XVII y XVIII que se dan en los Estados Nacionales surgidos en la modernidad, proceso más moderado en su versión inglesa y luego americana, mientras que más radical en la versión francesa. Actualmente, el fenómeno de la *globalización o mundialización* en el que estamos inmersos sirve de contexto para plantearnos la aporía sobre el futuro del Estado de Derecho: ¿vamos hacia un Estado Mundial por encima o en sustitución de los Estados Nacionales?, ¿vamos hacia un Derecho Global por encima o en sustitución de los Derechos Nacionales? Intentando dar una respuesta a estos interrogantes (no sé si lo lograré) voy a dividir la exposición en dos partes claramente diferenciadas: 1) un *análisis fáctico* puramente descriptivo del cuadro de situación actual y de sus antecedentes, sin entrar en valoraciones; 2) un *análisis teórico* de las distintas interpretaciones y justificaciones de esa realidad fáctica, dentro de las cuales analizaremos especialmente la Doctrina Social de la Iglesia. Finalmente, terminaré con algunas reflexiones personales sobre el tema en cuestión.

* Ponencia dada el 31 de agosto de 2015 en la Jornada de Doctorado sobre “La Ley y el Estado” (UCA).

** Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA). Decano de la Facultad de Derecho (UCA). Correo electrónico: daniel_herrera@uca.edu.ar

2. Análisis factico. Cuadro de situación

La globalización es un hecho. Los hechos no se discuten, se dan o no se dan. Su existencia no depende de nuestra conformidad, sino de su efectiva realización y a nosotros nos queda su constatación. Realizada esta, sí podemos valorarlos conforme a ciertos criterios y calificarlos como positivos o negativos, sin que esto signifique la posibilidad de negar que existan. Este caso no es la excepción. La globalización es un hecho, por tanto su existencia está fuera de discusión. Y no solamente existe, sino que se trata de un hecho central en la realidad contemporánea, del que no podemos prescindir si queremos comprender la misma.

La globalización es un hecho económico, pero no sólo económico. Es un fenómeno económico mucho antes y mucho más que un fenómeno político o jurídico. En todo caso, los procesos políticos de integración, ya sea regional o mundial, se den o no, necesariamente lo hacen de una manera más lenta y no ajena a serias dificultades, en tanto y en cuanto las unidades políticas son fundamentalmente los Estados Nacionales, con sus identidades e intereses y, como tales, fenómenos locales y, por ende, particulares en tensión dialéctica con lo global, entendido como cierta totalidad, aunque con características especiales que veremos más adelante. En virtud a esta tensión muchos hablan de *glocalización*, inventando una nueva palabra a partir de la unión de *globalización* y *localización*. De la misma manera, sucede con las regulaciones jurídicas que van apareciendo después, con la intención de ordenar el fluido de relaciones humanas, sociales y sobre todo económicas que se dan en el mundo actual.

La globalización en general y la globalización económica en especial constituyen un hecho cultural. Si entendemos por cultura toda actividad del hombre que permite cultivar y desarrollar sus distintas capacidades, especialmente relacionadas con su naturaleza específicamente racional. Todo lo que realiza el hombre a partir de su naturaleza es cultura, más allá de la valoración, sobre todo en el plano ético que se pueda hacer de cada una de ellas. Y en este sentido, la globalización es un producto de la acción humana, como resultado de la revolución tecnológica y en las comunicaciones y, por tanto, un hecho cultural.

En consecuencia, la globalización es un fenómeno moderno fruto de la expansión del capitalismo a todo el mundo por medio del avance científico y tecnológico, especialmente en el campo de las comunicaciones, que produjo un achicamiento del mismo, a través de una red de conexiones que permiten conocer lo que sucede en cualquier parte del mundo y operar en simultáneo y al instante en el que se producen los acontecimientos. Este es un mundo nuevo que ha superado las barreras físicas y las fronteras políticas hasta entonces conocidas. Como dice Mark Poster: “Cuando hablo directamente, o a través del correo electrónico, con un amigo en París, mientras estoy sentado en California; cuando sigo la pista de sucesos políticos y culturales por todo el planeta sin salir de mi casa; cuando gobiernos y empresas de todo el planeta emplean datos personales míos sin que yo lo sepa ni pueda impedirlo; cuando compro desde mi casa a través del ordenador [...] ¿dónde estoy realmente y [...] quién soy?”¹.

1 Poster, M., citado por Ulrich, B. (2008). *Que es la globalización*. Buenos Aires. Paidós, 145.

Este fenómeno multidimensional de la globalización, con sus aspectos positivos y negativos, gira en torno a cuatro ejes conforme al diagrama presentado por José Joaquín Brünner: 1) una *economía social de mercado* como sistema económico internacional a través de la universalización de los mercados; 2) la *democracia* como forma política, fundada en el constitucionalismo (ya sea en su versión clásica o neoconstitucionalista) y en el reconocimiento de un Derecho Internacional de los Derechos Humanos; 3) el desarrollo *científico-tecnológico y de las comunicaciones* (con el auge de la informática e Internet) que da a luz a la *sociedad de la información*; 4) un clima cultural que en muchos aspectos disuelve los valores y las costumbres tradicionales, coronando un relativismo moral y cultural, que a falta de un nombre mejor lo llamamos *posmodernidad*². Ahora bien, dije que en esta primera parte iba a realizar un análisis fáctico, de hechos y justamente estos cuatro ejes son hechos, constatables en la realidad actual. El primero se refiere a un *hecho económico*, el segundo a un *hecho político (y jurídico)*, el tercero a un *hecho científico y técnico* y el cuarto a un *hecho cultural*. Veamos brevemente cada uno de ellos:

- 1) Schumpeter consideró a *la destrucción creadora* que revoluciona incesantemente la estructura económica desde dentro, como la esencia del capitalismo industrial, destruyendo lo viejo y creando lo nuevo (nuevos bienes de consumo, nuevos métodos de producción y transporte, nuevos servicios, nuevos mercados, nuevas formas de organización empresarial, etc.)³. En realidad, este modelo puede trasladarse a toda forma de capitalismo, incluso en esta etapa posindustrial. Ahora bien, este desarrollo del sistema capitalista de libre mercado se basa en la sublimación del consumo y la creación de “necesidades artificiales” por medio de la publicidad y la evolución de los medios masivos de comunicación, que permiten la expansión de los mercados de bienes y servicios a escala mundial, facilitada por el acceso al financiamiento a través del endeudamiento (ya sea público de los Estados o privado de las personas). Para lograrlo, paradójicamente, se sustituye el espíritu del capitalismo originario que estaba basado en las virtudes burguesas del trabajo y el ahorro, por un “nuevo espíritu”, hedonista y consumista, que en lugar de darle primacía al trabajo, se la da al placer y al consumo (en muchos casos se trabaja para poder consumir y obtener placer), y en lugar de privilegiar el ahorro (aun privándose de algunas cosas hoy) para asegurarse el futuro y la justicia entre generaciones, se lo sustituye por el endeudamiento. Situación que, por un lado, genera verdaderas “burbujas económico-financieras”, que tarde o temprano explotan originando las cíclicas crisis de las economías modernas y globalizadas que afectan simultáneamente en mayor o menor medida a todo el mundo y, por otro lado, paradójicamente aún hoy muchos viven marginados de estos beneficios en amplias regiones del planeta y al interior de los países (incluso de los más ricos), sumidos en la miseria (que a diferencia de la pobreza que puede ser llevada con dignidad, degrada al

2 Brünner, J. J. (1999). *Globalización cultural y posmodernidad*. Santiago de Chile. FCE, 27.

3 Cf. Schumpeter, J. A. (1963). *Capitalismo, Socialismo y Democracia*. Madrid. Aguilar, 120 y sigs.

hombre al negarle lo más elemental y básico para su desarrollo humano), lo que con las posibilidades existentes actualmente constituye un verdadero *pecado social*, como lo denuncia el Papa Francisco.

- 2) La *democracia* y el reconocimiento de los *Derechos Humanos* es el modelo político y jurídico que parece imponerse en el mundo más allá de la diferencia cultural existente entre los distintos países. Sin embargo, esto no sucede sin tensiones, como la que se da entre el Estado Nacional moderno basado sobre el “dogma” de la soberanía nacional (en crisis), frente a la realidad política global con sus instancias jurídico-políticas internacionales que condicionan la independencia y el poder de decisión de los Estados, sustituyéndolo por un sistema de interdependencia y de poder difuso. Este nuevo modelo o paradigma conocido hoy como *Estado Constitucional de Derecho* no funciona como un sistema de normas puramente formal, sino que constituye en sí mismo un sistema de normas y principios con contenido sustancial o material que el ordenamiento jurídico tiene que incluir. Justamente, son los Derechos Fundamentales o los Derechos Humanos y la democracia los que surgen de esos principios u operan al modo de principios.
- 3) Nadie puede negar que vivimos en la era de la ciencia y la tecnología. Los prodigios de ambas han transformado la vida del hombre, superando muchas de las limitaciones materiales que lo habían acosado durante siglos. Para algunos se trata de una segunda modernidad, global y posindustrial frente a la primera modernidad que ha girado en torno a los Estados Nacionales y a la Revolución Industrial. Especialmente en el campo de las comunicaciones se ha producido una verdadera revolución con el desarrollo de los *mass media* y la llegada de la *era digital* (comparable con la aparición del lenguaje, la escritura y la imprenta); esto produjo un achicamiento del mundo constituido en una gran aldea virtualmente global. Hoy la información es poder y como tal, dependiendo de cómo se use, puede ser un factor de dominio o de servicio para el hombre.
- 4) Mientras la modernidad tiene contornos definidos y podemos describir sus notas principales, la posmodernidad aparece todavía como algo abierto, no definido, que puede orientarse a distintos finales. Según David Lyon, algunos sostienen que la posmodernidad es el resultado de un proceso que centrado en occidente se extiende al mundo entero y que partiendo de la idea de *Providencia*, propia de la cristiandad medieval, luego la sustituye por la idea de *Progreso* afín al pensamiento iluminista moderno y que como lógica consecuencia va a derivar en el *nihilismo* de raíz nietzscheana, que teniendo su origen en el seno de la modernidad, se proyecta en el pensamiento posmoderno, en autores como *Vattimo*, *Lyotard*, *Derrida* o *Foucault*. Mientras que otros, como *Habermas*, critican esa versión nihilista nietzscheana y sostienen que en realidad estamos frente a otra etapa de la misma modernidad que se nos aparece como un proyecto inacabado⁴. Este esquema se da fundamentalmente en Occidente, en USA, la actual

4 Cf. Lyon, D. (2005). *Posmodernidad*. Madrid. Alianza Editorial S.A., 22 y sigs.

superpotencia, que se abroga el rol de gendarme del nuevo orden después de la caída del bloque comunista a partir de 1989, que transformó la hasta entonces bipolaridad (USA *vs.* URSS) en unipolaridad primero (USA), derivando posteriormente en una multipolaridad (USA, Europa, China, etc.); en la Europa laicista que hoy en su unión oficial reniega de sus raíces cristianas; en el resto de América, con sus problemas de desarrollo, y en Israel, Japón y los países del sur asiático, que desde otra cuna cultural se suman al cuádruple eje señalado. Por otro lado, fuera de occidente tenemos el mundo que se encuentra bajo la influencia del Islam, que combina los beneficios de la revolución tecnológica obtenidos a través de los frutos de la explotación del petróleo, con una teocracia política y una cultura y religión ancestral. Como, asimismo, el viejo continente asiático, con sus culturas varias veces milenaria, como por ejemplo la China y el joven y postergado continente africano, con un mosaico de culturas y religiones diferentes⁵.

A este panorama hay que incluir el multiculturalismo, que abarca las minorías nacionales y la pluralidad de etnias en el interior de las sociedades políticas. La eclosión de este fenómeno se ha visto favorecida por ciertos acontecimientos históricos que se han producido en los últimos tiempos, como ser, por ejemplo, el proceso de descolonización, especialmente en África, medio oriente, India, etc.; la desaparición del *apartheid* en Sudáfrica; o la caída del bloque soviético a fines del siglo pasado que dejó al descubierto una multiplicidad de etnias, muchas de ellas enfrentadas entre sí, originando distintos conflictos como sucedió, por ejemplo, en la ex Yugoslavia, entre serbios y croatas, bosnios y albaneses, o en la ex Unión Soviética, entre ucranianos y rusos, etc.

Como antecedente de esta situación podemos decir que desde mediados del siglo XX, con la formación de las *Naciones Unidas* con posterioridad a la segunda gran guerra mundial, comienza este proceso de *mundialización* como un sistema de organización jurídico-política de la comunidad internacional por encima de los Estados soberanos parte, si bien no se trata de un superestado. Este sistema mundial nace en el marco del conflicto este-oeste que surge en el mundo de la posguerra y que se puede ver en la formación en las declaraciones de Derechos Humanos, donde las democracias occidentales promovían los Derechos Civiles y Políticos, mientras los países del este sometidos a regímenes comunistas ponían el acento en los Derechos Económicos y Sociales. Ahora bien, la corta historia de las Naciones Unidas (de un poco más de medio siglo) atestigua la difícil convivencia de un orden jurídico-político internacional con la existencia de órdenes jurídico-políticos soberanos en los distintos Estados. Tampoco se logró una igualdad entre los Estados, pues si bien el principio de igualdad rige fundamentalmente en la Asamblea, no sucede lo mismo en el Consejo de Seguridad (que efectivamente tiene el poder), integrado sólo por algunos Estados y dentro de éste aún podemos distinguir los miembros permanentes con poder de veto (USA, Rusia, China, Francia y Gran Bretaña) y los miembros no permanentes elegidos por dos años por la Asamblea. En el caso de los primeros (miembros

5 Cf. Herrera, D. A. (2008). *Ley Natural y multiculturalismo, verdad y diálogo*. Buenos Aires. Educa.

permanentes), el criterio utilizado es el del *poder*, al ser potencias mundiales y, por tanto, tener mayor poder *de facto* que otros Estados le da cierto mayor poder *de iure* al integrar el Consejo de Seguridad con derecho a veto. Hasta aquí los hechos.

3. Análisis teórico

En primer lugar, me referiré a las principales interpretaciones y justificaciones de la realidad descrita en la actualidad y, en segundo, lugar analizaré especialmente la respuesta desde la Doctrina Social de la Iglesia.

3.1. Interpretaciones y justificaciones

Para ordenarlas voy a tomar las dos alternativas de respuestas que plantea Habermas: 1) Ética liberal de la Superpotencia mundial; 2) El proyecto kantiano de un cosmopolitismo. El primer caso está centrado en el fenómeno del poder y de una ética global impuesta desde la superpotencia dominante. El segundo caso se trataría de un *aggiornamento* del proyecto propuesto por Kant en la *Paz Perpetua* de una federación o asociación de Estados a través del Derecho.

- 1) Esta visión tuvo su momento de apogeo en los primeros años siguientes a la caída del muro de Berlín y la implosión de la URSS y dio pie a la ilusión de que nacía un nuevo orden mundial con la dominación de USA como la única superpotencia imperial subsistente posguerra fría, estableciendo lo que se ha dado en llamar la *Pax americana*. Con esto, al mismo tiempo se producía el triunfo definitivo de la ideología liberal capitalista por sobre el marxismo colectivista. Uno de los popes de esta concepción en aquellos años fue el politólogo norteamericano de origen japonés, *Francis Fukuyama*, que tras el fin de la guerra fría escribió su polémico libro, *El fin de la historia y el último hombre*, donde proclama el fin de las luchas ideológicas con el triunfo de la democracia liberal y el capitalismo económico orientado al consumo por sobre el socialismo real. Este triunfo definitivo es liderado por USA como única superpotencia encarnando una ética de la libertad basada en la ideología liberal, liderando al mundo libre que se tiene que encolumnar necesariamente detrás de ella⁶.

Por su parte, para otros, como Samuel Huntington, lo que resulta indefectiblemente luego de la caída del bloque comunista es un choque de civilizaciones, especialmente entre el occidente secularista y el Islam, que viene a sustituir el conflicto ideológico y económico y a los conflictos entre los Estados Nacionales⁷. Para el autor este conflicto de civilizaciones se da en el

6 Cf. Fukuyama, F. (1995). *El fin de la historia y el último hombre*. Buenos Aires. Planeta Agostini.

7 Cf. Huntington, S. (1997 y 2005). *El choque de las civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*. Buenos Aires. Paidós.

marco de una cuasi guerra (en el fondo sería una guerra), entre la noción de guerra santa (jihad) de los fundamentalistas musulmanes y la noción de guerra contra el terrorismo fundamentalista que lidera USA junto con otros Estados occidentales. Esta visión se ve intensificada de un lado y del otro a partir del 11 S de 2001 y el 11 M de 2004 y de las mencionadas guerras en Afganistán e Irak.

- 2) La segunda alternativa se basa en el proyecto de Paz Perpetua de Kant, donde propone un cosmopolitismo basado en una asociación libre de Estados: “Como Estados los pueblos pueden ser considerados como hombres individuales que, en su condición natural (esto es cuando no dependen de leyes externas), se dañan por su mera coexistencia y cada uno de los cuales puede y debe exigirle al otro, por su seguridad, que entre con él en una constitución análoga a la civil, en la que cada quien puede tener garantizado su derecho. Esta constitución sería una liga de pueblos, pero no debe ser un Estado de pueblos. En este último habría una contradicción: porque como todo Estado implica la relación de un superior (legislador) con un inferior (que obedece, es decir, el pueblo), muchos pueblos en un Estado harían un solo pueblo, lo cual contradice la hipótesis (pues aquí tenemos que considerar el derecho recíproco de los pueblos en tanto constituyen diferentes Estados y en tanto no deben ser fusionados todos juntos en un Estado) [...] en lugar de la idea positiva de una república mundial, sólo el sustituto negativo de una alianza de defensa contra la guerra, permanente y siempre en expansión, puede detener el torrente de las inclinaciones hostiles que le temen al derecho, si bien con el constante peligro de su estallido”⁸.

Como se ve en el citado texto, Kant no propicia un Estado Mundial centralizado sino que propone una asociación libre de Estados como su sucedáneo a fin de salvaguardar las diferencias entre los distintos pueblos y no uniformarlos en un único Estado. A través de esta asociación se saldría del estado de naturaleza entre los Estados similar al estado de naturaleza de los individuos previo al contrato social constitutivo de la comunidad internacional.

Basado en Kant, Habermas propone una política interior mundial sin gobierno mundial: “A la luz de la idea kantiana, y partiendo de las estructuras que hoy existen, es posible representarse una Constitución política de la descentralizada sociedad mundial como un sistema de varios niveles al que, por buenas razones, falta en conjunto el carácter estatal [...] Con este esbozo de un sistema de varios niveles que cumpliera a nivel internacional los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas en materias de política de paz y Derechos Humanos, y que a nivel transnacional se ocupase de los problemas de una política interior mundial en el estilo de la formación de compromisos entre grandes potencias domesticadas, sólo pretende ilustrar una alternativa conceptual a la república mundial. La idea de una política interior mundial sin gobierno mundial en el marco de una ONU que

⁸ Kant, I. (2007). *Hacia la paz perpetua. Un proyecto filosófico* (segundo artículo definitivo). Buenos Aires. Ed. Prometeo, 57-63.

pueda imponer la paz y el cumplimiento de los Derechos Humanos, sólo se propone mostrar, a título de ejemplo, que la ‘república mundial’ o el ‘Estado internacional’ no representan las únicas instituciones en las que el proyecto kantiano puede cobrar forma (más allá del sucedáneo de la asociación de naciones). No sólo el Estado constitucional ampliado hasta alcanzar dimensiones globales cumple las condiciones abstractas de una ‘situación cosmopolita’ [...] El Estado no es condición necesaria para los órdenes constitucionales. Las comunidades supranacionales, como la ONU o la Unión Europea, no disponen del monopolio de los medios para ejercer la violencia legítima que sirve al Estado moderno, en sus funciones jurídicas, administrativas y fiscales, como garantía de su soberanía interior y exterior. No obstante, estas comunidades supranacionales reclaman el primado del derecho supranacional sobre los órdenes jurídicos nacionales”⁹. De esta manera, y siguiendo a Kant propone la juridización del derecho cosmopolita como alternativa a una ética global impuesta desde un Imperio o Estado dominante como en la primera alternativa.

A su vez, siguiendo a Habermas, Ferrajoli propone también una *política interior mundial sin gobierno mundial*: “El problema de la democracia internacional planteado por Bonanate y el vinculado a éste de una política interior del mundo (Habermas) remiten, por ello, al problema específicamente jurídico de la construcción de una esfera pública mundial, esto es, de una articulación institucional de las Naciones Unidas que, con excepción de las competencias de los Estados en las funciones propiamente de gobierno cuya relevancia es exclusivamente estatal, se apropie de manera gradual, junto con los respectivos poderes e instrumentos de intervención, de las funciones supranacionales de garantía de la paz, de la seguridad y de los Derechos Fundamentales. Y este problema, relativo al Derecho, es análogo al que se plantea para la democracia. Frente a la crisis innegable e irreversible de los Estados Nacionales y de su soberanía, al fin del monopolio estatal de la producción jurídica, al hecho de que la mayor parte de las normas vigentes en los distintos ordenamientos, comenzando con el nuestro, son de origen extra-estatal (europeo o internacional), ¿es posible seguir hablando de un nexo indisoluble entre ‘Estado’ y ‘Derecho Positivo’, o incluso sólo entre ‘Estado’ y ‘Estado de Derecho’? [...]. El problema del futuro del Estado de Derecho y de la democracia se replantea, por eso, en los mismos términos que el del futuro de la paz y de la seguridad internacional. La declinación del Estado Nacional ¿equivale (o está destinada a equivaler) a una declinación del uno y de la otra, ligados ambos a la sujeción de los poderes públicos a la ley como expresión de la voluntad popular?, ¿o bien es posible anticipar, además de una ‘política interior del mundo’, un *Derecho Mundial*, mucho más que internacional, fruto de la expansión del actual paradigma de la democracia constitucional? [...] Podemos, entonces, leer la crisis no sólo como una crisis destructiva, sino también como una posible crisis de crecimiento de un nuevo orden (de un constitucionalismo sin Estado, europeo y hasta mundial), fruto de un cambio de paradigma tanto de la política como del Derecho”¹⁰.

9 Habermas, J. (2009). *El occidente escondido*. Madrid. Ed. Trotta, 132-134.

10 Ferrajoli, L. (2010). *Democracia y garantismo*. Madrid. Ed. Trotta, 336 a 342.

Otro de los popes neokantianos, como John Rawls, en uno de sus últimos libros, *The Law of Peoples* (el Derecho de Gentes), propone traspolar el contrato social hipotético para la estructura básica de la sociedad de su teoría de la justicia al plano internacional a fin de superar el estado de naturaleza entre Estados.

Actualmente, muchas veces se confunde el Derecho Internacional con el Derecho Global. En efecto, lo que hoy se conoce como *Derecho Global* o *Transnacional* pareciera más bien una variante del *Derecho Internacional* entendido como interestatal y, como tal, tiene su fuente fundamental en la voluntad soberana de los Estados y en la autolimitación de esa soberanía a través de pactos o convenciones como expresión del principio de la autonomía de la voluntad política. Sin perjuicio de ello, está surgiendo paralelamente una especie de Derecho Supranacional comunitario tanto a nivel regional como mundial, *burocrático* (ONU, Organización Mundial del Comercio, Organización Mundial de la Salud, Comunidad Europea, Mercosur, etc.) y *jurisdiccional* (la Corte Europea, la Corte Interamericana, el Tribunal Penal Internacional, etc.), que establecen reglas y pautas que los Estados integrantes deben aceptar y obedecer. Ahora bien, este Derecho Comunitario ¿se trata de un Derecho por encima de los Estados o de una variante de un Derecho entre Estados? ¿Se trata en germen de un Derecho Global sin Estado Mundial u otra vuelta de un Derecho Internacional que se apoya en la asociación de Estados Nacionales a través de la combinación y tensión entre los principios de soberanía nacional y autonomía de la voluntad?

En suma, la alternativa que propone Habermas sería entre una ética global liberal unida a una superpotencia dominante que la imponga al mundo o un cosmopolitismo de raíz kantiana que, a través del Derecho, promueva una sociedad mundial sin Estado Mundial. Dicho de otra manera, o la ética del poder o el poder del Derecho, entendido este formal y procedimentalmente. Hasta aquí las teorías y justificaciones.

3.2. La Doctrina Social de la Iglesia

Como todos sabemos, la cuestión social que da origen a la DSI moderna nace en el seno de la sociedad industrial, *ad intra* de los Estados, como se ve a partir de la *Rerum Novarum*, de León XIII; siguiendo por *Quadragesimo Anno*, de Pío XI; *Mater et Magistra*, de Juan XXIII; *Octogesima Advenis*, de Paulo VI; etc. Por otra parte, esta cuestión se manifiesta *ad extra* de los Estados, se internacionaliza cuando se la ve en el marco de la *cuestión del desarrollo de los pueblos*, como también se señala con la aparición de la encíclica *Populorum Progressio*, de Paulo VI. En Juan Pablo II vemos ambas dimensiones. Al respecto podemos citar la *Laborem Exercens*, para la primera, y la *Sollicitudo rei socialis* y *Centesimus Annus*, para la segunda (la *Sollicitudo* se da en el marco del conflicto este-oeste, mientras que la *Centesimus*, ya más cercana a nosotros, se pronuncia luego de las transformaciones posteriores a la caída del muro de Berlín, en 1989. Benedicto XVI aborda ambas dimensiones especialmente en *Caritas in Veritate* y Francisco hace lo propio en la reciente encíclica, *Laudato Si*.

La cuestión de la comunidad internacional y su gobierno es un tema reiterado en la Doctrina Social de la Iglesia, especialmente a partir de Juan XXIII y el Concilio

Vaticano II. Justamente Juan XXIII trata el tema en *Mater et Magistra* N° 200/202 y especialmente en *Pacem in Terris* N° 137 y 140/141, que constituye un texto central en la materia: “[...] como hoy el bien común de todos los pueblos plantea problemas que afectan a todas las naciones, y como semejantes problemas solamente puede afrontarlos una autoridad pública cuyo poder, estructura y medios sean suficientemente amplios y cuyo radio de acción tenga un alcance mundial, resulta, en consecuencia, que, por imposición del mismo orden moral, es preciso constituir una autoridad pública general [...] Además, así como en cada Estado es preciso que las relaciones que median entre la autoridad pública y los ciudadanos, las familias y los grupos intermedios, se regulen y gobiernen por el principio de la acción subsidiaria, es justo que las relaciones entre la autoridad pública mundial y las autoridades públicas de cada nación se regulen y rijan por el mismo principio. Esto significa que la misión propia de esta autoridad mundial es examinar y resolver los problemas relacionados con el bien común universal en el orden económico, social, político o cultural, ya que estos problemas, por su extrema gravedad, amplitud extraordinaria y urgencia inmediata, presentan dificultades superiores a las que pueden resolver satisfactoriamente los gobernantes de cada nación. Es decir, no corresponde a esta autoridad mundial limitar la esfera de acción o invadir la competencia propia de la autoridad pública de cada Estado. Por el contrario, la autoridad mundial debe procurar que en todo el mundo se cree un ambiente dentro del cual no sólo los poderes públicos de cada nación, sino también los individuos y los grupos intermedios, puedan con mayor seguridad realizar sus funciones, cumplir sus deberes y defender sus derechos”¹¹. Por su parte, en el en el mismo sentido, en el Concilio podemos citar *Gaudium et Spes* N° 84, Paulo VI en *Populorum Progressio* N° 78 y Juan Pablo II, rememorando la *Populorum Progreso*, en el N° 43 de la *Sollicitudo rei socialis*.

Ahora bien, dicho esto corresponde ver la cuestión en el marco de la globalización actual. Al respecto, Benedicto XVI, citando a Juan Pablo II, en *Caritas in Veritate*, dice que “la globalización no es, a priori, ni buena ni mala. Será lo que la gente haga de ella”¹². Por eso señala que oponerse ciegamente a la misma sería una actitud errónea, porque significaría ignorar un hecho que existe (como decíamos al principio), que está instalado y que acabaría por pasar por alto un proceso que también tiene aspectos positivos respecto a las posibilidades de desarrollo a escala planetaria. Sin embargo, si se gestiona mal, o se asocia a un paradigma materialista e individualista, puede incrementar la pobreza y la desigualdad contagiando además con una crisis a todo el mundo (tal como lo denuncia actualmente el Papa Francisco). Es necesario corregir sus disfunciones a veces graves, que causan nuevas divisiones entre los pueblos y en el interior de los mismos, lo que constituiría una globalización de la *cuestión social*.

Benedicto XVI sostiene: “La transición que el proceso de globalización comporta conlleva grandes dificultades y peligros, que sólo se podrán superar si se toma conciencia del espíritu antropológico y ético que en el fondo impulsa la globalización

11 Juan XXIII. *Pacem in Terris*, 137, 140-141.

12 Benedicto XVI. *Caritas in Veritate*, 42; Juan Pablo II. *Discurso a la Pontificia Academia de Ciencias Sociales* (27 de abril de 2001).

hacia metas de humanización solidaria. Desgraciadamente, este espíritu se ve con frecuencia marginado y entendido desde perspectivas ético-culturales de carácter individualista y utilitarista. La globalización es un fenómeno multidimensional y polivalente, que exige ser comprendido en la diversidad y en la unidad de todas sus dimensiones, incluida la teológica. Esto consentirá vivir y *orientar la globalización de la humanidad en términos de relacionalidad, comunión y participación*¹³. Sobre este punto, el Papa Francisco sostiene que el problema fundamental es más profundo, la *globalización del paradigma tecnocrático*, que tiende a ejercer su dominio sobre la economía y la política, olvidando que la técnica está al servicio del hombre y no al revés¹⁴. Dicho de otra manera, el modo como en parte la humanidad de hecho ha asumido la tecnología y su desarrollo *junto con un paradigma homogéneo y unidimensional* y no multidimensional y polivalente, como señalaba el texto de Benedicto.

Sin perjuicio de lo dicho, en cuanto a la gobernanza de la globalización esto no significa que se proclame lisa y llanamente la sustitución de los Estados Nacionales por un Estado Mundial centralizado, sino más bien la estructuración de un orden internacional sobre la base de los *principios de subsidiariedad y solidaridad*, siguiendo los lineamientos establecidos por Juan XXIII en *Pacem in Terris*. Al respecto dice Francisco en *Laudato Si* N° 175: “El siglo XXI, mientras mantiene un sistema de gobernanza propio de épocas pasadas, es escenario de un debilitamiento de poder de los Estados nacionales, sobre todo porque la dimensión económico-financiera, de características transnacionales, tiende a predominar sobre la política. En este contexto, se vuelve indispensable la maduración de instituciones internacionales más fuertes y eficazmente organizadas, con autoridades designadas equitativamente por acuerdo entre los gobiernos nacionales, y dotadas de poder para sancionar. Como afirmaba Benedicto XVI, en la línea ya desarrollada por la Doctrina Social de la Iglesia, ‘para gobernar la economía mundial, para sanear las economías afectadas por la crisis, para prevenir su empeoramiento y mayores desequilibrios consiguientes, para lograr un oportuno desarme integral, la seguridad alimenticia y la paz, para garantizar la salvaguardia del ambiente y regular los flujos migratorios, urge la presencia de una verdadera Autoridad política mundial, como fue ya esbozada por mi Predecesor, [san] Juan XXIII’. En esta perspectiva, la diplomacia adquiere una importancia inédita, en orden a promover estrategias internacionales que se anticipen a los problemas más graves que terminan afectando a todos”¹⁵.

Ahora bien, si nos remitimos a la citada *Caritas in Veritate*, 57, 58, Benedicto XVI dice: “Para no abrir la puerta a un peligroso poder universal de tipo *monocrático*, el gobierno de la globalización debe ser de tipo subsidiario, articulado en múltiples niveles y planos diversos, que colaboren recíprocamente. La globalización necesita ciertamente una autoridad, en cuanto plantea el problema de la consecución de un bien común global; sin embargo, dicha autoridad deberá estar organizada de modo subsidiario y con división de poderes, tanto para no herir la libertad como para resultar concretamente eficaz. El principio de subsidiariedad debe mantenerse

13 Benedicto XVI. *Caritas in Veritate*, 42.

14 Cf. Francisco. *Laudato Si*, 106-109.

15 Francisco. *Laudato Si*, 175.

íntimamente unido al principio de la solidaridad y viceversa, porque así como la subsidiaridad sin la solidaridad desemboca en el particularismo social, también es cierto que la solidaridad sin la subsidiaridad acabaría en el asistencialismo que humilla al necesitado¹⁶. A su vez, ambos están ordenados al bien común como fin último de la comunidad internacional. Asimismo, en otra parte de la misma encíclica afirma que la sabiduría y la prudencia aconsejan no proclamar apresuradamente la desaparición del Estado. Con relación a la solución de la crisis actual, su papel parece destinado a crecer, recuperando muchas competencias. Hay naciones donde la construcción o reconstrucción del Estado sigue siendo un elemento clave para su desarrollo. Para eso señala la importancia de la consolidación de sistemas constitucionales y jurídicos orientados a reforzar las garantías propias de un Estado de Derecho¹⁷. Hasta aquí la Doctrina Social de la Iglesia.

4. Algunas reflexiones finales

4.1. Respecto a la globalización, debe compararse y distinguirse de otros fenómenos con pretensión de universalidad que se han dado a lo largo de la historia. A modo de ejemplo, y sin pretender agotarlos, voy a citar dos: *la pax romana* y *la cristiandad medieval*. La primera era fundamentalmente una universalidad política que solo toleraba la diversidad étnica, cultural y religiosa, en la medida en que se sometía a la unidad política que constituía el Imperio Romano. La segunda era más bien una comunidad de Fe cuya cabeza era el Papado, a partir de la cual se plasmó una comunidad política con los distintos intentos de restablecer el Imperio, más allá de las diferencias entre los distintos reinos. A diferencia de la *pax romana*, la globalización no es una universalidad política sino más bien una red o conjunto de redes, económicas, de información y comunicación, que uniforma el mundo más allá de las diferencias políticas, étnicas y culturales. Por su parte, respecto a las diferencias entre la cristiandad y la globalización, podemos señalar que mientras la primera era fundamentalmente una comunidad de fines, especialmente aquel al que apunta la fe en común y que integra el bien común, la segunda es más bien una comunidad de medios, científicos, tecnológicos y económicos, que conforman un tejido social común, más allá de las diversidades culturales. Una diferencia en común de la globalización con la *pax romana* y la cristiandad es la falta de un centro que le dé unidad, como ocurría con la *pax romana*, a través de la unidad política del Imperio Romano, y con la cristiandad, con la unidad de Fe, de la cual se derivará una cierta unidad política. En cambio, la globalización no tiene ningún centro que le dé esa unidad, sino que más bien se trata de un desorden organizado espontáneamente, como sucede con los mercados y las redes informáticas.

4.2. En cuanto a la primera alternativa analizada, respecto a la pregunta sobre si es lícito un imperio mundial norteamericano, dice Félix Lamas: “[...] la respuesta

¹⁶ Benedicto XVI. *Caritas in Veritate*, 57, 58.

¹⁷ Benedicto XVI. *Caritas in Veritate*, 41.

a esta pregunta resulta ser claramente negativa. Ninguna autoridad le ha conferido a los EE. UU., imperio *de iure* universal, ni sería lícito hacerlo. Pero ni siquiera esta superpotencia ha formulado tal pretensión explícitamente, fuera de las de difusas alusiones a un ‘nuevo orden mundial’. Y quien afirme lo contrario deberá probarlo”¹⁸. En este sentido, la predicción de Francis Fukuyama sobre *El fin de la historia y el último hombre*, donde proclama el fin de las luchas ideológicas con el triunfo de la democracia liberal en el imperio americano, ha resultado ser una teoría un tanto simplista y reductiva, como luego va a quedar al descubierto por los mismos hechos y las numerosas críticas recibidas. Paradójicamente, en esta visión se une la ideología liberal o neoliberal de los ochenta/noventa que propone un *ethos* basado en un mercado absolutamente libre y un Estado mínimo, con los intereses geopolíticos de un superestado, de una superpotencia como es USA. Asimismo, se propone imponer este *ethos* de la libertad a todo el mundo garantizándolo por medio de la fuerza, lo que es una contradicción en sí misma.

Por su parte, el *choque de las civilizaciones* señalado por Huntington, si bien es más realista, respecto a la marcha de los hechos, no ofrece una concepción que supere el conflicto (que tiene que resolverse por el triunfo de uno sobre el otro) y permita la integración a través de un diálogo intercultural que funde lo diverso en lo común, a diferencia de la difundida *multiculturalidad* que disuelve lo común en el “altar” de lo diverso.

4.3. Sobre la segunda alternativa de un cosmopolitismo de origen kantiano, como proponen el propio Habermas, Ferrajoli o Rawls, adolecen de las mismas falencias que la teoría original de Kant, del paso del estado de naturaleza al estado social a través del contrato social fruto de la autonomía de la voluntad. Como dice Innerarity: “La ruptura moderna entre razón y naturaleza se hace también visible en el nuevo orden político, cuyo principio constitutivo continúa siendo el *primado de la subjetividad* que discurre en paralelo con una concepción mecanicista de la naturaleza. Este antagonismo queda planteado en el esquema típico para la justificación del poder: *el binomio estado de naturaleza-estado de sociedad*. Para los modernos, la historia humana puede entenderse como el tránsito de la naturaleza a la cultura, del instinto a la razón, del individuo a la sociedad. En virtud de tal explicación, los pares mencionados son entendidos en radical oposición: el caos de la naturaleza frente al orden cultural, la particularidad sensible frente al universalismo abstracto de la razón, el egoísmo individual frente a la solidaridad política. En el plano concreto de la teoría política, ello *supone el abandono del viejo principio de la sociabilidad natural*. El hombre no debe ser entendido en adelante como ‘animal político’, sino como individuo soberano. La situación y condición humanas (lo que aquí hemos llamado su contexto social) no entran ya en la definición del hombre, sino a la manera de un añadido externo y circunstancial. El individuo es indiferente al lugar social. No es extraño que la moderna filosofía política haga del conflicto (natural) y no de la armonía social su punto de partida. Este planteamien-

18 Lamas, F. (2003). “Globalización y Estado Mundial”. En *Europa e Globalizzazione*, edición a cargo de Danilo Castellano (2003). Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane, 102.

to concuerda con la visión mecanicista de la naturaleza. La política es huida de la condición natural¹⁹.

Es aquí justamente donde encontramos la clave de la cuestión, en un viraje del objetivismo ético-político-jurídico a un subjetivismo. En este plano se produce la sustitución del concepto de ley natural (*lex naturae*), entendida como dictamen de la recta razón fundado en la esencia o naturaleza humana (*natura hominis*), por la moderna noción de hombre en estado de naturaleza (*homo in natura*), que gira sobre la lucha por la autoconservación y el poder, como sucede en Hobbes o en Rousseau. Cabe aclarar que en el caso de Locke, pretende armonizar ambas²⁰.

Es la cuna del individualismo ético, político, jurídico y económico que es coronado en el origen del estado social como fruto del contrato o pacto social resultante del principio de la autonomía de la voluntad. Justamente en este punto es marcada la influencia de Rousseau sobre Kant y cómo a través de este último el principio de la autonomía de la voluntad se convierte en liminar de toda la praxis moderna, tanto individual como social o política, tal como lo plantea en su proyecto cosmopolita de *Paz Perpetua*. El hombre ya no es considerado un *zoom politikon* como sostenía Aristóteles, sino que, conforme a esta visión mecanicista de la naturaleza (que la reduce solamente a sus causas materiales y eficientes, negando la formalidad y finalidad del orden natural), es considerado un individuo naturalmente aislado que solamente se junta con los demás individuos aislados, para escapar de esa limitada condición natural, evitando los riesgos vitales y garantizando los derechos individuales convertidos en principios a través del pacto fruto de la autonomía de la voluntad.

En suma, el ideal utópico de la *Paz Perpetua* propuesto por Kant, que más allá de si se trata o no de un proyecto de Estado mundial o de un republicanismo cosmopolita, es imposible (lo prueba la realidad) y, por tanto, contrario a la paz imperfecta (porque siempre van a existir enfrentamientos) pero posible que puede darse en la realidad.

4.4. El problema es cómo amalgamar e interconectar realidades culturales tan diversas, que responden a tradiciones distintas, sin apelar a una naturaleza común (con el consecuente reconocimiento de la naturaleza de las cosas humanas que se siguen de ella) y de la ley natural que se formula a partir de la misma, como fundamento ontológico (naturaleza humana) y moral (ley natural), de toda realidad cultural, cualquiera sea su manifestación, pues toda cultura auténtica es un despliegue libre de la racionalidad natural del hombre y su consecuente natural sociabilidad y politicidad. Este fundamento común y no los meros consensos accidentales (que es bueno que existan en la medida en que no contradigan ese fundamento común) es lo que permite una *concordia política* básica como vínculo de unión fraternal o amistad política de una auténtica comunidad entre los pueblos, como también un auténtico y necesario diálogo intercultural (que incluye la dimensión religiosa al ser la religión el corazón mismo de la cultura), que poniendo más el acento en aquellas cosas que

19 Innerarity, D. (1989). *Dialéctica de la modernidad*. Madrid. Ed. Rialp, 30.

20 Cf. Leocata, F. (2003). "Las ideas iusfilosóficas de la ilustración". En *La Codificación: Raíces y prospectiva - El Código Napoleón*. Buenos Aires. Educa, 63.

tenemos en común (la racionalidad, la libertad, la politicidad, en última instancia la humanidad), que en aquellas que nos diferencian, permita una integración e interdependencia sin que se tenga que renunciar a la propia identidad cultural y a las propias convicciones.

De allí que si el Derecho pretende dar una respuesta a la actual encrucijada debe hacerlo desde la racionalidad y razonabilidad que le son intrínsecas (*naturalmente*) y por tanto común a todas las culturas, completando y complementando desde el Derecho Positivo (*culturalmente*), a través de las distintas fuentes (tradiciones, costumbres, convenciones), en todas sus instancias (tanto nacionales como internacionales, tanto constitucionales como constituidas), los principios del Derecho Natural que descubrimos en la propia naturaleza racional y política del hombre. Por eso, en este punto es importante rescatar la idea clásica del Derecho Natural para aplicarla al *Derecho de Gentes* común a todos los hombres (*Derecho de Gentes Natural*), como verdadero derecho universal, que responde a los principios señalados por la DSI, que como todo Derecho Natural, necesita ser positivizado (*Derecho de Gentes Positivo*).

Esto no significa volver a recrear el *ius gentium* romano o el *ius inter gentes* que los teólogos españoles del siglo XVI aplicaron para explicar la realidad del nuevo mundo, porque estas realidades responden a circunstancias históricas propias de su época, que son distintas a las actuales. Sin embargo, sin perjuicio de las circunstancias cambiantes y de las distintas concreciones, sí podemos beber en las fuentes de los principios universales que las animaron (más al segundo que al primero) y que mantienen su validez y vigencia por fundarse en la misma naturaleza humana y de las cosas (humanas) que se siguen de ella.

Ahora bien, sin perjuicio de las distintas formas políticas y jurídicas que históricamente se puedan dar en la actualidad y en el futuro, podemos señalar como núcleo del *ius gentium* actual, la *dignidad intrínseca de la persona humana* fundada en su naturaleza racional (a imagen y semejanza de Dios) y su ordenación al *Bien Común* en sus distintos niveles de asociación hasta llegar al Estado y a la comunidad internacional (organizados subsidiaria y solidariamente), en tanto que al constituir el conjunto de condiciones que permiten el desarrollo de las personas, de las asociaciones menores y de la comunidad en su conjunto, es el mejor bien de la propia persona humana al ser lo que le permite desarrollarse plenamente como tal, sin perjuicio del destino trascendente (y también comunitario) al que está llamado²¹.

4.5. En consecuencia, este Derecho de Gentes Universal vale por su racionalidad intrínseca, como expresión de la recta razón común a todos los hombres y no por la fuerza extrínseca que lo imponga. Ahora bien, si esto es así, ¿cómo puede subsistir y funcionar un orden internacional, cuando la organización jurídico-política mundial está *mutatis mutandi* en una especie de “*estado de naturaleza*”, como muchos plantean hoy? ¿Cómo puede este derecho tener vigencia y eficacia si no está respaldado en la fuerza pública monopolizada por el Estado? ¿Cómo imponerlo si no existe un Estado Mundial que ejerza la coerción y la coacción? ¿Cómo recurrir a un Derecho

21 Cf. Concilio Vaticano II, *Gaudium et Spes*, 26.

Global o Universal sin fuerza frente a derechos particulares de los distintos Estados que ejercen el monopolio de la fuerza, de la coerción y de la coacción? En última instancia, ¿cómo ordenar el uso de la fuerza en un contexto de desigualdad de poder entre los Estados, donde los poderosos imponen las condiciones y los débiles la sufren? Estos son algunos de los interrogantes que nos podemos hacer y que hoy por hoy no tienen una respuesta adecuada desde la organización jurídico-política internacional actual. Como vimos, la propia organización de las Naciones Unidas y demás organizaciones regionales tienen problemas congénitos en su origen, como ser la desigualdad *de facto* entre los Estados que lleva a diferencias *de iure*, o al depender de la fuerza de los Estados para poder actuar, donde incluso las fuerzas de paz de las Naciones Unidas como un intento de ejercer el poder de policía internacional sobre los Estados que violan el orden internacional, son prestadas por los Estados partes y dependen de la voluntad de estos.

En realidad, así la cuestión está mal planteada porque se confunde el problema de la fundamentación del orden jurídico-político en su racionalidad natural con el de su efectiva concreción histórica a través de su positivación. Si se pretende fundamentarlo desde la sola fuerza de quien detenta el poder (cualquiera sea, ideológico, político, económico, científico o tecnológico), estamos frente a una justificación positivista que identifica el Derecho con la fuerza y con un orden coactivo. Esta fundamentación ya fracasó, como quedó demostrado con los distintos regímenes totalitarios que impusieron sistemas de injusticia extrema (tomando prestada la terminología de Radbruch y Alexy), violatorios de todo principio de racionalidad y justicia.

Si bien es cierto que es necesaria la fuerza pública y la coacción para garantizar la existencia del Derecho, esto no quiere decir que el Derecho se identifique esencialmente con la fuerza o se funde en ella, sino que, más bien, esta viene a respaldarlo y a forzar a los indisciplinados y reticentes a cumplir con sus deberes y obligaciones y, de esta manera, hacer posible que cada uno obtenga su Derecho. En este sentido, la coerción y la coacción no constituyen la esencia misma del Derecho que más bien se refiere a su relación constitutiva con la justicia, aunque son accidentes propios (propiedades) y, por tanto, necesarios al Derecho para garantizar su efectiva existencia. Por eso no estamos frente a un problema de fundamentación, sino más bien de concreción espacio-temporal. No estamos frente a un problema de validez (material y formal), sino de vigencia (vigor) y eficacia del sistema.

4.6. Sin duda que un Estado Mundial centralizado y monocrático, como decía Benedicto XVI, es el peor de los escenarios porque puede llevar a la humanidad a la peor de las tiranías pero, por otro lado, una atomización del orden jurídico-político en Estados dispersos y enfrentados puede llevar al mundo a la disolución y a la anarquía. Hay problemas comunes, como el mantenimiento de la paz, el respeto de la dignidad humana y de los derechos que le siguen, el problema ecológico, el desarrollo de los pueblos, la cooperación internacional, etc., que requieren una respuesta común desde toda la humanidad, lo que hace necesaria algún tipo de integración y de autoridad común (sin que signifique constituir un megaestado), que surja a partir de los principios de bien común, subsidiariedad y solidaridad, como propugna la DSI, y que integran el *ius gentium* como verdadero derecho universal. La alternativa no es un superestado mundial de derecho global o una república cosmopolita puramen-

te formal basada en principios meramente procedimentales, ni la anomia de una multiplicidad de Estados enfrentados entre sí, sino más bien el rescate de la naturaleza humana en su racionalidad, relacionalidad y politicidad, que permita integrar a la humanidad en una familia de pueblos, más allá de las diferencias culturales y enriqueciéndose a partir de ellas como manifestaciones culturales de una misma naturaleza común. Hasta aquí la presente conferencia.

**LA PERSONA HUMANA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.
ARTÍCULOS 17 Y 19. UNA REFLEXIÓN FILOSÓFICA**
*The Human Person in the Civil and Commercial Law. Articles 17 and 19.
A Philosophical Reflection*

Héctor Padrón*

1. Nuestra situación humana en relación con las tecnologías

El rasgo sobresaliente de nuestra situación contemporánea consiste en que ésta se halla penetrada –de una manera cada vez más amplia y más profunda– por el impacto de las diversas tecnologías y, en relación con el interés de nuestro tema, por las tecnologías biomédicas.

En esta ocasión quisiéramos iniciar nuestra reflexión señalando el antecedente prestigioso y hondamente significativo de la *cuestión del hombre* en el pensamiento trágico de Sófocles, en su tragedia *Antígona*¹, y prolongar esta reflexión en el examen de dos trabajos contemporáneos y convergentes en su preocupación filosófica y humanística escritos –en dos momentos históricos diversos– por: Günther Anders², en lengua alemana, traducido después al español y, finalmente, José Ignacio Murillo³, en español.

* Miembro del Consejo del Centro de Ciencias de la Salud, Bernardo Houssay, Universidad Nacional de Villa María (UNVM), Córdoba. Investigador del Centro de Ciencias de la Salud B. Houssay (UNVM). Correo electrónico: hpadronseane@gmail.com

1 Ver Disandro, C. A. (1973). *Filología y Teología*. Buenos Aires. Ediciones Horizontes del Gral., espec. *Sófocles y la concepción del hombre*, 37-64.

2 Ver Anders, G. (1979). *Die Antiquiertheit des Menschen*, I. Wien 5fte Aus. Verlag C.H. Beck oHG, München, 2002 chequear esto; Anders, G. (2011). *La obsolescencia del hombre*. Vol. 1. *Sobre el alma en la época de la segunda revolución industrial*, traducción al español José Monter Pérez. Valencia. Editorial Pre-Textos. Esta Editorial Pre-Textos editó de Anders, G. (2007). *Hombre sin mundo*. Valencia, una obra filosófica que reúne textos consagrados a escritores y artistas: Brecht, Broch, Döblin, Heartfield, Grosz y Kafka. Conviene recordar que Günther Anders es el pseudónimo de Gunther Sigmund Stern, hijo del Dr. en Medicina, William Stern, quien publicara en 1906 el primer volumen de una obra titulada *Person und Sache (Persona y cosa)*. Este noble ejemplo de médico-filósofo educó a su hijo Günther en el respeto incondicional a la realidad de la *dignidad humana* de cada hombre. Sólo después de largos años –relata su hijo, en la hermosa dedicatoria de su obra en dos volúmenes a su padre– el médico William Stern comprendió y aceptó que lo que “convierte la persona en cosa no es su manipulación científica sino la manipulación fáctica del hombre por el hombre”.

3 Ver Murillo, J. I. (2012). “Producción, naturaleza y persona: la construcción de un mundo para el hombre”. En Revista *Pensamiento y Cultura*, vol. 15-1, 74-87.

Se trata aquí de exponer lo esencial de los trabajos de ambos estudiosos citados a fin de *iluminar* el tema de nuestra presentación. Este hecho nos hace inmediatamente deudores de sus mejores ideas y de su peculiar penetración en un asunto de continua actualidad: *la dignidad intangible de la persona humana* en los más diversos ángulos de consideración posible⁴, en su relación inevitable con el impacto de las tecnologías en curso, las cuales afectan nuestra vida en múltiples dimensiones y significados.

2. El antecedente de la cuestión del hombre en el pensamiento trágico de Sófocles en la tragedia *Antígona*

La prioridad de *la cuestión antropológica* se ha hecho presente en el pensamiento trágico de Sófocles con una universalidad y penetración encomiables.

Es manifiesto que *la cuestión del hombre* comparece en el griego de Sófocles, en su obra *Antígona*, y lo hace con una *amplitud sorprendente*, ya que para el ilustre poeta trágico esta *cuestión* acoge solidariamente la relación del hombre con la Historia, con una Cultura extremadamente consciente de sí misma y con el fenómeno del *poder tecnológico* del hombre sobre la naturaleza, cualquiera haya sido su elementalidad cuando se lo compara con los resultados de los desarrollos de las tecnologías actuales aplicados a los casos que refiere Sófocles⁵.

El texto que reclama nuestra atención corresponde al *primer estásimon* o canto coral de la *Antígona* de Sófocles.

Es preciso recordar aquí que este *primer estásimon* pertenece al contenido y al movimiento significativo de una perspectiva mucho más vasta. En efecto, Sófocles nos sitúa en el último lapso de la historia de los Labdácidas, la cual comienza en la lejanía, la oscuridad y el repliegue mítico de la figura de Layo.

Se trata de un período en el que se daba *una convivencia de los hombres y los dioses*. A partir de ese período, de la misma manera en que los cursos de agua

4 En este sentido, ver Padrón, H. J. (1995). "Tecnociencia y ética". En *Acta Philosophica*, vol. 4, 103-113. Y ver en especial el texto de la riquísima meditación filosófica de Ladrière, J. (1977). *Les enjeux de la rationalité. Le défi de la science aux cultures*. París. Aubier.

5 El recurso a la fuente helénica de Sófocles está guiado por los principios hermenéuticos y cautelas metodológicas que expone Disandro, C. A. *Filología y Teología*. Ob. cit., 39-64. Allí el ilustre filólogo señala que es preciso acceder al texto de la *Antígona* de Sófocles dentro de una *totalidad incluyente* que es, precisamente, la de la cultura griega. Inmediatamente, dentro de ella discierne *tres* principios interpretativos: (I) "el saber acerca del hombre *anuda* todas las formas del saber, de tal manera que intentar desentrañar *la concepción del hombre* en el mundo helénico significa apuntar –en una síntesis completa– a los fundamentos y los contenidos de *un espíritu y de una cultura*" (39); (II) "cuanto más rica y profunda es la virtud creadora de una cultura, tanto más disímiles, contrapuestas, son las concepciones del hombre en el contexto solidario y coherente de un mismo itinerario cultural" (ibíd.); (III) por su parte, "La mente moderna propone la radical distinción en cada antropología histórica", "su absoluta contextura espiritual, su incommunicable jerarquía conceptiva e intuitiva", en la que se desarrolla una verdadera *multivocidad expresiva e interpretativa* sobre una y la misma realidad: *el hombre* (40). En resumen: hay que tener presente tres indicaciones metodológicas acordes con los principios señalados arriba en el caso de la cultura helénica: (1) atender –en dicha cultura– a la configuración del *signo antropológico*; (2) dentro de esta cultura, *asumir la multivocidad intuitiva e interpretativa que se desarrolla y se registra* allí; (3) asumir la *desemejanza* de los diversos contextos histórico-culturales (40).

descienden rápidamente en la montaña, saltando de una roca a otra roca y se dirigen hacia un destino desconocido, así también transcurren los hechos que narra la Tragedia *Antígona* en su *aparecer y sucederse* unos a otros hasta llegar al *enfrentamiento* entre Antígona y Creonte.

El arte literario de Sófocles *imita* sabiamente la naturaleza *physica* –reiteradamente contemplada– y procede a ofrecer a nuestro oído y a nuestra mirada *cortes* prerrogativas de una acción que no es única y que, además, crece en un tiempo que le es absolutamente propio. En esos *cortes* deliberados en las acciones que realizan diversas personas *se interioriza* la experiencia humana a fin de hacer *audible y visible* el *drama* que trasciende infinitamente el *suced*er de tales o cuales hechos en el tiempo⁶.

En todo caso, los *hechos* relevantes para la Antígona sofoclea serían: el *enfrentamiento* de Layo y Edipo; el *enfrentamiento* de Edipo *que no sabe* con el Edipo *que, finalmente, sabe*; el hecho del *desdoblamiento de la mirada* en *mirada exterior* y *mirada interior*. El hecho del *enfrentamiento* de Eteocles y Polynikes; el *enfrentamiento* de Antígona (quien posee la *mirada interior*) y Creonte (quien sólo ejercita la *mirada exterior*).

Ahora bien, hay un *hecho* que debe ser subrayado más allá y por sobre la mera enunciación de los pares de opuestos que contraponen personas o atributos en los *hechos* mencionados. Este hecho es *la pureza de la mirada* de Antígona, la cual no procede de la naturaleza *antitética* del conflicto y de los sucesivos enfrentamientos *dramáticos* que éste contiene, sino que –simple y absolutamente– los *precede*.

Esta *mirada interior* no es un *resultado* sino la *condición absoluta* según la cual el conflicto –a través de su sucesión en el tiempo– puede ser *juzgado* y, en *última instancia*, puede ser *resuelto* por medio de *una fidelidad anterior e interior* que *precede* al conflicto y que, como tal, puede abarcarlo trágicamente desde la *pureza de una única mirada*.

El arte mayor y entrañable de Sófocles muestra el tercer enfrentamiento *trágico* de los Labdácidas a través de los dos hijos de Edipo: Eteocles soberano de Tebas y usurpador de un período injusto; Polynikes arrojado a un exilio *injusto*, quien reclama por medio de una *injusta guerra* contra su propia ciudad y sus ciudadanos la posesión de un *justo poder*. Así, el texto muestra la mezcla inextricable de *justicia-injusticia, prudencia-soberbia, sophrosyne-hybris*, que conforma *la textura viviente* del ser del hombre. Y muestra, también, el inevitable carácter *fragmentario* de la experiencia humana, las decisiones humanas que se toman dentro de ella y los juicios que sobre ella se pronuncian.

En un sentido –en el texto de Antígona– todo el drama de la condición del hombre se juega en *la opción siempre abierta* para que cada hombre pueda *sostener* una *mirada intensamente interior* o bien una *mirada* que el hombre ha decidido que sea *solamente exterior*.

Sófocles *muestra* cómo es posible para cualquier hombre que invoque una pretendida sabiduría abocada sólo *a lo inmediato* alcanzar la mayor *oclusión* de la

6 Ver Disandro, C. A. *Filología y Teología*. Ob. cit., 41.

mirada y así, entonces, estar *abierta sólo a todo lo que se ve inmediatamente* en su peculiar crispación unilateral. *Ver lo que se ve*, sí, pero sin ningún *trasfondo interior*.

Por medio de la operación de *esta mirada exterior* dos hombres llegan a la guerra *fratricida*. Este hecho y sus consecuencias en los hombres y en la *polis* hace que descienda la *hybris* y que su oscuridad temible caiga solidariamente sobre la muerte de los dos hermanos, y sobre la *polis* de Tebas.

Podemos preguntarnos: ¿cuáles son los *hechos*? Los *hechos* son que el cadáver de Polynikes yace *insepulto* fuera de los muros de la *polis*. Creonte ha emitido un decreto según el cual nadie en Tebas debe sepultarlo ni tampoco ofrecerle honores fúnebres de conciliación con los dioses infernales, y si alguien intentara hacerlo el decreto indica que éste debe ser ejecutado a muerte por desobedecer el decreto del rey. Hay que recordar que Creonte es *tío* de Polynikes.

Por su parte, Antígona ha decidido *llorar y enterrar* a su hermano con sus propias manos ya que éste –insepulto– será alimento de los perros o de las aves de carroña. Esta decisión en Antígona es *anterior* a las declaraciones de Ismena, quien *no sabe nada* de lo que ocurre pero *tampoco quiere saber*. Por su parte, Antígona en su decisión obedece la *ley universal de la piedad* –más allá de la pena de muerte que dicha decisión trae consigo– ya que declara que *morir* por esta causa será bello, *kalón moi touto poioúse thanéin*, y añade: ya que “amada reposaré junto a él, mi hermano entrañable, *piadosamente culpable* ante la ley humana” (v. 74). Antígona propone –a partir de la libre decisión que *ilumina* su *mirada interior*– un *kalós thanéin*, un *morir bello*. Un acto de *morir* que a causa de su *mirada interior* y de su decisión libre impone condiciones absolutas y que, entonces, *trasciende* su muerte hacia una *lumbre inesperada* para el conflicto entre Creonte y Antígona.

Hay que subrayar la peculiar nitidez con la que Sófocles presenta poéticamente el conflicto: Creonte enuncia un *discurso* en el que Eteocles debe recibir honras fúnebres y ser enterrado dentro de los límites de su *polis*, Tebas y, en cambio, Polynikes –su hermano– a causa de su injusticia gravísima contra la misma *polis* de Tebas, llevando la guerra contra sus conciudadanos, *debe ser deshonorado* y, así, permanecer *insepulto*.

Ahora bien, el *itinerario trágico* del conflicto se inicia con la llegada de un guardián que anuncia que el cadáver de Polynikes ha sido *piadosamente* cubierto de polvo y que, así, el cuerpo permanece intacto sin ser desgarrado por perros o por aves.

Una decisión libre de una persona ha cambiado el curso de los acontecimientos establecido políticamente por Creonte.

Como consecuencia de este gesto deliberado, quizá Polynikes *reposa* ya en el reino de los muertos. El decreto de Creonte ha sido desobedecido.

El relato trágico de Sófocles hace que el corifeo –presa de un religioso temor– suponga y exprese en el lenguaje que en todo *podría* darse algún tipo de intervención divina (v. 278). Todo esto ocurre en un *silencio* que las palabras hacen más denso aún por la profundidad de una pregunta propuesta *a media voz*: “¿y si en todo esto hubiera un *designio sagrado*?”

Es aquí, precisamente, donde se revela el pensamiento profundo de Creonte que *rechaza* toda posible *dimensión divina* en el acto humano que concreta la desobediencia a su *decreto*; más aún: Creonte *cuestiona* la iniciativa propia del orden

divino en lo concreto de una historia que contraría directamente su voluntad política. Así, responde: “*Dices cosas intolerables cuando afirmas que los dioses (daímonas) ejercen su providencia –iskhein prónonian– acerca de este cadáver. Pues cómo para honrarlo habrían de sustraerlo, a éste (Polynikes) que venía a incendiar las columnatas de sus templos y a devastar sus ritos, su tierra y sus leyes. ¿Cuándo has visto que los dioses honran a los malvados? No es posible –ouk éstin–*”.

El filólogo discierne en el discurso del hombre político un doble abismo de *hybris*: Creonte *niega* a los dioses el ejercicio de *una justicia* que se realiza en un nivel *incomprensible* para los hombres pero que, precisamente por esto, es *más justa*. Creonte *niega*, además, que puedan existir *otros móviles humanos* que no sean los del *dinero* entendido aquí como *soborno*. Ya que la sospecha que abriga el rey es que el guardián *se ha vendido*.

En la profundidad de esta doble *hybris* frente a *lo divino* y *lo humano* hay no sólo *impiedad religiosa* sino, además, la letal y característica *homo-mensura* de la sofística política. En efecto, Creonte *juzga y restringe* el misterio de los designios divinos y los declara *inaceptables*; del mismo modo que *juzga y restringe* los móviles humanos –en el caso de la desobediencia a su decreto– y *los reduce* a la única dimensión del *dinero ilícito del soborno*.

La *mirada exterior* de Creonte establece y señala *un desierto* donde lo único que permanece es su *mirada exterior* y *el juicio* que sobre dioses y hombres él sostiene. Creonte, el *hombre político*, se constituye, entonces, en *la medida de todas las cosas*. Creonte es *la medida* de los dioses celestes –ahora *sin interioridad misteriosa*– en su insondable justicia para el juicio de algunos hombres. Por medio de esta *reducción* que introduce *la hybris* del rey, los dioses *se reducen* ahora a *la medida de Creonte* y la de su mirada.

Por otra parte, los hombres, *privados* por Creonte –en su juicio sobre ellos– de toda *mirada interior*, *son como Creonte*.

En suma, esta mirada –que se nutre de la *hybris* y realiza la *hybris*– es la que *ha cegado* definitivamente a Creonte⁷. Esta mirada es peculiar *no por defecto* sino a causa de una *decisión* completamente deliberada: *no ver* –en las condiciones precisas de una *restricción espiritual* determinada– y, así, desencadenar el *iter* trágico que lleva a la muerte horrenda de Antígona, la cual, a su vez, hiere sin término a Creonte, porque, sin poder imaginarlo, arrastra impensadamente a su propio hijo a la muerte cuando éste, libremente, decide que va a *morir –por amor–* junto con Antígona.

Es desde este trasfondo inmenso como conviene *releer y escuchar* el primer *estásimon* o canto coral de la tragedia Antígona:

(estr. 1) *Muchas cosas terribles se yerguen,
y nada más terrible que el hombre.*

*Este terrible transita el espumoso mar
con el tormentoso viento del invierno*

7 *Ibidem*, 46-48.

*cruzando por encima de las honduras,
o las crestas de las olas. A la tierra,
inmortal, sublime entre todas las deidades,
inexhaustible, la explota, rigiendo, año tras año,
con el vigor de los caballos, el retorno
incesante del arado.*

(antiestr.) *Y a las crías de los pájaros, de índole
ligera, los persigue con sus trampas, a los
pueblos de las bestias de los bosques,
a la salada fauna del ponto, con sus redes
de múltiples repliegues, el hombre
de astucias incontables.*

*Domina con sus aprestos el andar
en los montes de la bestia criada en la maraña;
doma el caballo de crinado cuello,
montándolo sobre el lomo, y el toro montañés
en el vigor de su fuerza.*

(estr. 2) *Y el lenguaje y el pensamiento
que es un soplo y un vínculo de la ley
en las ciudades se ha enseñado; y a rehuir
los dardos del inhóspito frío
bajo un nítido cielo, los dardos
de la lluvia penetrante.
Con recursos para todo, no enfrenta
lo imprevisto sin medios.*

*Sólo no consigue auxilio
para escapar a la morada de los muertos,
aunque ha sabido discurrir en común
cómo librarse de las enfermedades terribles.*

(antiestr. 2) *Dotado de una cierta destreza,
el manejar artificios más allá de lo esperado,
se esfuerza unas veces hacia lo malo,
otras hacia lo bueno,
entrelazando las leyes de la tierra
y la justicia según juramento de los dioses;
el más eminente en la ciudad, o despojado
de su vida ciudadana, si es que en virtud
de su osadía le acontece realizar algo no bello
que no se siente en mi hogar, ni comparta mis afectos
quien tales cosas practica.*

“Lleno estoy de dudas ante este prodigio, cosa de los dioses. ¿Cómo si lo estoy viendo podría negar que ésta es la joven Antígona? ¡Oh, desdichada hija de un padre desdichado, de Edipo! ¿Qué, entonces? ¿No te traen acaso por infringir las leyes del rey, sorprendida en tu locura?”⁸.

El coro se abre con la sorprendente afirmación –que conviene no lenificar–: “*Muchas cosas terribles se yerguen, y ninguna más terrible que el hombre*”. Los dos términos griegos sobre los cuales hay que prestar una atención especial son “*deinón*” y el verbo “*pelei*”.

“*Deinón*”⁹ suele traducirse por *maravilloso* o *admirable*, con registros actuales en diversas lenguas modernas¹⁰. Este hecho *distrae* nuestra atención del sesgo hondamente *trágico* que quiere manifestar Sófocles en la *confrontación* entre Creonte y Antígona que se anuncia como inminente. En la lectura y traducción que *ignora lo trágico*, el hombre se propone –a favor de su notable ingenio– como el ser que *corona* una escala de lo *maravilloso* o *admirable* y que merece solamente el reconocimiento y la exaltación en un canto que celebra sus numerosos méritos.

Si esto fuera así, no se entiende la densa expresión de Antígona cuando declara su voluntad de sepultar a su hermano muy querido, Polynikes –muerto y abandonado fuera de la ciudad–, cuando dice a Ismena: “*Déjame, deja que mi entrañable decisión (autognôtos, v. 875) padezca este ‘deinón’ [es decir: esto terrible] morir por enterrar a mi hermano*”.

Este acto para Antígona es *kalôs thanein*, un *morir bello*. En esta luz, precisamente, se entiende ahora la expresión de Sófocles: *patheîn to deinón toûto*, culminar la propia existencia por una experiencia de *lo terrible*, no de *lo maravilloso*.

El punto es importante y consiste en advertir el *tránsito* de la experiencia y el contenido de *lo terrible* hacia el *ser-terrible: deinón*. Se trata de un itinerario de la dimensión de lo ético de una acción hacia la dimensión *physica* u *ontológico-antropológica* del hombre como *ser-terrible*.

Hasta aquí la consideración que concierne al término *deinón*, con el significado de *terrible* aplicado en modo superlativo al hombre como *acmé* de todas las cosas que en la realidad cosmológica, efectivamente, son *deiná*, terribles.

Nuestra atención debe trasladarse ahora hacia el verbo que utiliza Sófocles: *pélo*.

El poeta trágico no dice *ésti*, y con esta decisión semántica abre un horizonte de sentido diverso al parmenídeo, explícito en su célebre poema ontológico. En efecto, el texto sofocleo escoge el verbo *pélo*, el cual, ciertamente, significa ser pero *no* dentro de la connotación de *einai* del Eleata: el ser *objetivo, diáfano, fundante*

8 La traducción del texto magnífico de Sófocles pertenece a Disandro, C. A. Ob. cit., 48-49-50.

9 Ver Bailly, A. (1950). *Dictionnaire de la Langue Grecque*, seizième édition. Paris. Hachette, 439, respecto de *deinós*, así como *deinótes*, donde aparecen junto con los rasgos humanos de *habilidad e ingeniosidad*, propios de la inteligencia práctica confrontada con los problemas y las necesidades de la realidad más inmediata para el hombre, la *terribilidad* del ser de determinadas realidades cósmicas y, sobre todo, del ser del hombre y de un orden de ciertas acciones humanas que justifican, precisamente, el que haya *tragedia* y *necesidad trágica* en la experiencia de algunas acciones humanas en el tiempo cronológico, constituyendo así verdaderos ciclos.

10 Ver Sófocles. *Antígona*, traducción del Prof. Ignacio Granero (2010). Buenos Aires. Eudeba.

en sentido absoluto y eterno, sino que aquí se trata de *ser* en cuanto manifestación de una *fuerza propia*, como se percibe claramente en el caso de la *fuerza del viento* en el mar o bien la fuerza –que también se mide sobre una escala– que manifiesta la tempestad.

Hay que subrayar que Sófocles no describe al hombre como una entidad en armonía solidaria y constante con la *physis* entendida como el *cosmos*, sino como una *fuerza terrible y contrastante*¹¹. En efecto, la *fuerza* contrastante que el hombre es puede manifestarse como una *hybris*, una *desmesura*, una *desarmonía*, una *fuerza que se manifiesta, se afirma y se extiende* con las características de lo que es *deinón*, terrible, no maravilloso o admirable sobre la naturaleza.

Así, entonces, el *iter* trágico de Sófocles está destinado a mostrar la *deinótes*, la *terribilidad* del hombre no sólo en su acción respecto al orden de la *physis* visible, a lo que se denomina *cosmos* sino, también, en su acción dirigida a *los otros hombres*, teniendo a los dioses eternos, a “*los que siempre son*”, como testigos. Esto explica la atención concedida a la peculiar *deinótes*, es decir, la *terribilidad* que atraviesa el decurso de las acciones de la estirpe de los Labdácidas, precisamente en el último lapso de su destrucción¹².

Resumiendo drásticamente: el primer *estásimon* de *Antígona* señala –según la primera afirmación del coro– el carácter evidente de *deinón*, terrible, que es propio del *cosmos* a través de la conocida manifestación de sus *fuerzas destructoras*, lo que puede pensarse como *meteora*; sin embargo, Sófocles declara que *nada* es más terrible que *el ser* del hombre. En esa *terribilidad* se despliega, precisamente, el *dominio* del hombre sobre el *cosmos* y *los seres vivientes* (la *physis*).

En todo caso, es posible afirmar con Sófocles que el hombre es *deinón*, es decir: terrible, con la naturaleza; pero el mismo Sófocles enseña que *nada hay más terrible que el hombre con el hombre*.

Finalmente, se podrían discernir cuatro niveles de *terribilidad* (*deinón*): (1) la que habita el *cosmos* a través de sus fuerzas contrapuestas y diversas, por ejemplo: la tempestad ; (2) la que procede del *dominio del hombre* sobre la *physis*, la naturaleza; (3) la que se instala en el *corazón de los hombres contra los hombres*, la *terribilidad de la historia propiamente dicha*, que Sófocles propone en el ciclo de los Labdácidas hasta la extinción que comporta la muerte de *Antígona*; y (4) habría un nivel de *terribilidad de los hombres contra los dioses* y éste corresponde a *deinón* en la palabra y el pensamiento humanos.

En suma, hay un *deinón physico* del hombre en el conjunto de fuerzas que a partir de sí mismo el hombre despliega sobre la naturaleza; y hay un *deinón ético-religioso* a través de la tendencia hacia la rectitud o hacia la malicia¹³.

La meditación de Sófocles en el primer *estásimon* es *ontológica*, no moral; manifiesta el *ser del hombre*, no la validez de sus acciones¹⁴.

Finalmente, la *lectio poética* de Sófocles es haber conjugado a través de su obra

11 Ver Disandro, C. A. *Filología y Teología*. Ob. cit., 54.

12 *Ibidem*, p. 55.

13 *Ibidem*, 60.

14 *Ibidem*, 61.

Antígona, *tò deinón*, lo terrible, con *tò deilón*, el abismo dramático de *la indigencia* que abre un mundo titánico y tantálico¹⁵.

3. La meditación de Günther Anders sobre el mundo que se convierte en tecnológico

En el prólogo a la 5ª edición de su obra, *Die Antiquiertheit des Menschen*¹⁶, Günther Anders señala el contenido de *tres tesis* que mantienen una peculiar actualidad: (1) *no estamos a la altura de la perfección de nuestros productos* –se entiende aquí *productos tecno-científicos*–; (2) *producimos más de lo que podemos imaginar y tolerar*; (3) *creemos que lo que podemos hacer [...] debemos hacerlo*¹⁷ inmediatamente.

Anders realiza varias advertencias destinadas a sus eventuales lectores. La *primera* de ellas se refiere al carácter peculiar de su reflexión que él denomina *filosofía coyuntural* [*Gelegenheitsphilosophie*]. En efecto, el autor declara que los textos que siguen a la Introducción de su obra citada, en dos Volúmenes, *no son* ensayos literarios ni análisis filosóficos en el sentido académico habitual. Se trata –insiste el estudioso– “de una manera de filosofar que tiene por tema la *situación actual*, pero no sólo como *objeto*, ya que lo que pone en marcha realmente a este filosofar es el *carácter opaco e inquietante* de los elementos característicos de nuestro mundo actual”¹⁸.

La *segunda* advertencia, en cierto modo, procede de la primera. En efecto, dado el carácter *obligado* –*musts*– que presentan *ciertos productos* de nuestro mundo tecnológico contemporáneo, es posible hacer, por lo menos, *dos lecturas* respecto de esta *obligatoriedad* peculiar de determinados productos. Por una parte, *musts* se puede entender en el sentido de que tales productos son *obligados* y esto quiere decir, productos de *consumo obligado* en el mercado. Y, por otra parte, el carácter de obligatorio –*musts*– de determinados productos tecnológicos que son *un aparato*, hace que si uno de estos productos *faltara* de manera sistémica, en realidad, se pondría en crisis el *sistema de los aparatos*.

Anders ve, con razón, que en *un mundo de aparatos* no existen aparatos *aislados*. “Cada aparato singular es, a su vez, sólo una pieza del aparato, [...] sólo un fragmento en el sistema de los aparatos; un trozo que, en parte, *satisface necesidades* de otros aparatos y, en parte –con su propia existencia–, a su vez, *impone necesidades* a otros aparatos”. Afirmar que este *sistema de aparatos*, este *macro-aparato*, es un “*medio*”, que está ahí disponible para la libre fijación de una finalidad, carecería de sentido.

En efecto, lo que ocurre es que en esta visión el *sistema aparato* es *nuestro mundo*. Pero *mundo* es algo más que “*medio*”. “Categorialmente es otra cosa”¹⁹. La

15 *Ibidem*, 64.

16 Ver Anders, G. (2002). *Die Antiquiertheit des Menschen*. Ob. cit. Anders, G. *La obsolescencia del hombre*. Ob. cit., 13-15.

17 Ver Anders, G. *La obsolescencia del hombre*. Ob. cit. Prólogo a la 5ª edición, 13. En adelante, todas las citas se hacen partir de esta edición.

18 *Ibidem*, 25.

19 *Ibidem*, 20.

suma de cada una de las exigencias señaladas hace que en el texto de Anders aparezca lo que él mismo denomina un “estilo inactual de exposición”²⁰.

Finalmente, conviene prestar atención a una observación que hace Anders y que presenta el mayor interés para nuestro tema. El autor declara “que hay fenómenos en los que no se puede evitar su *agudización y su amplificación*; [...] fenómenos que, por sustraerse a la simple mirada, se encuentran ante la alternativa: *ampliación o renuncia a conocer*. Microscopio o telescopio son dos ejemplos próximos y significativos que utiliza Anders para señalar lo que quiere decir”²¹.

Nuestro estudioso advierte que hay objetos cuya gravedad y consecuencias se presentan a la investigación de una manera *inaparente* o bien *poco clara a simple vista* y, por tanto, requieren un cierto *dispositivo* que articule y guíe su consideración. Esto precisamente ha quedado reflejado en el subtítulo –modificado– de la obra citada de Anders que éste recoge y expresa en su *Introducción*. En el subtítulo de la obra, en la portada se lee: “*Sobre el alma en la época de la segunda revolución industrial*” y el mismo autor estima –después de varias ediciones– que sería más exacto escribir: “*Sobre las metamorfosis del alma en la época de la segunda revolución industrial*”²².

Ahora bien, el signo que atraviesa las *metamorfosis* que experimenta el alma en la época de la segunda revolución industrial es *característico*, se trata de nuestra *relativa imposibilidad* para estar *continua y completamente actualizados* (*up to date*) respecto de nuestra propia producción en cuando agentes tecnológicos. Esto trae consigo experimentar la *disimetría* entre la necesidad de *seguir el ritmo* de la transformación que se impone a los productos en circulación y utilización tecnológica de última generación y nuestra propia capacidad de *asimilación y empleo*.

Con otra mirada no menos real –sostiene Anders–, la *pasión y libertad prometeicas* que llevan a producir siempre *algo nuevo* generan un peculiar *desnivel prometeico* que ha sido oportunamente advertido y diversamente interpretado a través de múltiples instancias de adaptación-desadaptación en la relación entre nuestro cuerpo y los aparatos tecnológicos que estamos en condiciones de producir, los cuales podrían promover un estado de *peculiar aporía* por efecto de la sobre-información recibida en tiempo real²³.

En este punto preciso, Anders avanza una idea importante: el proceso por medio del cual se instalan productos tecnológicos más complejos y más refinados que ingresan rápidamente en una cadena de reemplazos sucesivos en plazos cada vez más cortos, *presupone* una enorme *plasticidad* en el hombre que consume dichos productos. Pero la cuestión decisiva aquí es si esta *plasticidad humana* puede ser manipulada *ad libitum*²⁴ y esto implica la cuestión de saber *si el hombre puede ser remodelado* también *ad libitum*.

20 *Ibidem*, 25.

21 *Ibidem*, 30.

22 *Ibidem*, 31.

23 *Ibidem*, 32.

24 *Ibidem*, 33.

Por otra parte, esta cuestión no concierne, ante todo, a una crítica epistemológica de los límites de su razón sino que, más bien, comporta una crítica de los límites del hombre, esto es: de todas sus capacidades.

Esta es, precisamente, la tarea crítica que nuestro autor quiso mostrar como una posibilidad en el análisis filosófico desde su peculiar aproximación.

3.1. Acerca del pasaje del orgullo prometeico a la vergüenza prometeica

Parece que lo que puede ser denominado *orgullo prometeico* nace de una forma especial de la *obstinación* que consiste –a través de la historia– en el rechazo y la negación de ser deudor de algo ante alguien. En el límite, esta pretensión resulta finalmente incompleta en términos absolutos, ya que el sujeto de este peculiar orgullo se ve forzado a reconocer que, en todo caso, este débito necesariamente tendría que estar referido, ante todo, a sí mismo.

Habría que dar un paso más –según Anders– a fin de hacer explícito el rechazo sistemático al *natum esse*, al ser nacido naturalmente, al hecho de que procedemos de otros seres.

Nuestro autor recuerda que el peculiar *descrédito* en el que se hace caer la realidad del *natum esse*, el ser nacido, tuvo históricamente una connotación sociológico-política en el sentido del “alto nacimiento” que garantizaba –dentro de una determinada organización histórico-social-política– todos los privilegios; mientras que, por otra parte, el “bajo nacimiento” –en la misma organización– era fuente segura de ausencia de derechos.

Por su parte, la filosofía reaccionó contra este estado de cosas proponiendo la realidad de un hombre *auto-hecho*, no ciertamente en el sentido biotecnológico sino moral-político, es decir: la realidad del hombre autónomo que se corresponde con la de ciudadano, a quien se le han reconocido derechos y obligaciones fundamentales en un Estado.

Anders señala que la significativa ausencia de una filosofía de la naturaleza en Fichte procede del rechazo formal al *natum esse*. Y nuestro estudioso recuerda que Schelling sostiene que “la vanidad del hombre se opone a la procedencia desde el fundamento”.

Heidegger, por su parte, en su consideración del *Dasein* (el hombre) como ser “arrojado”, protesta no sólo contra el origen sobrenatural del hombre (Dios) sino, también, contra el haber sido engendrado, esto es, contra su origen natural según la biología humana²⁵.

El correlato histórico social-político de esta determinación filosófica fue la actitud dícimonónica del conocido *selfmade man*, que orientó una promoción del hom-

25 Toda esta importante consideración procede de Anders, G. *La obsolescencia del hombre*. Ob. cit., 40, en la valiosa nota 1. Ver, además, Anders, G. “On the Pseudo-Concreteness of Heiggers’s Philosophy”. En *Philosophy and Phenomenological Research*. Vol. VIII, N° 3, 337 y sigs. En Heidegger, el hacerse a sí mismo, la transformación del *Dasein* en existencia, ha perdido su sentido político. Y no es una casualidad que –al menos en la época de *Ser y Tiempo*– su pensamiento no muestre ningún interés por una filosofía de la naturaleza, como tampoco fue el caso en Fichte.

bre en el orden social-económico tal que este hombre pudiera ser capaz de *crear* su propia riqueza o la excelencia de su posición social *sólo a partir de sí mismo, su actividad y sus méritos*, sin recibir ni esperar nada de su nacimiento.

Pero los griegos —*expertos en el corazón humano*— señalaron ya en el momento prerrogativo del pensamiento trágico que, en ciertas ocasiones, un hombre puede hallarse ante el logro de *una gran victoria*, e inesperadamente ese mismo hombre experimenta que es incapaz de poderla *digerir* y, consecuentemente, *asimilar*. Análogamente, en nuestra perspectiva actual se podría pensar que el *triunfo de Prometeo* —en ciertos aspectos— resulta *demasiado triunfal*, en el sentido de que vista su posición humana ante la realidad y, por otro lado, vista *la excelencia creciente* de sus productos tecnológicos, el hombre ha ido pasando desde el *orgullo prometeico* hacia la *vergüenza prometeica*, en cuanto ha comenzado a experimentar —en medio de un elenco indefinidamente abierto de nuevos productos tecnológicos— la acuciante y siempre actual pregunta: *¿quién soy yo?*²⁶.

Esta profunda *alteración* en el *ser* del hombre —sostiene Anders— corresponde al estatuto del hombre que puede experimentarse amedrentado y aun disminuido por *la superioridad y el poder* de determinados productos o instrumentos tecnológicos a partir de sus respectivas *performances* y que, en consecuencia, este hombre puede *desertar* y pasar al campo del sistema de valores de los instrumentos tecnológicos señalados.

Se trata de una *desertificación del orden de lo humano del hombre*, quien se experimenta a sí mismo subordinado al *orden de la eficacia de aquellos instrumentos que el mismo hombre produce*. Así, entonces, el hombre que en principio se reconoce a sí mismo como *faber* respecto de su *tecnomundo*, descubre la que Anders llama “*Dingscham*”, la *vergüenza de no ser* —en sus operaciones— tan perfecto o eficaz como lo son sus productos tecnológicos²⁷. Este estado espiritual y el proceso que comporta se ha conocido como *Verdinglichung*, traducido habitualmente al español como *reificación* y, recientemente, como *cosificación del hombre* aunque con idéntico significado antropológico. Se trata de la *peculiar vergüenza* que el hombre puede experimentar ante el rendimiento sobresaliente e inalcanzable para él de aquellas *cosas técnicas* que él mismo produce.

Un ejemplo todavía vigente puede aclarar el sentido de esta *vergüenza prometeica*. Para algunas personas, hoy, su propio cuerpo puede ser motivo de vergüenza porque su cuerpo no ha sido *re-hecho tecnológicamente* en algún sentido —*enhancement*— de algún mejoramiento posible y, de este modo, no puede alcanzar el estatuto de *exhibit* característico de una cierta cultura actual.

Escribe Anders: “Es innegable que, en cuanto a *fuerza, velocidad y precisión*, el hombre *es inferior a sus aparatos*, como también es cierto que algunos de sus logros intelectuales, comparados con sus *máquinas*, quedan mal parados”²⁸.

26 Ver G. Anders, G. Ob. cit., 41.

27 Ibidem, 45-46; además del peculiar sentimiento de *auto-humillación* que el hombre vive ante la creciente perfección de los productos tecnológicos de su creación y la relación profunda de éstos y el hombre con el fenómeno ontológico de la *idolatría*, que subraya Anders.

28 Ibidem, 47.

La idea que subyace a esta concepción se halla adecuadamente expresada en la expresión de un oficial instructor de vuelo norteamericano, quien explicaba a sus cadetes que el hombre, tal como ha sido creado por la naturaleza, es una *faulty construction*, una construcción fallida²⁹.

Sin embargo –según Anders– es más y más grave aún. Hay una fuente de *vergüenza prometeica* que no consiste en el hecho del *ser* del hombre como un *aparato junto a otros aparatos*, sino en el *ser* del hombre como *aparato para los aparatos*³⁰.

Si ahora recordamos la expresión verbal del citado instructor de vuelo y la pasamos por la situación límite e ideal de *Ícaro*, habría que concluir que “*Ícaro no cae –hoy– porque fallen las alas de cera, sino porque Ícaro es quien falla. En efecto, si Ícaro –como un lastre– pudiera desprenderse de sí mismo, las alas podrían conquistar el cielo*”³¹.

El hecho que trae consigo el desarrollo perfectivo de los nuevos aparatos tecnológicos subraya –cada vez más intensamente– la *disimetría* existente entre el hombre concebido como *una criatura* y los *instrumentos tecnológicos*, esto es: *un aparato* en cada caso, que él mismo produce ininterrumpidamente.

De allí, el hecho de que este hombre –que padece este peculiar *desnivel prometeico*– intente seriamente una *imitatio instrumentorum*. Esta *imitación* comporta una *auto-reforma del hombre* a fin de reducir a un mínimo aceptable la *disfunción humana*, lo que se ha denominado *the human factor*, entendido como el *factor de error, obstáculo, distorsión en la performance* de un dispositivo tecnológico de alta complejidad en este nuevo *ser hombre-para los aparatos*³².

Anders sostiene que el proyecto de la *Human Engineering*, es decir, una peculiar ingeniería aplicada al hombre en el sentido más amplio posible, no está preocupada por *discernir y estudiar* lo que en el hombre es su *physis*, su *naturaleza* (sus estructuras y sus dinamismos propios), sino en conocer *cuáles son* –en su naturaleza humana– *los umbrales de posibilidad e inestabilidad* hacia los cuales su naturaleza humana puede ser *distendida* para verificar niveles a los cuales puede ser sometido el hombre, y así –mediante un adiestramiento adecuado– *desplazar los límites* de su naturaleza humana en su relación con los nuevos aparatos tecnológicos.

En términos bien conocidos filosóficamente –aplicados ahora al cuerpo humano y la situación que promueve la hiperproducción de instrumentos tecnológicos y la evaluación de sus respectivas *performances* en un *ser del hombre-para los aparatos*– se dirá: *no basta con pensar el ser del hombre, especialmente su cuerpo, sino que ambos deben ser transformados* en su nueva relación de *ser-para-los aparatos* y sus *promesas*³³.

29 *Ibidem*. Ver la referencia de Jungk, R. *Die Zukunft hat schon begonnen*. Cap. II. En resumen, se trata de admitir que puesto que el hombre funciona en su conducta tecnológica de una manera poco segura, su intervención en los procedimientos de una máquina de vuelo extremadamente perfecta es fuente probable de errores graves y en algunos casos –desdichados– causa de catástrofe en materiales y personas.

30 Ver Anders, G. *Ob. cit.*, 48.

31 *Ibidem*, 50.

32 *Ibidem*, 52.

33 *Ibidem*, 54.

4. La tecnología actual. Esperanzas y riesgos

Con el título de uno de los puntos del artículo del Prof. Murillo intentamos recoger sus afirmaciones más estimulantes en relación con nuestro tema³⁴. El estudio español indica –en su Introducción– que se propone ofrecer “tan sólo algunas reflexiones generales sobre el tema de la tecnología”³⁵; en tal sentido advierte que “buena parte de las ideas” que propone se hallan inspiradas en su querido Maestro Leonardo Polo.

La pregunta guía de este importante artículo es simple en su enunciación pero de una enorme densidad en el itinerario de su respuesta, y es ésta: “¿Qué es la tecnología? ¿Cuál es y cuál debe ser su lugar en la vida del hombre?”³⁶. El conocimiento que se pueda alcanzar sobre la *tecnología* –dado el carácter central que ésta ocupa en la vida humana hoy– condiciona el grado de libertad que podamos tener ante ella. Sólo somos libres ante aquello que, efectivamente, hemos podido conocer. Y este conocimiento es, necesariamente, filosófico.

Entre las *visiones* disponibles sobre el proyecto tecnológico desarrollado en la segunda mitad del siglo XX, hay que mencionar la que corresponde a la *inteligencia artificial*. Esta visión fue presentada por Edward Fredkin, especialista en ingeniería electrónica y hacia comienzos de los noventa gerente del Laboratorio de Inteligencia Artificial del MIT. En una entrevista en televisión, en la cadena de la BBC, decía:

“Hay tres acontecimientos en la historia. Uno, la creación del universo. Otro, la aparición de la vida. El tercero, que creo de igual importancia, es la aparición de la inteligencia artificial. Ésta es una forma de vida muy diferente, y tiene posibilidades de crecimiento intelectual difíciles de imaginar. Estas máquinas evolucionarán: algunos computadores inteligentes diseñarán otros, y se harán más inteligentes y más inteligentes. La cuestión es *dónde quedamos nosotros*. Es bastante complicado imaginar una máquina millones de veces más inteligente que la persona más inteligente y que, sin embargo, siga siendo nuestra esclava y haga lo que queramos. Puede ser que condesciendan a hablarnos, puede ser que jueguen a cosas que nos gusten, puede ser que nos tengan como mascotas”³⁷.

34 Ver Murillo, J. I. (2012). *Producción, naturaleza y persona: construcción de un mundo para el hombre*. Ob. cit., 74-87.

35 Más referencias pueden hallarse en Murillo, J. I. (1996). “La teoría de la cultura de Leonardo Polo”. En *Anuario Filosófico*, 29, 851-857.

36 Ver Murillo, J. I. (2012). *Producción, naturaleza y persona...* Ob. cit., 76.

37 Ver Fredkin, E. (1996). “Better Mind the Computer”. BBC TV, citado por Copeland, J. *Inteligencia artificial*. Madrid. Alianza Editorial. Las cursivas en el texto son nuestras.

Adviértase, en este punto, *la coincidencia fundamental* con el diagnóstico propuesto por Günther Anders, expuesto aquí por nosotros en lo esencial: la cuestión de la revolución tecnológica informática en curso es, precisamente, la del *lugar del hombre* en el desarrollo de las *performances* de la tecnología. En suma, la pregunta puede ser formulada en otros términos convergentes con la enunciación anterior: *¿cuál es el futuro del hombre* a partir de esta creación tecnológica suya? En qué medida, entonces, en la curva perfecta de las *prestaciones* de esta tecnología el hombre *pasa* a ser un *obstáculo*, una *fuentes de errores*, una *construcción defectuosa*, además complicada con el impacto y las consecuencias de sus *emociones*, sus *memorias* y sus *pasiones*.

La otra visión respecto de la tecnología en curso que recoge Murillo corresponde al filósofo alemán, Peter Sloterdijk, en su conferencia: “Normas para el Parque Humano, respuesta a la carta sobre el Humanismo”³⁸. Allí el autor se pregunta por nuestros problemas actuales y cómo podríamos remediarlos.

Para Sloterdijk, “la cultura humanista moderna, basada en el libro y en una educación monopolizada por el sacerdote y el maestro, que ha regido hasta nuestros días y que continúa siendo el ideal de muchos, ha perdido definitivamente su capacidad para modelar al hombre”³⁹.

Así, el citado filósofo entiende que un rostro de la crisis de la educación *humanista* consiste en que esta educación no garantiza necesariamente sus objetivos. “Y para Sloterdijk el procedimiento de la formación del hombre es hoy aún más ineficaz que antes”⁴⁰.

La propuesta de Sloterdijk apunta al desarrollo de la biotecnología como una alternativa válida. Por este medio –sostiene el filósofo germano– sería posible alentar la esperanza de *mejorar al hombre y adaptarlo a la realidad modificando la primera naturaleza, la biológica, sin tener que esperar a la cultura*⁴¹.

La idea de Sloterdijk consiste en sostener que *hasta ahora* la selección de los caracteres humanos ha sido realizada por medio de la *segunda naturaleza* configurada por *la educación, las normas sociales, es decir: por la sociedad y la cultura*; en el futuro dicha selección deberá estar en manos de una “*antropotecnología* a través de una *selección prenatal* y mediante una *planificación de aquellos caracteres que deben dominar en la especie*”⁴².

Ahora bien, para realizar esta empresa, Sloterdijk piensa que la humanidad deberá redactar un código *antropotécnico* y señala que a partir de éste instrumento deberá surgir una *nueva ética* que sustituya la actual que –según el filósofo citado– resulta inoperante. En todo caso, Sloterdijk declara que las decisiones en esta mate-

38 Ver Murillo, J. I. *Producción, naturaleza y persona...* Ob. cit., p. 76, n 3. Allí se nos informa que esta conferencia fue pronunciada en el castillo de Elmau, en Baviera, el 17 de julio de 1979, en el marco de unos encuentros que llevaban por título: “La filosofía del final de siglo”. El texto de la conferencia citada fue publicado *Die Zeit*, el 10 de septiembre de 1999. Y Murillo declara que la prensa española se hizo eco de ese texto.

39 Ver Murillo, J. I. Ob. cit., 76. Ver, además, Peter Sloterdijk, P. (2000). *Reglas para el parque humano*. Madrid. Ediciones Siruela.

40 Ver Murillo, J. I. Ob. cit., 77.

41 Ídem.

42 Ídem.

ria han de ser tomadas de una *manera democrática* a fin de evitar que el proceso no sea *el resultado exclusivo* de la decisión y la operación de *los expertos y los técnicos*, sino que proceda de *la mayoría más amplia y diversa posible*, ya que se trata de proponer una *idea del hombre*, de aquello que *nos parece lo mejor, lo más correcto* y, en consecuencia, se trata de *reformular al ser humano* para el futuro⁴³.

En realidad, habría que decir que *este nuevo ser humano* -con las características señaladas- ha de ser *producido tecnológicamente*.

En el debate que siguió a la mencionada conferencia de Sloterdijk intervinieron -para *oponerse y fundamentar su desacuerdo*- personalidades intelectuales de enorme prestigio y reconocimiento en la cultura filosófica actual, como Jürgen Habermas y Robert Spaemann.

La línea de pensamiento *antropotecnológico* que propone emplear nuestros recursos tecnológicos a fin de *mejorar al ser humano* o, sin más, *modificarlo* para convertirlo en *algo mejor* está presente y activa⁴⁴. Entre los que sostienen esta posición se hallan quienes adhieren al movimiento *transhumanista*, es decir: el ámbito de pensamiento que afirma que es necesario emplear todos nuestros conocimientos teóricos y todos nuestros recursos tecnológicos -entre los que se mencionan la biomedicina y la ingeniería (en su sentido más amplio)- en niveles de aplicación convergentes.

La idea aquí consiste en *mejorar* el ser humano hacia la adquisición de un estatus *transhumano* como una plataforma idónea para acceder a un *futuro posthumano*. Éste deberá alcanzar aquellas condiciones de *performance* que permitan *superar los límites* que impone nuestra *condición humana actual*⁴⁵. Está claro que esta posición ha suscitado un importante debate -el cual continúa actualmente- y está claro, también, que en dicho debate aparece una importante *perspectiva crítica* desde el horizonte de la antropología filosófica actual aplicada al examen y a la discusión de esta cuestión decisiva⁴⁶.

El Prof. Murillo sostiene que el *hecho* de la *tecnología* -en realidad, el *hecho* de las diversas *tecnologías*- es el *hecho* de la *técnica científica* que modula de una manera evidente nuestro momento histórico en términos de *producto* hasta hacer de éste último una *obsesión*. En efecto, es preciso reconocer que se trata de la *obsesión generalizada* por el *producto* en los más diversos ámbitos de realización de la actividad humana y, especialmente, en el orden del pensamiento y la investigación científicos, incluidas las ciencias humanas y las sociales, la educación en todos sus niveles y modalidades y, en general, en la Cultura y las Artes.

43 Ídem.

44 Ídem.

45 En este punto Murillo, J. I., cita el trabajo de Bostrom, N. (2006). "A Short History of Transhumanist Thought". En *Analysis and Metaphysics*, 5, 63-95.

46 En este punto, Murillo señala que para *asomarse* a este debate conviene ver la obra de Julian Savulescu & Nick Bostrom (eds.) (2000). *Human Enhancement*. Oxford. Oxford University Press. En una perspectiva de estricta antropología filosófica pero con una muy importante información científica, ver la obra de Farisco, M. (2011). *Ancora Uomo. Natura umana e postumanesimo*. Milano. Vita e Pensiero, espec. Capitolo III. *Declinazione del postumanesimo*, 69-122; Capitolo IV, *Quale rapporto uomo-tecnica per un futuro dell'umanità?*, 123-162. Finalmente, en orden a una perspectiva crítica, ver en esta obra: Parte seconda. Capitolo V. *Analisi critica del postumano*, 165-192.

Ahora bien, esta obsesión por el *producto* es completamente *evitable* y, en consecuencia, también el *riesgo mayor* que trae consigo, esto es: *la producción de un mundo no-humano* en el que el hombre forme parte de un inmenso y complejo mecanismo, donde el hombre corra el riesgo de perder el don de su *preciosa libertad*. Escribe Murillo: “[...] en el siglo XX, la denominada civilización tecnológica ha hecho que los seres humanos parezcan *instrumentos subordinados a perpetuar un sistema*”. Pero y “¿el sistema a qué está dirigido?” Se responde: “En el mejor de los casos, como decían los *utilitaristas*, a conseguir la máxima felicidad para el número máximo de individuos”⁴⁷. Y Murillo señala –con razón– que si se toman las cifras en números globales *esto mismo resulta dudoso*⁴⁸. Los utilitaristas tienen su mirada puesta en *una ética centrada en el producto* y, en el límite, para ellos se trata de *producir un estado de cosas satisfactorio*.

La pregunta inevitable es “¿qué sentido tiene esto para aquella minoría que no puede disfrutar de los resultados de sus esfuerzos”⁴⁹. Pero, en todo caso, es más y más grave aún y debemos preguntar: “¿cabe producir la vida y la felicidad como producimos cualquier otra cosa”⁵⁰.

El *poder tecnológico* en su desarrollo actual no cesa de *crecer* y de *producir*; sin embargo, este hecho no evita que *el poder sea ambiguo*, es decir: que tanto pueda servir para hacer el bien cuanto el mal. Además, el estado actual del poder tecnológico está ligado a otro poder *igualmente ambiguo* que es el de las economías y sus complejas relaciones y, por otra parte, hay que señalar el estatuto particularmente *ambiguo* de las *sociedades civiles*, con un grado muy diverso de desarrollo y de consistencia en relación con *el examen y la crítica eficaz* del poder tecnológico y de su inevitable ambigüedad.

Por nuestra parte, señalamos que es preciso reconocer un hecho que conviene subrayar: la verdadera y la peligrosa *anemia* de nuestro tiempo no se halla en el orden de los *medios* y de los *dispositivos tecnológicos* sino en el *acto del pensamiento* capaz de *discernir* los verdaderos *finés del hombre* y, por extensión, *de la naturaleza* en la que el hombre se halla inserto como *responsable solidario*, él y sus generaciones futuras.

La *anemia* grave de la que hablamos aquí afecta, también, *la voluntad* capaz de llevar a cabo las realizaciones de los verdaderos *finés humanos*. Así, se sustituye este elemental acto ético –obrar el bien que es el fin en determinadas acciones humanas– por la simple *consulta al mercado de las opiniones* en curso, independientemente del hecho de su falsedad o aun de su contradicción. Más aún, se llega a creer que la mera *exhibición y eventual confrontación* de estas opiniones y *su expresión estadística* en términos de encuestas, establece –*eo ipso*– el discernimiento y la adhesión de la voluntad iluminada por la razón, de modo que *así* fuera posible *vivir la libertad y obrar lo bueno y lo justo*.

47 Ver Murillo, J. I. *Producción, naturaleza y persona...* Ob. cit., espec. 4. *Tecnología, naturaleza y persona*, 84.

48 Ídem.

49 Ídem.

50 Ídem.

La idea del hombre y correlativamente la idea de sus fines propios pueden parecer irremediabilmente abstractas para algunos y, en esta hipótesis, se indica *proponer indefinidamente su consideración y discusión* en los términos precisos de una antropología filosófica. Más aún, se juzga esta tarea como *inútil* frente a las *urgencias epocales* y no menos ante *las urgencias de cada día*.

La reflexión indispensable sobre el poder y los resultados de las tecnologías se ilumina con una luz preciosa cuando se recuerda la observación de Aristóteles sobre la *crematística*. En efecto, afirma el Estagirita que un hombre puede proponerse ganar y acumular dinero en el curso de su vida. Ahora bien –se pregunta el filósofo heleno–, ¿cuál es el *límite* en la acumulación del dinero y cómo esta acumulación perfecciona al hombre que realiza esta actividad?

La cuestión de la acumulación del dinero no es el dinero sino la de conocer cuáles son los *finés* a los que sirve dicha acumulación: ¿estos *finés* se corresponden con los de *la naturaleza del ser humano* y, por tanto, realizan su *felicidad o perfección propia*? (*Política*, IX, 1257 a 1 y sigs.).

Finalmente, el Prof. Murillo señala que en nuestro tiempo tecnológico, *obsedi-do* por el dispositivo de la *producción y el producto*, conviene recordar la exigencia indeclinable de la noción cristiana de *persona humana* y su connatural capacidad de *donación* recíproca, que es el fundamento de las relaciones humanas personales de la amistad privada y la amistad social-política⁵¹.

Es desde una *antropología y una ontología humana de la donación* como aparece una *felicidad* y, por tanto, una *perfección humana* que asume la *producción y el producto* como bienes *propriadamente humanos* porque están destinados a *dar-se, compartir-se* en la doble tarea de *promover el bien común* de los hombres y del ambiente en el que éstos viven.

En la lectura que efectúa el Prof. Murillo sobre la tecnología y el aumento ilimitado de las capacidades humanas, no hay *simplemente acumulación de un poder ambiguo* sino, ante todo, un movimiento que establece –aunque no siempre de una manera totalmente consciente– una *tangente* con lo que *trasciende infinitamente* al hombre en la cadena de fines concretos que éste fija y determina para sí mismo. En este punto preciso nos complace destacar que Murillo cita el bello texto de Ortega y Gasset: “[...] aunque nos encontremos en una situación de bienestar, podemos decir que no estamos satisfechos”⁵². Ahora bien, anota –con razón– el estudioso español: “[...] el crecimiento ilimitado de un animal sería monstruoso; en cambio, dicho crecimiento corresponde adecuadamente a la naturaleza del ser personal”⁵³.

Sólo la recuperación inteligible de la realidad y el valor inconmensurable de la *persona humana* podrán *re-ordenar* el dispositivo de *mediación indefinida* que establece la multiplicidad de tecnologías en curso y la peculiar *obsesión* desarrollada en este ámbito por la producción y los productos.

51 *Ibidem*, 86.

52 Ver Ortega y Gasset, J. (1982). *Meditación sobre la técnica y otros ensayos sobre ciencia y filosofía*. Madrid. Editorial Revista de Occidente, Alianza Editorial, 31 y sigs.

53 Ver Murillo, J. I. Ob. cit., 86.

5. La clave de la persona humana

Hay un hecho que merece destacarse en la complejidad de la situación intelectual contemporánea. Este hecho consiste, por un lado, en que los estudiosos y los especialistas admiten –de la manera más amplia– la importancia de la persona humana así como su valor y dignidad intangible mientras que, por otro lado, no pocos estudiosos y especialistas no se ponen de acuerdo sobre el contenido del *concepto de persona*⁵⁴.

Más allá del itinerario histórico e intelectual desarrollado recientemente sobre el *contenido* del concepto de *persona humana* y su confrontación con el impacto de los resultados de las biotecnologías médicas en curso, así como sus aplicaciones en el hombre, queremos recordar aquí la afirmación neta del prestigioso bioeticista argentino Roberto Andorno: “[...] hoy es urgente, quizá como nunca lo fue, interrogarse sobre *lo que es el hombre en tanto que sujeto, es decir, en tanto que persona humana*”⁵⁵.

Sin embargo, llevar adelante este propósito necesario tiene que asumir el carácter *inevitable y paradójico* de nuestro conocimiento hoy. En este sentido preciso y no siempre igualmente percibido, queremos citar –una vez más– las palabras ejemplares de Raúl Zurita⁵⁶: “[...] *no se trata de que sepamos menos sino de que nuestro conocimiento se ha transformado en un hecho plano, sin dimensiones*”, y añade: “[...] *independientes del destino humano, o por lo menos de su espesor significativo, tanto la investigación científica cuanto la creación artística se plantean [en no pocos casos] como terrenos neutrales, ajenos a la belleza o a la bondad, a la construcción o la destrucción, para entenderse solamente como método o lenguaje puro. No se hace ciencia en el sentido moderno de este término frente al olvido o la muerte, sólo se hace frente a sí misma*”⁵⁷.

La alternativa del pensar filosófico en relación con el *hombre* hoy parece consistir en la necesidad inaplazable de *elegir la realidad y el significado múltiplo* de *ser persona humana* con la totalidad de su riqueza, así como con la totalidad del contexto crítico que rodea hace años al concepto de persona humana y las consecuencias que se derivan de éste, o bien asistir al ya, hace años, visible y característico *eclipse de la persona* que comporta la reducción de su ser al estatuto de *cosa tecnocientífica*.

Es manifiesto que llevar adelante la opción por *la persona humana* en el seno del *orden tecnológico global* en curso parece exigir *ciertas operaciones*.

La primera de éstas es aquella sobre la que advierte Vittorio Possenti: “Sería digno del hombre *hacer una pausa, descender hacia sí mismo* y preguntarse qué

54 Recogemos aquí –con las exigencias de una *segunda mirada*– afirmaciones de nuestro artículo Padrón, H. J. (2003). “Por una bioética de la persona”. En *Seminarios de Filosofía. Ética. Fundamentos y cuestiones actuales. Coloquio Internacional*, Vol. 16, 257-273, espec. *Preliminar*, 257; 4. *La crisis de la bioética y la clave de la persona*, 265-273.

55 Ver Andorno, R. (1997). *La bioéthique et la dignité de la personne*. Paris. PUF, 14. (Las cursivas son nuestras).

56 Ver Zurita, R. “Prólogo”. En Roa, A. (1991). *La extraña figura antropológica del hombre hoy*. Santiago de Chile. Editorial Universitaria, 9-11, espec. 10-11.

57 *Ibidem*, 11. Este carácter *autorreferencial* que –con razón– Zurita ve en una parte, al menos, de la tarea de hacer ciencia hoy habría que extenderlo a la tarea de hacer algunas de las biotecnologías médicas actuales.

significa *ser ético*: si, por ejemplo, significa adoptar un criterio extrínseco de respeto recíproco, en el sentido de que *el otro es para mí* un límite insuperable y sus preferencias (no antisociales) son satisfechas o si la *vida ética* tiene que ver con la *búsqueda de la luz del bien* alcanzada en el horizonte general de sentido y de apertura al orden del ser⁵⁸.

Habrá que admitir, además, que nuestro tiempo –con su impronta tecnológica generalizada– cuenta, sin duda, con numerosos logros, pero sin embargo manifiesta una peculiar *falta de sabiduría* reconocida ya por V. R. Potter en el momento mismo en el que decide fundar el saber de la bioética.

Habrá que admitir, también, que esta *carencia de sabiduría* se hace evidente en la *hostilidad a la pausa meditativa*, más aún, en el *odio a detenerse* y preguntar por el *fin* de todo lo que hacemos. Existencialmente y en términos descriptivos, se trata del *conocido frenesí por hacer, producir y competir* sin que todas estas acciones –al menos en algunos casos– logren evitar una profunda y creciente experiencia de *vacío interior* al que se intenta llenar con el recurso a la *razón instrumental tecnocientífica* que nivela toda la realidad y sus diferencias propias a su *medida* mientras que, por otra parte, y al mismo tiempo, se *excluye a priori* de todo *hacer productivo* aquello que efectivamente *lo trasciende*.

La *segunda operación* a realizar por parte de la reflexión consiste en *distinguir y separar* la respectiva competencia de las ciencias y las tecnologías biomédicas y la de la filosofía para determinar el concepto de *persona humana*. Esta operación resulta útil. En efecto, por una parte, permite discernir la insistencia en llamar al *hombre sujeto inalienable y titular de derechos* y, por otra parte, considerarlo como *objeto, sin más*, sobre el cual se extiende en todos los sentidos posibles y se ahonda el *poder* del aparato tecnológico contemporáneo.

Parece oportuno decir que en la medida en que la *empresa tecnocientífica* no es meramente técnica sino *profundamente ontológica*, el recurso al *concepto* de persona humana y su pedagogía eficaz impediría la *reificación* de la realidad fecunda y abierta de la persona humana al orden de sus *fines propios* según su naturaleza y también impediría la *reducción del orden de la persona humana* a la significación de una *cosa técnica*.

La *tercera operación* de la reflexión completa las dos precedentes y consiste en la *reactivación de la perspectiva ontológica* de la realidad y del significado de la persona humana. Esta tarea incluye, sin duda, revalorizar elementos preciosos que se hallan en la dimensión *relacional* de la persona humana, tal como numerosos análisis filosóficos –aunque no sólo éstos, han subrayado contemporáneamente–; sin embargo, sería importante recordar que la persona no se determina *esencialmente* por la *relación* –cualquiera sea su importancia y su riqueza siempre en los más diversos niveles de la experiencia humana y sus saberes correspondientes– porque la persona humana *no es una relación subsistente*⁵⁹ sino *un sujeto* de relaciones posibles. Ahora bien, decir esto en sede metafísica no exime, de ninguna manera,

58 Ver Possenti, V. (1993). “La bioética alla ricerca dei principi: la Persona”. En *Persona y Derecho, Suplemento Humana Iura*, 143 (las cursivas son nuestras).

59 *Ibidem*, 148.

de cumplir con todas las exigencias de una rica y adecuada *fenomenología del vivir humano* considerado en sí mismo y en la peculiar relación que establece exige el *cuidado* por el otro.

Como enseña Evandro Agazzi en su conocido libro, *Bioetica e Persona*⁶⁰, en la tarea del conocimiento humano urge disponer de definiciones *reales* en la medida en que, precisamente, permiten caracterizar lo que los entes *son*. Por otra parte —señala el filósofo italiano—, las definiciones *nominales* pueden tentar a la inteligencia con algunas ventajas manifiestas: “[...] introducen distinciones netas y eliminan la ambigüedad, pero son abstractas y, en cierto sentido, artificiales”⁶¹. Más allá de las ventajas señaladas para las definiciones *nominales* de persona, estas ventajas no deberían oscurecer el hecho de que la definición *nominal* de persona humana *selecciona una propiedad* suya y, de este modo, determina *una clase* a la cual pertenecen *todos los individuos y sólo aquellos que posean esta propiedad*, independientemente del hecho de que esta propiedad sea simple o compleja y, sobre todo, si efectivamente se puede demostrar que es epistemológicamente suficiente.

En todo caso, el error *evitable* consiste en pasar ilegítimamente de las definiciones *nominales* a las definiciones *reales* y con este *paso* inducir el error de *hipostasiar* una propiedad abstracta, esto es: conferir estatuto ontológico pleno a lo que es solamente *ente de razón*.

La definición *real* de persona exige un *anclaje* en sus referentes intencionales porque señala la necesidad ineliminable de *un sujeto o sustrato* que *soporte* las propiedades posibles de discernir y atribuir a la persona humana.

Por otra parte, el Prof. Agazzi ha realizado una rigurosa presentación lógico-epistemológica que permite demostrar la *inconsistencia* de la *separación* entre el *concepto de persona humana y de hombre* que ha tenido lugar de modo paradigmático en la bioética anglosajona de H. T. Engelhardt y de P. Singer, respectivamente⁶².

El concepto de *persona* no es un género, ni una especie, no es un concepto trascendental; sin embargo, trasciende todos los géneros y las categorías y no se puede incluir en alguno de los modos del ente predicamental. La persona debe ser concebida como lo que participa directamente en *el acto de ser* y en los trascendentales que este ser funda: la unidad, la verdad, la bondad, la belleza, en máximo grado.

Todo hombre es siempre una persona. Todas sus perfecciones y su dignidad intangible —que reclama respeto universal— proceden no de alguna de sus *propiedades* —cualquiera sea su excelencia—, caracteres o funciones esenciales, sino, ante todo, de su *acto de ser propio*, ya que éste es su *constitutivo formal*.

60 Ver Agazzi, E. (1993). *Bioetica e Persona* (a cura di E. Agazzi). Milano. Franco Angeli.

61 Ver Agazzi, E. *Bioetica e Persona*. Ob. cit., 139. Ver, además, Agazzi. “L’essere umano come persona”. En *Per la Filosofia. Filosofia e insegnamento*. Anno IX, N° 25, Maggio-Agosto. Milano. Editrice Massimo, 28-38. Como indica Agazzi, este trabajo constituye una versión abreviada de una relación expuesta por el autor en el marco del Congreso Internacional “The concept of person as a possible foundation for Bioethics”. Genova, 5-6 dicembre, 1990, Centro di Studi sulla Filosofia Contemporanea del CNR presso l’Università di Genova. El texto completo se halla editado por Franco Angeli, Milano.

62 Ver Agazzi, E. “L’essere umano come persona”. Ob. cit., 142-154.

Es en este sentido que santo Tomás declara que “la persona significa lo que es más perfecto en toda la naturaleza”⁶³. Esto quiere decir que una persona humana –en cualquier grado de su desarrollo a partir de su concepción– y, por otra parte, cualquiera pueda ser el grado de su deformación patológica, su incapacidad, su grado de conciencia, cualquiera sea el carácter negativo de la circunstancia en la que exista: miseria extrema, abandono culpable de terceros, etc., tiene mayor valor y dignidad que cualquier realidad, sea natural, sea artificial (producto tecnológico). “El nombre de persona es de máxima dignidad”⁶⁴. Y añade Tomás de Aquino: “Únicamente la persona es buscada por sí misma, y lo demás por ella”⁶⁵.

La dignidad del hombre que es *connaturalmente* persona radica en la diversidad variable de sus *haberes*: calidad de vida, sensibilidad, capacidad para experimentar placeres sensibles, salud, coeficiente intelectual, sensibilidad artística, riquezas materiales, espirituales, poder.

Se trata –hay que subrayarlo hoy– de una dignidad *no negociable* que pertenece a un hombre doblemente amenazado por *el dolor* y por *la muerte*. Esta dignidad hace referencia al *significado* y la *misión* de ser persona en medio de una suma –siempre abierta– de *cosas técnicas* cada vez más complejas y eficaces y, también, dentro de un cosmos, de *una naturaleza crecientemente amenazada* por las acciones humanas tecnológicas irresponsables –a gran escala en el orden de tiempos muy largos– que, sin embargo, no son siempre *sustentables*.

6. Nuestra aproximación filosófica a las cuestiones de los arts. 17 y 19 del Nuevo Código Civil y Comercial

Por razones que hacen a la economía de nuestra exposición comenzaremos por el art. 19 del Nuevo Código Civil y Comercial (CCyC). Como se sabe, el texto de este artículo señala: “La existencia de la persona humana comienza con *la concepción*”. En el caso de la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, el nuevo CCyC declara que la persona humana comienza con la *implantación* del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado.

Si hemos entendido bien, la historia de las diferentes discusiones y redacciones del texto del art. 19⁶⁶ acoge dos dinamismos diversos: por un lado, reitera la dirección interpretativa de las normas del Código Civil de Vélez Sarsfield que hablan de “*la concepción en el seno materno*”, así como de otras interpretaciones jurídicas que pertenecen al ámbito de la región hispanoamericana; por otro, se intenta asumir el impacto que producen las nuevas técnicas de reproducción

63 Ver Santo Tomás. *Sum. Theol.* I, 1. 29 a 3, in c.

64 *Ibidem*, I, q. 29 a 3, ad 2.

65 Ver Santo Tomás. *Contra Gentes*, 3, 112.

66 Ver Lafferrière, J. N. “La persona por nacer en el nuevo Código Civil y Comercial”. En *EDFA* 55/-3, 1, donde se hace referencia de las redacciones sucesivas de junio de 2012, noviembre 2013, y la del texto final del 1° de octubre de 2014.

humana asistida y, en este caso, se habla de *implantación del embrión en la mujer*⁶⁷.

La práctica –extendida– de las biotecnologías aplicadas a la reproducción humana asistida, que hacen posible la fecundación humana *extra-corpórea*, trae consigo la inevitable cuestión de establecer el estatuto jurídico del embrión humano *concebido* de este modo. Aquí los especialistas del Derecho admiten dos hechos en paralelo: (1) la fecundación humana *in vitro* y, por otra parte, (2) la *crioconservación* de aquellos embriones humanos concebidos *in vitro* y denominados –no sin intención *operatoria*– embriones humanos *supernumerarios, o sobrantes*⁶⁸. Aparece, entonces, la cuestión no menor de determinar su estatuto jurídico en términos de persona humana.

No obstante, hay que destacar –con el Prof. Lafferrière– que a través de las sucesivas redacciones del texto del nuevo CCyC, hasta alcanzar el texto final, “hay acuerdo en mantener la tradición jurídica que dispone que la existencia de la persona humana comienza con la *concepción* y, que por tanto, reconoce al ser humano en su etapa anterior al nacimiento como ‘persona por nacer’”⁶⁹.

El punto sobre el que se planteó –*ab initio*– la discusión concierne al estatuto de *los embriones humanos no implantados*, “supernumerarios” o “sobrantes”, obtenidos como producto de las técnicas de fecundación humana asistida.

Se ha pasado –en la versión preliminar– desde una consideración de *dos momentos* de inicio de la vida: (1) dentro del útero materno y (2) fuera de éste, a favor del concurso de las técnicas de reproducción humana asistida, hacia un *único momento*: la *concepción*.

Ahora bien, si esto es así, la *concepción* debe ser entendida como *fecundación* –dentro o fuera del útero materno– y, entonces, el comienzo de la existencia de la persona humana es el de la *concepción* como establece la norma, independientemente de su “implantación” –o no– en el útero de una mujer. En consecuencia, no se puede extraer la conclusión que señala que los embriones *no implantados no son persona humana* sino apenas mero *material biológico humano*. En efecto, *si hay concepción hay persona humana* y ésta debe ser tutelada en todos sus derechos.

Por otra parte, el Prof. Dr. Lafferrière señala la necesidad de no distorsionar y, peor aún, que “acomodar la definición de *persona humana* a un interés previo y extraño a la dignidad humana resultaría *reduccionista*”⁷⁰.

La discusión posible sobre el inicio de la vida humana y, por tanto, de la persona humana, no puede reducirse a la cuestión de la factibilidad de las biotecnologías de la fecundación asistida.

67 Ver sobre esta importante cuestión el artículo de la Dra. Catalina Elsa Arias de Ronchietto y Jorge Nicolás Lafferrière, “La identidad del cuerpo-persona y el estatuto jurídico en el Proyecto de Código Civil” [ED, 284-1024].

68 Los Prof. C. E. Arias de Ronchietto y J. N. Lafferrière, “La identidad cuerpo-persona y el estatuto jurídico...”. Ob. cit., 1, señalan que una *aplicación literal* de los arts. 63 y 70 del Código Civil conduciría a “la conclusión de que esos embriones *no son personas por nacer* y que, por tanto, no gozarían de la protección jurídica correspondiente”.

69 Ver Lafferrière, J. N. “La persona por nacer en el nuevo Código Civil y Comercial”. Ob. cit., 1.

70 Ver Lafferrière, J. N. “El artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación y el reconocimiento como persona del embrión humano no implantado”. En *DF y P*, 3-11-2014, 143, cita Online AR/DOC/3796/2014, 1.

En efecto, tal como señala Lafferrière en una enumeración provisoria, se presentan *otros problemas*: (1) La emergencia de un *mercado reproductivo* no limitado a la dación de los gametos sino, también, de los embriones; (2) La importación y exportación de embriones, la cual ha sido objeto de una regulación creciente como lo establece la ley alemana de 2002 y los lineamientos de los *National Institutes of Health de los EE. UU.* de 2009; (3) El propósito de concebir embriones con fines comerciales; (4) La utilización para fines comerciales o biotecnológicos de los embriones supernumerarios, “sobrantes”, que se hallan “congelados” y abandonados o bien destinados a tales fines por aquellos que encargaron su concepción; (5) La patentabilidad de embriones o de invenciones que implican la destrucción de embriones, respecto de lo cual Europa ha establecido una conducta francamente *prohibitiva*, mientras que los EE. UU. presentan una posición *permisiva* aunque monopólica; (6) Los estudios genéticos que permiten predecir la posibilidad de padecer enfermedades y la presión que se ejerce desde las obras sociales y las empresas de medicina pre-paga para la *selección de embriones aptos* y, en consecuencia, el “descarte” de los embriones que “sobran” y la presión que se ejerce sobre médicos y profesionales de la salud⁷¹.

La cuestión que conviene atender aquí –como indica Lafferrière– no se limita a los problemas de la infertilidad y de las biotecnologías de fecundación humana asistida, sino que este tema conduce a examinar *la cuestión de determinados embriones humanos*, donde lo que está en juego es una visión *humanista* de la Medicina –la cual está muy lejos de poder darse por descontada– así como, en general, *una visión humana de la vida humana*.

A fin de preservar el “derecho” al hijo biológicamente propio, *de facto* un número no determinado de embriones humanos quedan desprotegidos jurídicamente en su carácter de *personas humanas* frente al desarrollo y el poder de las biotecnologías de fecundación humana asistida y estos embriones son considerados y reducidos al estatuto de una *pura materia biológica disponible*⁷².

En resumen, es preciso advertir que en la redacción aprobada del art. 19 del CCyC, respecto de los embriones humanos *supernumerarios* o *sobrantes* que resultan de la aplicación de las tecnologías de fecundación humana asistida, *prima y se impone una visión tecnocientífica, operatoria* que priva de su estatuto de persona humana a los embriones “supernumerarios” –a pesar de estar manifiestamente *concebidos*– y subordina su tutela a lo que establezca una ley especial.

Esta situación resulta *filosóficamente inaceptable*, más allá de la argumentación jurídica correspondiente⁷³. Nuestro rechazo consiste en señalar que los embriones *no implantados* en “el cuerpo de una mujer” no son “*una cosa técnico-científica*”

71 *Ibidem*, 2.

72 *Ídem*.

73 Ver Laferrière, J. N. “La persona por nacer en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”. *Ob. cit.*, 55-3, Resumen, pp. 1-7. Ver además, Laje, El paso de un modo de ser a otro distinto. Del viejo Código al nuevo in *LA LeyEY*, 05-01-2015, 1. Ver también José W. Tobías, La persona humana en el Proyecto del Nuevo Código Civil y Comercial in *LA LEY*, 25-06-2012; *DFyP*, 2012, julio 2012, 261. Ver finalmente Lamm, E. El status del embrión in vitro y su impacto en las técnicas de reproducción humana asistida. Aclarando conceptos para garantizar derechos humanos in Suplemento Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia. Filiación y Responsabilidad Parental, *La Ley*, 2015-C, 20-5-2015; On Line AR/DOC/1297/2015.

disponible y manipulable *ad libitum*. Sostener que dichos embriones no-implantados no son persona humana⁷⁴ –apenas material biológico humano disponible– es consolidar una perspectiva *tecnocientífica* que se propone como “independiente de la dogmática jurídica protectora de la persona”. En efecto –sostiene Laje–, “algunos elementos del nuevo CCyC remiten a dogmas de la Biología y de otras ciencias y a ciertas tendencias recientes *como si* fueran verdades intangibles. En algunos casos, se considera a las personas como cosas genéricas, productos intercambiables y sin cualidades propias”⁷⁵. “Convierte el estado de las personas en una página en blanco que cada cual debería poder llenar libremente desde el día de su nacimiento”⁷⁶.

Es perfectamente consistente con el pensamiento y la práctica del Derecho que éste –en cuanto saber *humanista* y *humanizante*– reconozca la dignidad intrínseca de la persona humana que todo hombre es, simplemente por el hecho de serlo y existir. Ahora bien, este reconocimiento –perfectamente circunscripto y fundado– por parte del Derecho como ciencia no autoriza a legitimar como norma aquello que simplemente se viene dando en la práctica (tecno-científica) de la Sociedad, en el sentido de que *si puede hacerse tecnocientíficamente* entonces debe “habilitarse” jurídicamente⁷⁷. Al respecto adherimos a la afirmación decisiva del Prof. Laje, quien sostiene la indeclinable *vocación humanista* del Derecho, sea respecto de la vida social en general, sea de la vida de todo hombre en cuanto persona humana en particular, y Laje cita en este sentido a A. Supoit, quien escribe: “El Derecho cumple así una función dogmática de interposición y prohibición. Dicha función le confiere un sitio singular dentro del mundo de las técnicas, como *técnica de humanización de la técnica*”⁷⁸.

En cuanto a lo que concierne al art. 17 del nuevo CCyC aprobado, pueden hacerse algunas observaciones desde una aproximación filosófica. De manera análoga a lo que ocurre en el caso del art. 19, el texto disponible parece ordenarse a tener en cuenta el hecho de las nuevas biotecnologías respecto del cuerpo humano y, de este modo, introducir una *visión tecnocientífica*. En efecto, afirmar que el cuerpo humano *es indisponible* como bien comercial en sí mismo y en sus productos es *importante* aunque no es *suficiente*. La indisponibilidad económica que se prescribe se funda, precisamente, en el concepto de persona humana, de la cual el cuerpo forma parte unitiva sustancial y, por tanto, participa de *la dignidad intangible* de la persona humana. La persona humana es persona *encarnada* o lo que es lo mismo: *corporizada*. El cuerpo humano no es simplemente un apósito que aparece junto a la inteligencia y la voluntad, tampoco *medio para otro fin*, ya que *su totalidad e integralidad* son las de la persona humana. Además, el artículo señala que sus partes “no tienen valor económico sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo puede disponerse de éste por su titular cuando se configure alguno de sus *valores* y según lo dispongan las leyes especiales” (art. 17). En definitiva, el art. citado del CCyC res-

74 Ver Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci –coautora del Proyecto del CCyC–, en Diario *La Nación*, domingo 12 de octubre de 2014.

75 Ver Laje, A. “El paso de un modo de ser a otro distinto...”. Ob. cit., VI. El derecho y la técnica, 5.

76 Ver ídem. Además, Alain Supoit, A. (2012). *Homo juridicus*. Buenos Aires. Siglo XXI Editores, 254.

77 Ver ídem.

78 Ver Supoit, A. *Homo juridicus*. Ob. cit., 163.

pecto del cuerpo humano rehúsa considerarlo según una doctrina *patrimonialista* con todas las implicaciones comerciales que son del caso y con todas las consecuencias socio-económicas que también son del caso en orden al mercado de *partes* del cuerpo humano y la eventual concentración de empresas que controlen su *producción y comercialización* en un mercado *global*.

Dos puntos merecen ser recordados: (1) El *cuerpo* fue considerado por el dualismo cartesiano *una máquina* compuesta por diversos aparatos y sistemas, la cual contenía un *orden mecánico* que regía la existencia de numerosas y diversas piezas con distintas funciones. (2) En una concepción *dualista* del cuerpo humano es imposible hacer participar a éste de la dignidad intangible que es propia del *compuesto sustancial alma-cuerpo* que *es todo hombre*, ya que para el *dualismo* mencionado el cuerpo es *sólo una máquina* muy eficiente. Ahora bien esta máquina peculiar (el cuerpo humano) así como sus diversos aparatos, mecanismos y piezas ingresan en la visión *tecnocientífica* reinante y en este sentido son ajenos a la *ontología* del hombre, a la identidad y complementariedad ontológica de su ser persona humana y su antropología filosófica correspondiente.

En nuestra opinión, *el eclipse* del concepto de persona progresivo y real en el ámbito omnipresente de la *praxis tecnocientífica* actual provoca un peculiar *desamparo* en la *inteligibilidad* y la *experiencia* de la realidad del *cuerpo humano* no sólo en el *encuentro* que exige la relación médico [red de aparatos tecnológicos y de resultados analíticos *partes extra partes*] - paciente, sino que se da también –ahora– en el espacio de *inteligibilidad* y de aplicación del nuevo CCyC y de la norma legal que tutela este *proprium* del hombre plenamente *humano*, su *propio cuerpo* como su bien integral.

“DE F.A.L. A M.A.D.: EL DERECHO A LA VIDA EN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN”.

WORKSHOP DEL 19 DE NOVIEMBRE DE 2015

“From F.A.L. to M.A.D.: The Right to Life in the Supreme Court of Justice”.

Workshop of November 19, 2015

Jorge Nicolás Lafferriere*

El 19 de noviembre de 2015 se realizó en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina un *workshop* organizado por la Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana de esa Facultad, sobre el tema “De F.A.L. a M.A.D.: el derecho a la vida en la Corte Suprema de Justicia de la Nación”.

El encuentro fue coordinado por el Prof. Carlos Gabriel Maino y comenzó con una bienvenida a cargo del Decano, Dr. Daniel Herrera. Luego expuso el Dr. Alfonso Santiago, Profesor de la Universidad Austral, quien desarrolló tres temas: a) la protección constitucional y convencional del derecho a la vida; b) la jurisprudencia previa de la Corte Suprema; c) los casos “F.A.L.” y “M.A.D.”.

Respecto a la protección constitucional y convencional del derecho a la vida, Santiago se refirió a la importancia del art. 29 de la Constitución Nacional. También señaló la protección expresa que surge del art. 4° de la Convención Americana de Derechos Humanos y del art. 6° de la Convención sobre los Derechos del Niño. Resaltó la claridad y fuerza de los textos convencionales, especialmente en cuanto prohíben que un ser humano sea privado de la vida arbitrariamente. También destacó la mención al carácter intrínseco del derecho a la vida y a la obligación del Estado de protegerlo en la máxima medida posible.

En cuanto a la jurisprudencia de la Corte Suprema dictada con anterioridad a 2012, repasó los principales fallos y sistematizó algunas de las notas propias del derecho a la vida según la propia Corte: es el primero de los derechos; debe ser reconocido y garantizado; es inviolable. Para la Corte, la persona es eje y centro de todo el sistema y siempre es un fin en sí misma. Existe una fuerte conexión entre

* Director de Investigación Jurídica Aplicada, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina. Correo electrónico: nicolas_lafferriere@uca.edu.ar

la personalidad y el derecho a la vida. Destacó la importancia del fallo “Portal de Belén”.

*Luego de estos antecedentes, el Dr. Santiago se detuvo en el fallo “F.A.L.”, del 13 de marzo de 2012. Presentó los hechos y el proceso, enfatizando que el caso llega a la Corte luego de que se hubiera realizado el aborto que había sido solicitado inicialmente. El caso se concentra en el análisis del art. 86, inciso 2, del Código Penal. Este artículo admite dos interpretaciones, según se considere que incluye sólo las violaciones correspondientes a “mujer idiota o demente” o a toda violación. La Corte hace un esfuerzo argumentativo para hacer esta segunda interpretación “amplia” y considera decisiva la interpretación de organismos internacionales. En su argumentación, el voto de la mayoría recurre a la igualdad y la no discriminación (considerando 15), a la dignidad y autonomía (considerando 16) e incluso al principio de legalidad penal y *pro homine* (considerando 17) para concluir sosteniendo la interpretación amplia. A partir del considerando 18, la Corte se concentra en la problemática de la judicialización y formula firmes exhortaciones para una “no judicialización”, lo que conduce a lo que Santiago llama una “desgarantización” del derecho a la vida. Se señalan las sanciones que amenazan a los médicos que pudieran oponerse a este reclamo de aborto, que tiene que ser rápido, seguro y accesible. También exhorta a las provincias a dictar protocolos, con una controversial metodología.*

En resumen, señala cinco críticas al fallo “F.A.L.”:

- a) Desconocimiento del principio de la igual e inviolable dignidad de la persona humana.
- b) Pulverización del derecho a la vida de las personas por nacer.
- c) Negación del derecho al acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva de las personas por nacer.
- d) Indefensión de un grupo vulnerable como las personas por nacer.
- e) Activismo judicial desmedido e injustificado.

En síntesis, Santiago considera que el fallo desconoce el contenido esencial del derecho a la vida y fracasa en su protección.

En cuanto al caso “D., M.A.”, del 7 de julio de 2015, el expositor narra los hechos vinculados con un paciente (M.A.D.) que sufre un accidente en 1994 que lo coloca en un estado de “mínima conciencia”. En tal situación, sus hermanas como curadoras solicitan la suspensión de la alimentación y la hidratación. La Corte debe resolver el planteo que llega a su conocimiento luego de que el Tribunal Superior de Neuquén considerara aplicable al caso la ley 26.742 de muerte digna. Encuentra el Dr. Santiago un parecido en la estructuración del caso “M.A.D.” con el caso “F.A.L.”, pues en ambos se debate la interpretación de una norma legal y se avanza sobre una no judicialización de los casos y la adopción de protocolos de actuación profesional.

En el caso “D., M.A.”, la Corte tiene que interpretar los alcances del art. 2º de la ley 26.529 de derechos del paciente tal como fue redactado por su modificatoria, ley 26.742. La Corte considera aplicable al caso este artículo que permite el retiro

de la alimentación al paciente, con fundamento en los principios de autonomía y dignidad. En este sentido, el respeto a la voluntad del paciente es la base de la decisión de la Corte (considerandos 22 y 26) y la dignidad de la persona, entendida en relación a garantizar el máximo respeto a su autonomía (considerandos 24 y 25). Sin embargo, luego de estas consideraciones sobre la autonomía del paciente, autoriza la suspensión de la alimentación y la hidratación con base únicamente en el testimonio de las personas. Considera el expositor que es poca garantía y poca protección para un bien tan importante como la vida. La Corte luego se explaya sobre la necesidad de no judicializar estos caso y vuelve a exhortar a las autoridades en torno a la aprobación de protocolos para la objeción de conciencia. Se pregunta el expositor si un derecho tan importante como el derecho a la vida, que tiene garantías mínimas concretas exigidas por los textos constitucionales y convencionales, puede ser objeto de decisiones dispositivas con meras declaraciones juradas. Considera que estas decisiones desprotegen, desgarantizan y niegan tutela judicial efectiva al derecho a la vida. Este derecho debería tener estándares de protección y juzgamiento muy altos.

Luego de la exposición se abrió un espacio de intercambio y diálogo entre los asistentes.

Algunos de los temas conversados fueron los siguientes:

- a) La relación entre autonomía y el derecho a la vida: se señaló la existencia de una tendencia a exaltar la autonomía y la libertad, por sobre el derecho a la vida. Esta tendencia se verifica tanto en relación a la persona por nacer, como a la persona terminal.
- b) Los alcances de la interpretación y el problema de la eliminación de las garantías de las que goza el derecho a la vida, especialmente por la pretensión de desjudicializar estos casos. Se cuestionó la postura que señala como vinculante cualquier interpretación que sobre un tratado realiza un organismo internacional y se señaló la importancia de respetar las reglas de interpretación y, en el caso del derecho a la vida, el deber de tener estándares de protección altos. También se consideró muy grave que se haya relativizado el valor de la declaración interpretativa de la ley 23.849 que aprobó la Convención de los Derechos del Niño y que considera niño a todo ser humano desde la concepción hasta los 18 años. La Corte Suprema, en el caso “F.A.L.”, se pronuncia sobre el punto sin dar demasiadas argumentaciones.
- c) Los cambios subyacentes en la Filosofía del Derecho y la raíz personalista de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Se subrayó el paso de una filosofía cognitivista a una no-cognitivista y los problemas que ello supone. También se constató que, en torno a los términos fundamentales expresados en los Tratados, como persona, dignidad, vida, existen fuertes disputas cosmovisionales. Los principios constitucionales suelen ser principios de textura abierta y sujetos a controversias y diversas concepciones. Una lectura adecuada de la reforma de 1994 permite advertir que la intención de los convencionales constituyentes al otorgar jerarquía constitucional

- a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos es dar protección al derecho a la vida.
- d) La relación entre la despenalización y la concesión de un pretendido derecho. Se advierte que el fallo de la Corte hace un pasaje sin demasiada fundamentación ni argumentación de un caso de “no punibilidad” a un supuesto “derecho” a acceder al aborto. Estas dificultades pueden apreciarse en los votos concurrentes de los jueces Argibay y Petracchi. También se señala que el derecho es más que el Derecho Penal y que la existencia de una no punibilidad no transforma la conducta en lícita en ámbitos civiles o de Derecho Administrativo.
 - e) La objeción de conciencia y los intentos por limitarla. Se consideró que la Corte Suprema, en el caso “M.A.D.”, limitó mucho más la objeción de conciencia y desconoce la extrema complejidad médica que presentan los cuadros clínicos vinculados con el fin de la vida, donde la objeción no puede ser prevista con anticipación en todos los casos. Además, señaló que la Corte, al regular la objeción de conciencia, ha ignorado que el pensamiento de la persona puede cambiar sobre el punto de defensa de la vida y parece que ello no ha sido contemplado. Sobre la objeción de conciencia institucional, se menciona un fallo de la provincia de Córdoba en la causa “Sanatorio Allende”, que resguardó ese derecho en el plano institucional.
 - f) Los alcances jurídicos de los llamados “Protocolos de abortos no punibles”. Se conversó sobre la sanción de estos protocolos a nivel provincial y sobre la situación planteada por la orden de no judicialización que impuso la Corte. Se analizó qué sucedería si se volviera a plantear un tema vinculado con el inciso 1 del art. 86 del Código Penal y la posibilidad de que se dicte un segundo fallo sobre abortos no punibles.
 - g) El incumplimiento del deber de proteger la vida en la máxima medida posible y el retroceso que se había verificado en este punto con estos fallos.
 - h) El activismo judicial que paradójicamente conduce a un retiro de la protección del derecho a la vida. Se enfatizó que hay una privación de las garantías constitucionales y el acceso a la justicia en el caso del derecho a la vida. Se advierte un activismo exorbitante en estos fallos, que incluso desconoce la objeción de conciencia institucional. También se enfatizó que se encuentra afectada la autonomía de las provincias en la materia. El repaso realizado en torno a los textos constitucionales y convencionales sobre el derecho a la vida deja en claro la solidez de las normas y el déficit institucional gravísimo que ha significado la interpretación de la Corte desconociendo el contenido esencial de este derecho.
 - i) Los dilemas éticos y jurídicos planteados por el respeto a la vida en el final de la vida, que lleva a prohibir la eutanasia y a admitir la renuncia al encarnizamiento terapéutico. Se discutió la problemática específica de la renuncia de la alimentación y la hidratación. Se discutió si el derecho a la vida depende de la persona y se enfatizó que es inaceptable la decisión de darse muerte. Se discutió sobre los alcances del art. 19 de la Constitución Nacional en lo que concierne al rechazo voluntario a tratamientos médicos desproporcionados. Se considera siempre inaceptable la eutana-

sia. Se señaló que, en todo caso, la decisión tomada por la Corte sobre la base de una mera declaración jurada ofrece un muy pobre fundamento jurídico para la decisión. Además, en relación al caso “M.A.D.”, los médicos desconocen cuál es la situación de una persona en estado de “mínima conciencia”.

PARTE III

ESTUDIOS DOCTRINALES

**HEGEL Y LA DISOLUCIÓN DE LA TRADICIÓN DE LA LEY NATURAL.
EL APOGEO DEL Gnosticismo MODERNO**
*Hegel and the Dissolution of the Natural Law's Tradition.
The height of Modern Gnosticism*

Félix A. Lamas*

Recibido: 18 de noviembre de 2015.

Aprobado por árbitro académico: 18 de diciembre de 2015.

Resumen: En el presente trabajo, el autor expone la disolución teórica de la doctrina tradicional sobre la ley natural y su expulsión, incluso semántica, de la Filosofía del Derecho de Hegel. Para ello, se expone una síntesis del pensamiento especulativo de Hegel y se pone de manifiesto el inmanentismo radical del filósofo suabo, que resulta ser expresión del gnosticismo moderno.

Palabras claves: Hegel - Filosofía del Derecho - Ley natural - Gnosticismo moderno.

Abstract: In this paper, the author presents the theoretical solution of the traditional doctrine of Natural Law and expulsion, even semantics of Hegel's Philosophy of Law. To do this, a synthesis of speculative thought of Hegel exposed and revealed the radical immanence of the Swabian philosopher, which is an expression of modern Gnosticism.

Keywords: Hegel - Philosophy of Law - Natural Law - Modern Gnosticism.

* Profesor Titular ordinario en Filosofía del Derecho en la Pontificia Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires" y Director del Seminario de Filosofía y Teología orientadas al Derecho del Doctorado en Ciencias Jurídicas de la misma Facultad. Correo electrónico: fadolamas@hotmail.com

I. Introducción

1. La metamorfosis de la tradición en el marco teórico del gnosticismo moderno

La antigua tradición acerca de la ley natural, entendida como principio racional de justificación y validez de la conducta humana, incluida la moral, jurídica y política, radicada inmediatamente en la propia esencia del hombre pero con una última fuente divina, es un fenómeno universal de todas las grandes civilizaciones. La *Rita* védica, el Código de *Hammurabi*, la tradición china con la figura de *Confucio* como centro, el Antiguo y el Nuevo Testamento en la Revelación judeo-cristiana, los mitos americanos, en especial los mayas, son ejemplos de esta sabiduría ancestral. En el Occidente, *Platón*, *Aristóteles*, los estoicos, *Cicerón* y los juristas romanos la recibieron y de ellos, junto con el cristianismo (en especial debe citarse a *San Agustín*) y con dichas fuentes tuvo origen la doctrina escolástica, en especial la de *Santo Tomás de Aquino*, que le dio una forma filosófica y teológica que puede considerarse definitiva¹.

El pensamiento platónico y aristotélico condensa en tres tesis el núcleo de la ley natural:

- 1) Debe obrarse conforme con la razón (*katá lógon*);
- 2) Debe obrarse conforme con la naturaleza (*katá phýsin*);
- 3) No es el hombre sino Dios la medida de todas las cosas.

Hegel no declara explícitamente la ruptura con la tradición platónica, aristotélica y cristiana. Al contrario, a primera vista, parece respetarla y desarrollarla; conceptos y categorías clásicas como potencia y acto, materia y forma, sustancia y accidentes, espíritu y libertad, Dios y la creación del mundo, son profusamente utilizados en su sistema de pensamiento; incluso pretende inscribirse explícitamente en la tradición dialéctica de *Platón* y fundarse en una de las tesis centrales de la teología aristotélica según la cual Dios es pensamiento que se piensa².

Pero dicha tradición es reelaborada en función de dos principios:

- a) *El principio de totalidad*, que exige que cada tópico o argumento sea inteligido en el contexto integral del sistema, vale decir, en la plenitud del desarrollo dialéctico; de tal modo, fuera de la unidad terminal del sistema hay sólo la apariencia o un abstractismo vacío. Esta dialéctica sistemática, que tanto para *Platón* como para *Aristóteles* sería un engendro monstruoso, es herencia del neoplatonismo, sobre todo en la versión de *Plotino* y *Proclo*.

1 Sobre la tradición y la génesis de la doctrina de la ley natural me he referido en mi trabajo "Tradición y doctrina clásica de la ley natural", leído en las VIII Jornadas Internacionales de Derecho Natural y III de Filosofía del Derecho, en la Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú, el 26 de octubre de 2012, publicado en Lima, Palestra Editores, 2014, 33-57.

2 El epílogo de la *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften* (3 ts., Frankfurt, Suhrkamp, 1979) consiste en el célebre paso del libro Lambda de la *Metafísica* de *Aristóteles*.

- b) *El principio de inmanencia* o, mejor dicho, la inmanencia como principio. En el párrafo 7 de la *Enciclopedia* se lee: “El principio de la *Experiencia* implica la afirmación infinitamente importante según la cual, para admitir y tener por verdadero un contenido (de la experiencia), el hombre debe encontrarlo dentro de sí mismo; o más precisamente: que él encuentra dicho contenido unido y en concordancia con la certeza de sí mismo”³. Aunque este inmanentismo de la conciencia parezca simplemente la aceptación de las principales tesis de *Descartes* y *Hume*, también tiene raíces neoplatónicas.

El resultado de este método es previsible: la tradición clásica se disuelve en este nuevo gnosticismo y queda reducida a pura apariencia. Pongamos dos ejemplos: 1º) La familia es, frente a sus componentes (esposos e hijos), *lo* sustancial⁴, pero pierde ese carácter frente al Estado, con relación al que es sólo un accidente; a su vez, el matrimonio es *en sí* indisoluble, en tanto su fin es enteramente ético, pero en la medida en que “contiene el momento del sentimiento, no es absoluto sino precario, y contiene en su interior la posibilidad de la disolución”⁵. 2º) El Derecho Natural es el *Derecho abstracto* que, en cuanto abstracto, no es propiamente una determinación sino más bien algo negativo, y posibilidad de una determinación posterior de la libertad concreta (en el Estado y el Derecho Positivo estatal). Ahora bien, esta devaluación del Derecho Natural, del cual la ley natural no es propiamente *ley* sino abstracta expresión teórica, tenía que tener su correlato semántico; y así, considera que debe abandonarse dicha expresión (la de *Derecho Natural*) y sustituirse por *Doctrina Filosófica del Derecho* o *Doctrina del Espíritu Objetivo*⁶. Posteriormente, como se sabe, la expresión que se impuso fue *Filosofía del Derecho*.

Toda la tradición, pues, puede estar incluida en el sistema dialéctico hegeliano, pero constituyendo luego, en el devenir de éste, un momento abstracto e inesencial, para terminar transformada en su exacto contrario.

La doctrina aristotélica de la autarquía del espíritu se transformará en la teoría moderna de la soberanía estatal, su unidad y su carácter absoluto. La divinización del Estado y de la historia se convierten en el marco teórico que va a signar al pensamiento político europeo del siglo XIX y en buena medida del siglo XX. La

3 “Das Prinzip der *Erfahrung* enthält die unendlich wichtige Bestimmung, das für das Annehmen und Fürwahrhalten eines Inhalts der Mensch selbst *dabei sein* müsse, bestimmter, das er solchen Inhalt mit *der Gewissheit seiner selbst* in Einigkeit und vereinigt finde” (ed. cit. Todas las citas han sido traducidas por mí con la gentil ayuda y supervisión de Delia María Albisu).

4 Cf. Hegel (1980). *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Frankfurt. Suhrkamp, párrafo 163.

5 *Ibidem*, párrafo 163, agregado, y cf., también, el párrafo 176, agregado.

6 Cf. *Leçons sur le Droit naturel et la Science de l'État*, dictadas en Heildelberg, por Hegel, durante el semestre de invierno 1817-1818, § 2 (trad. y presentación de J.Ph. Deranty, Paris, Vrin, 2002). La razón de esta impugnación del nombre era clara: si para Hegel el Derecho es libertad (que es lo que caracteriza al espíritu), y la naturaleza es la negación dialéctica del Espíritu, la expresión *Derecho Natural* implicaría una negación en los propios términos (es decir, una contradicción semántica pero no dialéctica). Téngase en cuenta que esto lo sostenía cuando era catedrático de la asignatura Derecho Natural, que poco después fue designada en las universidades alemanas como Filosofía del Derecho. Hoy día algunos autores que se estiman iusnaturalistas siguen un camino análogo: pretenden sustituir la doctrina del Derecho Natural por la doctrina de los *Derechos Humanos*.

sombra de *Hegel* se proyectará sobre el marxismo, el fascismo, el nacional-socialismo y la Escuela de Frankfurt. Por otra parte, la absolutización del punto de vista de la conciencia influirá –en su versión hermenéutica liberal– sobre autores espiritualistas cristianos, como *Rosmini* y *Sciacca*.

2. La teología de Hegel⁷

El immanentismo teológico de *Hegel* es claro: “sin el mundo, Dios no es Dios”⁸. El núcleo de su pensamiento se resume en la recíproca *pertenencia* de finito e Infinito. El Infinito se realiza y determina en lo finito; éste, a su vez, es fenómeno de aquél⁹. El Absoluto es Espíritu; el espíritu, a su vez, es libertad, entendida como autodeterminación (necesaria). El Absoluto, por lo tanto, es actividad y, más precisamente, el resultado de su propia actividad como espíritu en el proceso de autodeterminación. ¿Cómo es ese proceso, desarrollo o evolución del Absoluto a partir de su aparecer fenoménico en lo finito? La respuesta reside en el secreto de la *dialéctica*.

La realidad es Espíritu o Idea. El Espíritu, a su vez, es vida; la vida es movimiento y no hay movimiento sin momentos contrarios. Esta antigua temática, cuyas raíces se encuentran en *Heráclito*, es retomada dentro de la preocupación moderna por desarrollar el pensamiento (y el ser) a partir de la conciencia y en congruencia con el panteísmo de *Espinoza*. La cuestión, por lo tanto, consiste en explicar la autoconstitución de la realidad, concebida como Espíritu o conciencia absoluta que, a la vez que *pone* su propia realidad, *pone* la de aquello que se le opone como otro sin que, por el hecho de ser *otro*, deje de pertenecerle esencialmente como un momento negativo suyo y, por lo tanto, como una determinación de sí misma.

La *dialéctica* es la forma racional de dicho movimiento de auto-determinación o auto-constitución. En tanto forma racional, ella no es, absolutamente hablando, algo temporal, aunque se realice en el tiempo y constituya la ley del movimiento de éste. Si *todo lo racional es real, y todo lo real es racional*¹⁰, en la misma medida en

7 Merece ser consultado: Andereggen, I. (1995). *Hegel y el catolicismo*. Buenos Aires. EDUCA. Se trata de un trabajo de investigación riguroso y prolijo pero que, a mi entender, es excesivamente benévolo con el filósofo alemán. Digo esto porque en el fondo admite lo que la astucia políticamente acomodaticia de Hegel quiere que se crea, al menos frente a las autoridades universitarias prusianas. Hegel se muestra como luterano, y en buena medida su filosofía de la religión se construye a partir de la crítica del catolicismo, según los paradigmas protestantes y luteranos. Pero la cuestión es: ¿Creía en el Dios verdadero, Uno y Trino, y en Jesucristo, el Verbo Encarnado? O al menos, ¿creía en el Dios al que la razón filosófica –v. gr. la de Platón y Aristóteles– llegó a alcanzar? Sospecho que el propio Andereggen tiene graves dudas sobre esto.

8 Hegel (1987). *Vorlesungen über die Philosophie der Religion*. Frankfurt. Suhrkamp. Erster Teil, B, III, 2, 192.

9 “Lo verdadero es el todo, pero el todo es sólo la esencia que se completa a través de su desarrollo. Debe decirse del Absoluto que él es esencialmente *resultado*, el cual es primeramente (o recién) en el *final* lo que él es en verdad; y en eso precisamente consiste su naturaleza, en el ser efectivamente real, sujeto o resultado de sí mismo” [Hegel (1979). *Phänomenologie des Geistes*. Frankfurt. Suhrkamp, b. 3, 24].

10 Hegel. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Ob. cit., Vorrede, 24. Esta afirmación no debe ser entendida a la ligera, como una simple identificación de hecho fenoménico y pensamiento. Lo racional puede ser *verdadero* si se trata de la *Razón absoluta*, o de algo que se inscribe en la totalidad que constituye el Absoluto, o *falso, inesencial* o meramente *aparente* si es sólo abstracto y, en cuanto tal, desgajado de la totali-

que la dialéctica es la ley inmanente del pensamiento, ella es la ley inmanente de toda realidad, finita e infinita. Ahora bien, la clave de la dialéctica, como forma del movimiento del espíritu, es la contradicción y la negación en ésta implicada.

3. *Dialéctica y negatividad*

La formulación descriptiva de la estructura de la dialéctica es sencilla:

- a) Hay una *tesis*, que es una afirmación pura y simple.
- b) Hay una *antítesis*, que es la negación pura y simple de la tesis.
- c) Y hay una *síntesis*, que es la negación de la antítesis en lo que tiene de puramente negativa; es decir, hay una recuperación de la tesis, pero *mediada* (determinada) por la negación de la antítesis.

La contradicción es el motor de la vida del espíritu¹¹. Ahora bien, ¿qué es lo que en la contradicción es principio de movimiento o, lo que es lo mismo, lo que sirve de *mediación* entre una afirmación y su contraria y, por lo tanto, de impulso al proceso del pensamiento?¹²

“Aquello por medio de lo cual el concepto se impulsa a sí mismo hacia adelante es lo negativo que tiene en sí mismo; esto es lo que distingue a lo dialéctico

dad dinámica del concreto. A su vez, lo real puede ser *o fenómeno o lo verdadera y efectivamente real (wirklichkeit)*. La ecuación, por lo tanto, es válida entre *realidad efectiva y pensamiento verdadero o absoluto*. Lo demás pertenece al pensamiento como un momento negativo o inessential del mismo. Pese a esta aclaración, es inevitable esta conclusión: el hecho, en tanto real, es racional y, consiguientemente, dialéctico y necesario.

11 “[...] es uno de los prejuicios fundamentales de la lógica en uso hasta ahora y de la representación habitual el suponer que la contradicción no es una determinación tan esencial e inmanente como la identidad; más bien, si el asunto fuera establecer un orden jerárquico, manteniendo ambas determinaciones separadas, entonces habría que tener por la más profunda y la más esencial a la contradicción. Pues la identidad, frente a ella, es sólo la determinación de lo simple inmediato, del ser muerto; la contradicción, en cambio, es la raíz de todo movimiento y vitalidad; porque sólo en la medida en que algo encierra en sí mismo una contradicción se mueve, tiene impulso y actividad”. Más aún, “el movimiento es la misma contradicción *inmediatamente* existente”. “La identidad abstracta consigo no es aún algo vital sino que, puesto que lo positivo en sí mismo es la negatividad, sale por eso fuera de sí y deviene otro. Por lo tanto, algo es viviente en cuanto implica en sí la contradicción y es precisamente esta fuerza de tener y contener en sí la contradicción” [Hegel (1978). *Wissenschaft der Logik*. Frankfurt. Suhrkamp, 2º Buch, 2º Kapitel, C, 3, 75-76].

12 Citemos algunas fuentes hegelianas: Heráclito [(1980). *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie*, B, 18, I Teil Abschnitt, I Kapitel, D, especialmente 319, 326, 329, etc.]; San Pablo (“[...] Cristo Jesús [...], a pesar de tener la forma de Dios, no reputó como botín [condiciable] ser igual a Dios, antes se anonadó, tomando la forma de siervo y haciéndose semejante a los hombres; y así, por el aspecto, siendo reconocido como hombre, se humilló, haciéndose obediente hasta la muerte, y muerte de cruz, por lo cual Dios lo exaltó y le otorgó un nombre sobre todo nombre [...]”, *Ep. a los Filipenses*, 2, 5-9); Platón (en el *Sofista*, Platón establece, a partir de 241c, una doctrina que ha de influir de una manera decisiva en la concepción hegeliana de la dialéctica: el ser, desde un cierto punto de vista, no es, y, a la vez, el no-ser, desde alguna perspectiva, es; el no-ser constituye, en cuanto *diferencia*, pero no como contrario, al ser en cuanto *determinado*); al respecto, conviene advertir que tanto esta obra como también el *Parménides* se interpretan dentro del espíritu neoplatónico. Pero sobre todo hay una tesis de Espinoza que Hegel repite reiteradamente: *omnis determinatio est negatio* (cf. *Wissenschaft der Logik*. Ob. cit., B, 5, I Buch, II Kapitel, A, b, Anmerkung, 121).

verdadero¹³. Es decir, la realidad abstracta (el concepto) se concreta a sí misma mediante la negación, que es determinación intrínseca de ella, en tanto se identifica con la diferencia¹⁴. *Hegel* se esfuerza por caracterizar lo negativo como la *mediación fundamental* en el tránsito dialéctico hacia la concreción de la idea o del espíritu¹⁵. Él ha centrado todo el movimiento del Espíritu o, lo que es lo mismo, su evolución o progreso, en las negatividades que constituyen como determinación toda la realidad. “La única manera de *lograr el progreso científico* [...] es el conocimiento de la proposición lógica de que lo negativo es a la vez positivo, o de que lo contradictorio no se resuelve en cero, en la nada abstracta, sino sólo esencialmente en la negación de su contenido *particular*; es decir, que una tal negación no es cualquier negación, sino la *negación de aquella cosa determinada*, que se resuelve de ese modo en una negación determinada¹⁶. Ahora bien, en esta concepción, hablar del progreso científico es lo mismo que hablar del progreso de la realidad misma. De allí, entonces, “*la enorme fuerza de lo negativo*, convertido en *la energía del pensamiento, del yo puro*”¹⁷.

II. Contradicción y negación en la Filosofía de la Historia

1. La historia y su contradicción íntima

Las *Lecciones acerca de la Filosofía de la Historia* aportan un marco conceptual dinámico de su teoría del Estado y de la política.

La realidad es Idea o Espíritu que se auto-determina en un proceso temporal que es la historia¹⁸. Ahora bien, en tanto el Espíritu es autoconciencia y libertad, el fin de la historia es la libertad, entendida como *ser-consigo-mismo*. La historia es, pues, “el progreso en la conciencia de la libertad”¹⁹, puesto que la libertad, precisamente como “ser-consigo-mismo”, presupone la conciencia. Esta libertad es, a la vez, Razón absoluta, de tal manera que el proceso de la historia es el proceso de autodeterminación de la Razón. Todo está regido por la Razón, que es Dios mismo. Y como la razón es immanente a la historia y ella, sea como razón, como conciencia o como libertad, se desarrolla o auto-determina en la historia, el mundo es Dios mismo en su camino de auto-determinación.

¿Cómo afronta esta filosofía el antiguo problema de la justificación o, al menos, de la explicación del mal, del error, de las guerras, de la muerte y de lo negativo en

13 *Ibidem*, Einleitung, 51.

14 La desigualdad que se produce en la conciencia entre el yo y la sustancia, que es su objeto, es su diferencia, lo *negativo* en general (*Phänomenologie des Geistes*. Ob. cit., 39).

15 Debe distinguirse la mera negación abstracta y extrínseca de la negación interna del concepto (de la realidad en cuanto abstracta o aparente), que se divide a su vez en la *primera* y la *segunda* negación, de las que resulta la positividad concreta (sobre esto, cf., en especial: *Wissenschaft der Logik*. Ob. cit., B, 5, I Buch, II Kapitel, A, c, 122-124).

16 *Ibidem*, Einleitung, 50.

17 Ver *Phänomenologie des Geistes*. Ob. cit., 36.

18 “La historia universal es la explicitación (manifestación) del Espíritu” (*Hegel* (1980). *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*. Frankfurt. Suhrkamp, 1980, Einleitung, 31).

19 *Ibidem*., 32.

general? Debido a la identificación del orden real con el lógico, y mediante el sofisma de la negación –al que haremos referencia en su momento–, la negatividad real se justifica como la negación provisoria que da curso y movimiento a la vida del Espíritu. Desde esta perspectiva, la historia, y dentro de ella la política, muestran la lucha entre el Espíritu, como ser y razón verdaderos (la “realidad verdadera”, *Wirklichkeit*) y sus apariciones negativas (el “fenómeno”), que en la vida del hombre se adscriben a las pasiones como apetitos fenoménicos particulares, precisamente en cuanto tales²⁰. La pasión es, pues, lo negativo de la historia y su trama es tan sólo su fenómeno; y puesto que lo negativo es el motor de la dialéctica, la pasión es, por lo tanto, el propulsor de la historia: “Nada grande se ha hecho en el mundo sin pasión”²¹.

Ahora bien, las pasiones, precisamente en tanto su objeto es lo particular en cuanto tal, deben estar forzosamente enfrentadas en posibilidad de conflicto. De modo tal que al orden racional de la Idea en su determinación, le corresponde como correlato fenoménico o momento dialéctico-negativo la lucha, la crisis permanente, la muerte, el odio, etc. La consecuencia es obvia: “*La historia universal no es el asiento de la felicidad*. Los períodos de felicidad son en ella hojas vacías, ya que son períodos de concordia, carentes de antítesis”²².

2. Evolución y lucha

La evolución es, para *Hegel*, un principio que se formula así: “Una determinación inmanente, un presupuesto existente en sí, que se lleva a sí mismo a la existencia”²³. Adviértase bien: la existencia es “puesta” como obtenida por una determinación interna de algo que se supone como fundamento de un desarrollo o despliegue formal; idea que, expresada en la terminología aristotélica, podría expresarse así: “Se supone una potencia pasiva que se pasa a sí misma al acto, es decir, que es a la vez y desde el mismo punto de vista activa y pasiva”. Lo cual, en cualquier lenguaje –excepto en el de *Hegel*–, parece contradictorio y absurdo. Y sobre este pseudo principio dialéctico se funda toda filosofía evolucionista.

La evolución tiene siempre por término un fin perfecto inmanente. De ahí que el evolucionismo es a la vez *progresismo*; ésta es herencia del Iluminismo. Y puesto que la realidad es Idea o Espíritu, es lógico que se afirme: “[...] esta determinación formal es esencialmente el Espíritu, que tiene la historia universal por su escenario, su posesión y el campo de su efectiva realización”²⁴. Empero, sigue diciendo, “la evolución afecta asimismo a los entes naturales orgánicos”²⁵. Pero hay una

20 “Dos son los momentos que concurren en nuestro objeto (la historia); uno de ellos es la Idea y el otro son las pasiones humanas; uno es la urdiembre, y el otro, la trama de ese gran tapiz de la historia universal que se extiende ante nosotros” (ibídem, 38).

21 Ídem.

22 Íbidem, 42.

23 Íbidem, 75.

24 Ídem.

25 Ídem. Algunas líneas más arriba había desestimado la evolución en el mundo físico inorgánico, al cual concibe dotado de un movimiento causal circular “que siempre se repite”, lo que da lugar a cierta

diferencia importante en el modo de la evolución en el mundo natural orgánico y en la historia. En el primero, “la evolución se hace de un modo inmediato, sin oposiciones ni estorbos; nada hay que pueda entrometerse entre el concepto y su realización, entre la naturaleza del germen en sí determinada y la adecuación de la existencia a ella”²⁶. Pero en la historia, donde el Espíritu se despliega con conciencia de sí y, por lo tanto, con libertad, la situación es distinta: “El tránsito de su determinación a su realización verdadera es mediado por la conciencia y la voluntad”. “[...] el Espíritu se encuentra enfrentado consigo mismo; ha debido superarse a sí mismo como el verdadero obstáculo enemigo de sí mismo”²⁷. El resultado es que “la evolución, que en la naturaleza es un tranquilo producirse, en el Espíritu es una dura e interminable lucha contra sí mismo”²⁸.

Pero no es el Espíritu el que, en cuanto Absoluto, lucha, sino sólo los hombres, como momentos singulares y, por lo tanto, fenoménicos, de un Absoluto astuto y cruel: “[...] el interés particular de la pasión es pues inseparable de la actualización de lo universal; pues es de lo particular y de lo determinado, y de su negación, que resulta lo universal. Es lo particular lo que se traba en lucha el uno contra el otro y de lo que una parte queda destruida. No es la Idea universal la que se dirige a la oposición y a la lucha, la que se dirige al peligro; ella se mantiene en la retaguardia, inatacable y a salvo. Debe llamarse la *astucia de la Razón* el que ella deje obrar para sí a las pasiones en un ámbito en el que aquello por lo que ella se pone en existencia, sale perdiendo y sufre daño. Pues esto es lo fenoménico, de lo cual una parte es nula y otra es afirmativa. Lo particular es, las más de las veces, demasiado pequeño frente a lo universal, (por eso) los individuos son sacrificados y abandonados. La Idea paga el tributo de la existencia inmediata y de la fugacidad no por sí, sino mediante las pasiones de los individuos”²⁹. El texto citado es crudo, pero hay que admitir que, a la vez, es claro.

3. *El Espíritu Objetivo (política, Estado y Derecho) en la Filosofía de la Historia*

Se ha llegado así al núcleo de la concepción hegeliana de la historia y, dentro de ella, del momento en el que se desarrolla el Espíritu Objetivo: la política, la Teoría del Estado y del Derecho.

Se mencionó más arriba, en la estructura dialéctica de la historia, la función de la Idea y de las pasiones, constitutivas respectivamente de la urdiembre y la trama de aquélla. Ahora bien, “el centro concreto de la unificación de ambas (la urdiembre

monotonía: “En la naturaleza nada nuevo ocurre bajo el sol”. Sin embargo, debe advertirse que aunque el movimiento natural físico-inorgánico, en sí mismo considerado, no sea evolutivo, no deja de ser dialéctico; y toda la naturaleza en su conjunto es un momento dialéctico-negativo de la evolución del Espíritu y, en su etapa inorgánica, se dispone para ser soporte de la vida (momento propiamente evolutivo).

26 *Ibidem*, 75-76.

27 *Ibidem*, 76.

28 *Ídem*.

29 *Ibidem*, 49.

de la Idea y la trama de las pasiones en lucha) es la libertad moral en el Estado”³⁰, es decir, el Espíritu Objetivo, en que la libertad, habiendo superado las limitaciones del arbitrio particular, se identifica con la Razón universal. Tesis ésta de clara rai-gambre kantiana. “El Estado es la Idea divina, tal como ella existe en la tierra. Él es así el objeto más próximamente determinado de la historia universal en general, en el cual la libertad alcanza su objetividad y vive en el gozo de esa objetividad. Pues la ley es la objetividad del Espíritu y de la voluntad en su verdad; y sólo es libre la voluntad que obedece a la ley, pues ella se obedece a sí misma, está consigo misma y es libre”³¹.

Como se ve, *Hegel*, en el marco de la *metafísica de la libertad* kantiana, adopta la teoría de la autonomía de la voluntad que opera como fundamento del pactismo y que está explicitada por *Rousseau*. Autonomía que, como en el caso del ginebrino, termina identificada con una “voluntad general”, y en el de *Kant*, con una voluntad pura identificada con la ley; frente a esa voluntad general o voluntad pura, una voluntad personal opuesta es sólo un arbitrio egoísta, falsa o “meramente fenoménica”. La libertad del individuo personal es sólo *libertad abstracta*. La *libertad concreta* se verifica en el Estado³². “El Estado es la idea espiritual en la exterioridad de la voluntad humana y de su libertad”³³. Se entiende que se refiere a la libertad concreta, que es la síntesis superior de la negación de la libertad abstracta o particular en cuanto arbitrio, realizada en y por una Razón universal.

III. La teoría del Estado según la *Filosofía del Derecho*

1. *El Derecho y la teoría de la voluntad*

En su *Filosofía del Derecho*, *Hegel*, continuando el modelo teórico de *Kant*, introduce el tema del Derecho y del Estado mediante una exposición sintética de su teoría del Espíritu, de la voluntad y de la libertad. La afirmación primaria, tanto kantiana como hegeliana, que debe explicarse es que “el Derecho es libertad”³⁴. Más allá de la determinación que cabe hacer del concepto de *libertad*, tarea que fuera ya comenzada arriba, resulta manifiesto que esta tesis implica la identificación del

30 *Ibidem*, 38.

31 *Ibidem*, 57. Recuérdesse que para *Hegel* “libertad” es autodeterminación, lo que no impide que ésta pueda ser –y de hecho lo sea– rígidamente necesaria. Dentro de este esquema de pensamiento inmanentista, la libertad no puede ser una forma de contingencia. Hablando absolutamente, la raíz metafísica de la contingencia es la trascendencia de Dios.

32 “Este es el eterno malentendido acerca de la libertad: el entenderla sólo en su sentido formal y subjetivo, abstraída de sus objetos y fines esenciales; así, la limitación del instinto, del apetito, de la pasión –la cual sólo pertenece al individuo particular en cuanto tal–, del arbitrio y del antojo, es tomada como una limitación de la libertad. Más bien es una tal limitación, sin más, la condición de la que procede la liberación, y la sociedad y el Estado las condiciones estables en las cuales la libertad, más bien, alcanza su realización” (*ibidem*, 59).

33 *Ibidem*, 66.

34 Ver *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Ob. cit., parág. 1.

Derecho con la voluntad. De ahí que sea necesario comenzar explorando qué sea la voluntad, en contraposición con la existencia.

La voluntad no es una facultad del espíritu, funcionalmente opuesta a la inteligencia, sino algo más: un momento posterior a ésta en el *desarrollo del espíritu*; es *el mismo espíritu práctico* y, en cuanto tal, la verdad próxima de la inteligencia, en el sentido preciso de “momento de la existencia” de ésta. En efecto, la inteligencia tiene sólo como objeto el concepto, es decir, lo abstracto, la representación universal del pensamiento que se queda en lo formal (“formal” en sentido kantiano, como opuesto a “contenido material”). La voluntad, en cambio, es “el pensamiento en cuanto se transfiere a la existencia (inmediata), en tanto impulso de darse la existencia (inmediata)”, es el principio de la determinación en cuanto ésta es, propiamente, lo real y, más aún, es la determinación misma del espíritu. En la voluntad, en tanto espíritu práctico, está incluido el pensamiento teórico, lo cual, si se mira bien, no resulta ser sino un momento negativo de aquélla. Entre la inteligencia y la libertad existe la misma proporción que entre concepto e idea³⁵.

La voluntad es libre. Pero en la libertad hay que distinguir tres momentos:

- a) *El momento de la indeterminación*. Es la libertad en su máxima abstracción, como opuesta a toda determinación; es, absolutamente, la libertad del vacío, la libertad negativa. Se trata de una libertad originada en forma inmediata en la abstracción (vacua) del entendimiento, que sólo se afirma removiendo toda determinación o contenido del querer, toda traba o coacción, de modo tal que “sólo destruyendo tiene el sentimiento de su existencia (inmediata)”; es la libertad revolucionaria, que llenó de horror a Europa con ocasión de las atrocidades de la Revolución Francesa. En términos kantianos, es la libertad como pura forma³⁶.
- b) *El momento del tránsito de la indeterminación indiferenciada a la diferenciación, al determinar y poner una determinación bajo la forma de objeto y contenido*. Es, propiamente, la segunda mediación del querer: así como la anterior no era otra cosa que la pura negación de todo contenido determinado de la voluntad, la cual se ponía a sí misma como negación, ahora se niega dicha negatividad, en cuanto mera indeterminación, y dentro de aquel universal vacío se incluye algo como objeto determinado del querer. Se trata también de un querer negativo y finito, en el cual la posición del objeto querido se desentiende de lo universal y se afirma sólo como particular. Como la anterior, es puramente unilateral, y permanecer en ella es lo propio de la obstinación, es decir, el identificar la libertad con el querer “esto”³⁷. Esta libertad corresponde a lo que para *Kant* es la libertad como mero arbitrio.
- c) *La síntesis de los dos momentos anteriores*. Y así, el concepto concreto de libertad es, a la vez, determinación e indeterminación en tanto es querer

35 Cf. *ibídem*, parág. 4, Zusatz. Véase todo el parágrafo, su observación y su agregado. Téngase en cuenta que la idea es el concepto más su existencia.

36 Cf. *ibídem*, parág. 5, observación y agregado (Zusatz).

37 Cf. *ibídem*, parágs. 5 y 6.

algo determinado “y en esa determinación permanecer consigo y retornar nuevamente a lo universal”³⁸ (es decir, en la medida en que la determinación del objeto es congruente con un querer universal, de manera tal que no le cierra el paso a la universalidad del querer consustanciado con el concepto). De esta forma, la voluntad es individualidad: el primer momento concreto (y, por lo tanto, verdaderamente real) de la libertad.

Posteriormente *Hegel* continúa su argumentación dialéctica considerando el *fin* y el *contenido* (forma y materia, respectivamente) como particularización, la cual, a su vez, puede ser *en sí* (voluntad natural o inmediata, como instinto o tendencia) o *para sí* (la voluntad en cuanto decide o se resuelve en sí misma), cuya primera síntesis es el *arbitrio*, entendido como la contingencia del querer. Pero ese arbitrio es, a su vez, contradictorio en sí mismo, contradicción que se manifiesta en la dialéctica de los instintos e inclinaciones que se oponen y estorban recíprocamente. Recién cuando el pensamiento se realiza en la voluntad, superando en su universalidad la contingencia contradictoria del mero arbitrio, determinado por un provisorio ser para sí y el contenido inmediato (y natural) del querer, la libertad alcanza su *idea*³⁹. Así entendida, la voluntad es universal, porque comprende y, a la vez, supera todo lo meramente particular, pero no como lo universal meramente abstracto, sino mediado por la negación de lo particular, es decir, como *universalidad concreta* (o, lo que es lo mismo, *idea* –concepto más existencia–).

El Derecho es, precisamente, la existencia de la voluntad libre en cuanto es *idea*. No es el arbitrio individual, cual un “Derecho Subjetivo” al modo del pensamiento de otros autores modernos, como *Hobbes*, *Locke* o *Rousseau*, ni la pura forma de la voluntad o libertad exterior (en el fondo, puro límite negativo), como para *Kant*, sino la síntesis de contenido y forma universal en su existencia como *idea*. El Derecho, a su vez, puede ser considerado como *Derecho abstracto*⁴⁰ o como *Derecho Positivo*, en el sentido preciso de Derecho del Estado. Sin embargo, como el Estado, por su parte, también puede ser considerado como individuo, y por lo tanto como fenómeno, resulta que el único Derecho concreto máximamente verdadero o absoluto es el *Derecho del Espíritu del Mundo*, el cual sólo se hace conocer a través del veredicto del tribunal de la historia universal, cuyo procedimiento normal es la guerra.

2. Los tres momentos del Espíritu Objetivo

2.1. El marco dialéctico general

Para *Hegel*, la Teoría del Estado se inscribe como un momento dialéctico en la Filosofía del Espíritu. Conviene, por lo tanto, antes de considerar sus principales proposiciones acerca del Estado y del Derecho, tener en cuenta el marco dialéctico

38 *Ibidem*, parág. 7, Zusatz.

39 Cf. *ibidem*, parágs. 11 al 21 inclusive.

40 Identificado erróneamente por algunos como el “Derecho Natural” [cfr., v. gr., López Calera (1967). *Derecho abstracto o natural en Hegel*. Granada. Univ. de Granada].

que les confiere sentido. Ahora bien, toda la filosofía hegeliana puede dividirse en tres partes⁴¹:

- a) La afirmación primaria de todo el sistema, y que opera como *tesis* general, es la identificación de realidad (ser) y pensamiento. Se trata, como se ve, de un idealismo absoluto. El ser, en cuanto puro pensamiento, y con independencia de su desarrollo “fuera de sí” y de su consiguiente retorno, constituye el objeto de la *Lógica*. Esta ciencia, claro está, es a la vez lógica y metafísica. En ella el pensamiento es “sorprendido” antes de su despliegue dialéctico en el mundo.
- b) El objeto del pensamiento en cuanto *antítesis* es la *naturaleza*, en cuanto negación del espíritu o, más precisamente, en cuanto no-espíritu, lo otro, lo ajeno al espíritu. Ella, a su vez, tiene tres grandes partes: 1º) (tesis) la pura exterioridad de la materia como absoluta enajenación (ser otro) de la Idea: la *mecánica*; 2º) (antítesis) la naturaleza según su determinación intrínseca, vale decir, como forma (y diferencia): la *física*; 3º) (síntesis) la naturaleza en cuanto se refiere a sí (a su forma intrínseca), lo exterior y todas sus propiedades físicas, reconduciendo a la unidad del sujeto —estrictamente para sí— el proceso infinito de nacimiento y desarrollo (crecimiento, nutrición, etc.) de la naturaleza: la *física orgánica*, o la *biología*.
- c) La *síntesis* del sistema es la *Filosofía del Espíritu*, que considera la Idea en cuanto es espíritu y retorna a sí de su extrañamiento en el mundo natural. En este retorno el Espíritu se reconoce primero como sujeto (1ª parte: *El Espíritu Subjetivo*, que incluye la Antropología, la Fenomenología del Espíritu y la Psicología). En segundo lugar, el Espíritu es contemplado en cuanto Idea Objetiva (2ª parte: *El Espíritu Objetivo*, que comprende el Derecho abstracto, la Moralidad y la Eticidad). Por último, el Espíritu retorna a sí en su eterna identidad, en la que se identifican y resuelven la subjetividad y la objetividad; es el momento del Espíritu como sustancia absoluta, universal y única, que reúne en sí la totalidad de las determinaciones de lo real, no como meras determinaciones particulares, sino como momentos que se resuelven en lo universal; es el momento del universal concreto que se da a sí mismo su existencia perfecta (3ª parte: *El Espíritu Absoluto*, que incluye la Estética, la Religión y la Filosofía).

2.2. *El Derecho abstracto (primer momento del Espíritu Objetivo)*

El Derecho abstracto es la existencia inmediata y exterior de la libertad. En esto, como se ve, de pone de manifiesto una vez más la herencia kantiana. El Derecho aparece como un objeto inmediato y exterior en la existencia del espíritu como conciencia. Por sí mismo, pues, implica la subjetividad en cuanto se tiene a sí misma

⁴¹ Sigo el esquema de la *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften*.

como objeto y fin: la *persona*⁴². En palabras del propio *Hegel*, la idea de la voluntad (es decir, del Espíritu que se realiza), en cuanto inmediata, es: a) como concepto (abstracto), la personalidad; b) como existencia, el Derecho formal o abstracto⁴³.

La persona tiene en sí misma una contradicción constitutiva: de una parte, es sujeto y, por lo tanto, algo determinado; de otra, en cuanto conciencia, dice una referencia necesaria al absoluto y lo infinito; y ella misma es ese sujeto que se apropia como suyo y como fin ese infinito absoluto. A su vez, este sujeto que pretende para sí el absoluto y el infinito, no es más que el concepto de la posibilidad de su existencia. Ésta, en cuanto mera posibilidad que, sin embargo, se hace exterior y existencia, precisamente como posibilidad exterior de realización de la persona, es el Derecho abstracto.

En cuanto tal, el Derecho abstracto es algo *negativo*, en la medida misma en que es abstracto o, lo que es lo mismo, posibilidad de una determinación ulterior. Más allá, pues, de la ilusión que la mención del concepto de libertad puede generar en quien no comprenda los grandes teóricos de la Revolución (v. gr., *Hobbes*, *Rousseau*, *Locke*, *Kant* y el propio *Hegel*), ésta es la verdad del Derecho abstracto:

“[...] la determinación jurídica es sólo un *permiso* o *autorización*. La necesidad de este Derecho se limita, por la misma razón de su abstracción, a lo negativo, a no dañar la personalidad y a lo que de ella se sigue. Existen, por lo tanto, sólo *prohibiciones jurídicas* y la forma positiva de las prescripciones tiene como fundamento, según su último contenido, la prohibición”⁴⁴.

La persona, en cuanto sujeto del Derecho abstracto, es sólo individualidad inmediata que en la existencia exterior de su libertad busca darse su existencia concreta como persona, es decir, como *libertad-para sí*. En esta búsqueda de su existencia y realización concreta, la persona *individual* (sujeto del Derecho abstracto) da lugar a tres momentos dialécticos, que conforman el proceso del Derecho abstracto, a saber:

- a) La propiedad, en la que la persona abstracta (individuo) se relaciona consigo misma mediante algo exterior a sí (la cosa).
- b) El contrato, en el que la persona se relaciona con otro individuo mediante una voluntad común.
- c) La injusticia y el delito, en lo que la persona actúa precisamente en cuanto individuo particular, contrastando su voluntad particular con el interés del otro.

2.3. La Moralidad (segundo momento del Espíritu Objetivo)

Así como el Derecho abstracto consiste en la libertad exterior en su existencia inmediata, la Moralidad es el momento de la persona como sujeto, es decir, como

42 Cf. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Ob. cit., parág. 35.

43 Cf. *ibidem*, parág. 33.

44 *Ibidem*, parág. 38.

para-sí, en oposición a lo *en sí* (lo natural). La negación de la pura y vacía exterioridad ética y, a la vez, la realización de la existencia del concepto de persona, marcan el retorno a ésta como principio intencional de la acción.

El programa de *Hegel* en este momento es, por cierto, ambicioso, en la medida en que quiere, a la vez: a) de una parte, conservar el momento de la subjetividad de la conciencia, propio de la Reforma Protestante, y la universalidad formal de ésta, tal como la concibiera *Kant*; b) de otra, superar el formalismo vacío al que conduce el kantismo –ya que su único principio material rescataable, supuesto que hubiera alguno, no sería otro que el valor de la personalidad individual– y volver a una moral de fines y bienes, propia de la tradición clásica y cristiana. Sin embargo, no parece haber proporción entre su pretensión y el resultado alcanzado.

Esta parte es la más breve e insustancial de toda la *Filosofía del Derecho*, a punto tal que su existencia parece deberse más a una exigencia sistemática que a una verdadera comprensión de los problemas. Sus grandes temas: el propósito, la intención y la conciencia moral –advírtase que se trata de los momentos constitutivos de toda subjetividad moral, cualquiera que fuere el sistema de que se trate– son objeto de un análisis superficial, breve y casi de compromiso.

2.4. La Eticidad (tercer momento del Espíritu Objetivo)

La *Eticidad* es “la identidad *concreta* del bien y de la voluntad subjetiva, su verdad”⁴⁵. “Lo jurídico y lo moral no pueden existir por sí y deben tener lo ético como fundamento y soporte, puesto que al Derecho le falta el momento de la subjetividad, que sólo la moral, al contrario, lo tiene como suyo propio; así pues, ninguno de ambos momentos tiene por sí mismo realidad efectiva. Sólo lo infinito, la Idea, es verdaderamente real: el Derecho sólo existe como rama de un todo [...]”⁴⁶. Es decir, el Derecho sólo existe en el Estado; pero no sólo el Derecho, sino también la moral y la persona como sujeto intencional. La *Eticidad*, dice *Hegel*, es “el concepto de la libertad que ha devenido como mundo objetivamente existente y como naturaleza de la conciencia en sí”⁴⁷; es “la idea de la libertad”⁴⁸. De esta manera se define al Espíritu Objetivo. En él lo subjetivo se apropia de lo natural o *en sí* y se convierte en mundo; pero no en el mundo meramente negativo respecto del Espíritu, que es la Naturaleza, sino en el *mundo del Espíritu*; o, dicho en forma más enérgica y precisa: *el Espíritu hecho mundo*.

A la *Eticidad* le corresponden, a su vez, tres momentos dialécticos:

- a) *La familia*. Ésta es la primera forma de existencia concreta de la libertad, a la vez exterior y moral. Ella es el reino del amor que se exterioriza. Un

45 *Ibidem*, parág. 141.

46 *Ibidem*, parág. 141, Zusatz.

47 *Ibidem*, parág. 142.

48 *Ídem*.

amor, claro está, afectado por una ambigüedad dialéctica esencial, pues se trata del sentimiento de unidad con los otros, en el cual la persona se siente a la vez miembro⁴⁹. Se trata del momento de la contradicción que habita en la persona en cuanto es a la vez *para sí* y *para otro*. Esta tensión se irá agudizando, hasta llegar al ápice del Espíritu Objetivo, el Estado, en el cual se ha de concretar el desplazamiento de la personalidad, desde la persona individual hasta la comunidad. La misma familia, que por momento parece dotada de la firmeza de la sustancia ética, encuentra en su disolución el ciclo natural que conduce a la Sociedad Civil y al Estado. “La familia se consume en los tres aspectos siguientes: 1º) en la forma de su concepto inmediato, como *matrimonio*; 2º) en la existencia inmediata exterior, la propiedad y los bienes de la familia y su cuidado; 3º) en la educación de la prole y la disolución de la familia”⁵⁰. Las formas de disolución de la familia, a su vez, son tres: 1º) una disolución de *hecho*, efecto de la contingencia del amor humano, que es la separación⁵¹; 2º) una disolución ética, consistente en la emancipación de los hijos⁵²; y 3º) una disolución *natural* por muerte de los padres⁵³.

- b) *La Sociedad Civil*. Se trata del tránsito de la familia al Estado. Mientras que una y otro son, en su plano (o “momento”), “lo sustancial del Espíritu” y, por lo tanto, la realidad efectiva de la existencia de la idea ética, la Sociedad Civil es sólo “el mundo fenoménico de lo ético”⁵⁴, el “estadio de la apariencia”⁵⁵. Es “apariencia” porque, siendo un momento de tránsito a lo universal a partir de lo particular (la familia), lo universal está aquí sólo como momento abstracto, como cierta totalidad de una universalidad de intereses egoístas⁵⁶. Este tránsito, empero, no significa anterioridad de la Sociedad Civil respecto del Estado, sino lo contrario, pues, como dice *Hegel*, la Sociedad Civil es el tránsito de la familia al Estado en cuanto *diferencia*, la cual *supone* al Estado, sin la cual la Sociedad Civil no existiría; lo mismo cabe decir del Derecho abstracto; se trata de “momentos” dialécticamente anteriores, que de suyo no significan el orden de la sucesión temporal. La Sociedad Civil contiene, a su vez, estos tres momentos: “1º) La mediación de las *necesidades* y la satisfacción del *individuo* por su trabajo y por el trabajo y la satisfacción de las necesidades de *todos los demás* —el sistema de las *necesidades*. 2º) La realidad efectiva de lo universal de la *Libertad*, contenido en dicho sistema, la protección de la propiedad a través de la *administración de justicia*. 3º) La prevención contra la contingencia que queda como rema-

49 Cf. *ibidem*, parág. 158.

50 Ídem, parág. 160. Sólo *Hegel* puede decir, sin pestañear, que la última forma de realización consumativa de la familia consiste en la disolución de ésta.

51 Cf. *ibidem*, parág. 176.

52 Cf. *ibidem*, parág. 177.

53 Cf. *ibidem*, parág. 178.

54 Cf. *ibidem*, parág. 181.

55 Cf. *ibidem*, Zusatz.

56 Cf. *ibidem*, parág. 183.

nente de aquel sistema y el cuidado de los intereses particulares como de algo común por medio del poder de *policía* y la *corporación*⁵⁷.

- c) *El Estado*. Es el tercer momento de la Eticidad y él constituye el objeto central de nuestro estudio.

3. La doctrina del Estado

3.1. El Estado y la libertad concreta

“El Estado es la realidad efectiva de la libertad concreta”⁵⁸. Intentemos comprender esta definición.

Por lo pronto, si se toma en cuenta la oposición entre fenómeno y realidad efectiva, de rancio cuño platónico, el Estado es a la Sociedad Civil como lo “verdaderamente real” al “mero aparecer”. Repasemos negativamente el concepto:

El Estado no es sólo libertad exterior (como el Derecho abstracto y la propiedad); ni es meramente libertad interior (como la autodeterminación del propósito y, menos aún, como puro arbitrio negativo); ni es la libertad concreta inmediata (como se da en la familia); ni es la pura exteriorización del interés particular, que se integra, mediante una cierta concordia objetiva, en un sistema general de producción económica y de seguridad del propio derecho (Sociedad Civil).

El Estado aparece como verdadera concreción de la libertad (en cuanto concepto más su existencia) que resume en síntesis el principio de la interioridad de la libertad y su objetividad; libertad que, en efecto, sin dejar de ser para el sujeto individual principio del querer particular, se integra en la universalidad de lo colectivo, que supera los momentos particulares y, a la vez, los realiza, creando una nueva sustancia ética real y un absoluto objetivo.

He aquí, en un denso texto, la idea hegeliana de *libertad concreta*:

“La *libertad concreta* consiste en que la individualidad personal y sus intereses particulares tengan tanto su total *desarrollo* y el *reconocimiento de su Derecho* (en el sistema de la familia y la Sociedad Civil), cuanto que se conviertan por sí mismos en el interés de lo general, al que reconocen con su saber y su voluntad como *su propio Espíritu Sustancial* y toman como *fin último* de su *actividad*; de tal modo que lo universal ni tiene validez sin el interés, el saber y el querer particular, ni el individuo vive meramente para estos últimos como una persona privada, sin querer al mismo tiempo lo universal y tener una actividad consciente de esta finalidad”⁵⁹.

Del pasaje citado, y de lo expuesto hasta ahora, se sigue analíticamente:

57 *Ibidem*, parág. 188. Sobre el concepto hegeliano de *corporación* y su contraste con el pensamiento tradicional y cristiano, cf. del autor *Ensayo sobre el orden social*, Buenos Aires, I.E.F. “Santo Tomás de Aquino”, L. I, cap. IV, 1, 152-154.

58 *Ibidem*, parág. 260.

59 *Ídem*.

- a) La familia y la Sociedad Civil tienen su desarrollo en el Estado⁶⁰.
- b) Dicho desarrollo incluye el reconocimiento de ambos (familia y Sociedad Civil), como condición de su existencia concreta.
- c) La familia y la Sociedad Civil no tienen ninguna sustancialidad –tampoco la persona individual, disuelta ya anteriormente en dichos momentos–, pues la han perdido frente al Estado, el cual les devuelve realidad *en sí y para sí*.
- d) El fin particular deja de ser verdadero fin (para la familia) o posibilidad de integración global (en la Sociedad Civil), pues ha sido sustituido por el fin del Estado, que integra sólo como parte.

En resumen, las sociedades o grupos infra-políticos pierden frente al Estado sus fines particulares, su “sustancialidad” y hasta su actividad, en cuanto el fin, la “sustancialidad” y la actividad son ahora del Estado. La gravedad de esta afirmación, respecto no ya de las comunidades infra-políticas sino de la propia existencia de la persona, se pone de manifiesto si se considera que “*el sujeto es la serie de sus acciones*”⁶¹; cosa que no debe llamar la atención, cuando se afirma que “*el Espíritu es en sí mismo un proceso*”⁶².

Hegel pretende encontrar en su doctrina del Estado la síntesis y la solución del problema planteado por Kant y los pactistas en general, a partir del reconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad en composición con el hecho necesario e ineludible de las relaciones mando-obediencia y de las tensiones entre los arbitrios particulares y el interés colectivo. En otras palabras, se intenta integrar *deber e interés* en una teoría de la libertad. Frente al Estado, por lo tanto, tal como por otra parte pensaba Rousseau, el hombre encuentra su libertad concreta si identifica sus fines con los públicos. Si, por el contrario, ello no sucede, entonces el hombre no puede ser libre, porque su querer empírico ha entrado en contradicción con su “querer verdadero”.

La cuestión se agrava si se toma en cuenta que aunque la *actividad* se impute al Estado, en definitiva el querer de éste se encarna –más allá de todo el aparato burocrático– en el hombre providencial, el jefe o el caudillo iluminado, en el cual, a su vez, se encarna el Espíritu del Mundo, obrando de tal modo que en él la pasión particular expresa la Idea universal⁶³. Es decir, el Espíritu, que no es otra cosa que “lo que hace”⁶⁴, se hace y toma conciencia de sí mismo en la sucesión de *decisiones* del caudillo⁶⁵. Y a esa decisión o sucesión debe someterse el hombre individual (y con él la familia y la entera Sociedad Civil), encontrando en ella su libertad, su verdad y su desarrollo como persona concreta, como padre de familia y como miembro de las comunidades socio-económicas.

60 Ya se ha visto qué es el desarrollo para Hegel: el pasaje de uno a otro momento dialéctico, en el que lo que se desarrolla cambia y desaparece, resolviéndose en lo nuevo.

61 *Ibidem*, parág. 124.

62 *Ibidem*, parág. 267, Zusatz.

63 Cf. *ibidem*, parágs. 279, 344 y 348. Respecto a la descripción de estos hombres, en los que se encarna la “astucia de la razón”, cf. *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*. Ob. cit., Einleitung, 44 y sigs.

64 Cf. *ibidem*, parág. 343.

65 Se advierte claramente aquí un antecedente del *decisionismo* de Carl Schmitt y de la teoría del caudillo (*Führer*) nacional-socialista.

3.2. *El Estado y la soberanía*

El Estado, en la precisa medida en que es Espíritu, es voluntad creadora, cuya cima es la *Soberanía*, que es la unidad y la identidad de un todo que existe como sujeto y que encuentra en la ultimidad de su *decisión* el momento culminante de su existencia subjetiva. En general, y con relación a la *soberanía exterior*, la soberanía tiene dos determinaciones constitutivas:

- 1º) Los asuntos y los poderes particulares del Estado no son ni independientes ni definitivos, sea que se los considere en sí mismos, sea con relación a la voluntad de los individuos (particulares) en los que tienen existencia inmediata.
- 2º) Ellos, por el contrario, tienen su raíz última en la unidad del Estado como en su propia “identidad simple”⁶⁶.

Este concepto de la soberanía supone la absoluta concentración de todo el poder social, de tal modo que las corporaciones y comunidades con pretensión de alguna independencia no sean ya factores en sí mismos independientes, sino sólo “partes, miembros, momentos orgánicos”, cuyo aislamiento es la enfermedad⁶⁷. El Estado es un verdadero individuo, porque tiene en sí el momento de la auto-determinación en toda su *negatividad* constitutiva, como relación negativa consigo mismo en la auto-posición de su diferencia.

Ahora bien, esta subjetividad soberana existe como auto-determinación de la voluntad en la que reside la *decisión última*. A su vez, este momento del Estado –el de la decisión absoluta– se identifica con un monarca, jefe o caudillo. El Estado existe, por lo tanto, en la decisión que puede merecer el calificativo de *absoluta* o *última* de un hombre que encarna la voluntad creadora e individual del Estado. La fórmula que usa *Hegel* no puede ser más elocuente:

“(La soberanía) es el elemento último, que elimina toda particularidad en el simple sí mismo, y que interrumpe la deliberación acerca de los pros y contras entre los que se oscila indefinidamente, y con su *yo quiero* decide y da comienzo a toda acción y a toda realidad efectiva”. “Toda acción y toda realidad efectiva tienen su comienzo y su consumación en la unidad definitiva de un jefe”⁶⁸.

3.3. *La divinización del Estado*

A partir de todo lo anterior, puede entenderse el sentido que tiene para *Hegel* la exaltación del Estado. Se trata, claro está, de un momento del desarrollo, el máximo que corresponde al Espíritu Objetivo, de la Idea en la historia. El Estado es el Espíri-

66 Cf. *ibídem*, parág. 278.

67 Cf. *ibídem*, observación.

68 *Ibidem*, parág. 279.

tu Objetivo en su realidad concreta y, por lo tanto, es lo divino, Dios mismo, en cuanto objetivo. Todas estas afirmaciones deben ser asimiladas en su rígido contexto inmanentista, en el que Dios ha sido identificado con el Espíritu del Mundo. A partir de este entendimiento, adquieren su plena significación las afirmaciones del filósofo que, quizás para algunos, pudieran parecer exageraciones. Pero no hay exageración alguna. *Hegel* habla en serio, y así debe ser comprendido. Conviene leer algunos pasajes:

“El Estado es en sí y por sí la totalidad ética, la realización de la libertad, y es un fin absoluto de la Razón que la libertad sea efectivamente real. El Estado es el Espíritu que está instalado en el mundo y se realiza en sí mismo con conciencia”⁶⁹. Es el camino de Dios en el mundo, el que constituye el Estado; su fundamento es la fuerza de la razón que se realiza como voluntad. Para tener la idea del Estado no es necesario observar Estados e instituciones, sino considerar la Idea misma, *este Dios efectivamente real*⁷⁰. “El Estado es la voluntad divina en cuanto Espíritu presente, que se despliega en una figura real y en la organización de un mundo”⁷¹. “El pueblo como Estado es el Espíritu en su racionalidad sustancial y en su realidad efectiva inmediata y, por lo tanto, el poder absoluto sobre la Tierra”⁷².

De este carácter absoluto (“los Estados independientes son [...] totalidades que se satisfacen a sí mismas”⁷³) surge la posibilidad del conflicto. Pues si el Estado es la encarnación del Espíritu, y el Espíritu del Mundo no puede ser sino uno, la cuestión consiste en cómo dicho Espíritu se posa sobre un pueblo, convirtiéndolo en portador de un Derecho absoluto⁷⁴. Todo otro Derecho estatal que no coincida o no se subordine a este Espíritu del Mundo es mera particularidad y, en tanto tal, opuesto a la razón⁷⁵. Se ponen así las bases de las grandes políticas imperialistas, que necesariamente conducen a la guerra, como muestra la historia y nuestra propia experiencia contemporánea.

IV. La doctrina del Estado y la guerra

1. Caracteres generales

“El Estado es individuo, y en la individualidad está implicada esencialmente la negación”⁷⁶. Esto es un corolario de la teoría del Espíritu. La soberanía exterior

69 *Ibidem*, parág. 258, Zusatz.

70 *Ídem*.

71 *Ibidem*, parág. 270. Para comprender la importancia de esta afirmación, debe consultarse todo este párrafo, quizás el más largo de la obra, cuyo tema es la relación del Estado con la religión.

72 *Ibidem*, parág. 331.

73 *Ibidem*, parág. 332. El pasaje citado hace uso, pero en el contexto de su pensamiento inmanentista, del concepto clásico de *autarquía*.

74 “Sólo el Derecho del Espíritu del Mundo es lo ilimitadamente absoluto” (*ibidem*, parág. 30).

75 “El Derecho del Estado está, pues, en un peldaño superior al de los otros niveles; él es la configuración más concreta, que sólo se subordina a la suprema verdad absoluta del Espíritu del Mundo” (*ibidem*, parág. 33, Zusatz).

76 *Ibidem*, parág. 324, Zusatz.

es esta individualidad y unidad de la voluntad que en su relación negativa consigo misma –en la que consiste la individualidad– se pone en relación con *otro* como un “negativo exterior”. “El Espíritu, en cuanto *infinita* relación *negativa consigo* en la libertad, es también esencialmente *ser-para-sí*, que *ha recogido en sí* la diferencia establecida y, por lo tanto, es exclusivo”⁷⁷. “La individualidad, en tanto excluyente ser-para-sí, aparece como *relación con otros Estados*, cada uno de los cuales es independiente frente a los otros”⁷⁸. Dado esto, resulta que la relación de los Estados entre sí, en cuanto son individualidades exclusivas y soberanas, con una voluntad que no tiene superior, es la relación permanentemente conflictiva de voluntades que pretenden ser, todas a la vez, absolutas y universales, pero que forzosamente, precisamente porque son individuos, se relacionan mutuamente como particulares. Esto, más que una contradicción dialéctica, suena simplemente como absurdo al buen sentido. La relación inmediata de los Estados es, por lo tanto, *negativa*, la cual negatividad engendra forzosamente un *enemigo*⁷⁹.

La guerra se inscribe como un momento necesario en la vida política; y más precisamente, como su momento culminante, en la medida en que en ella se pone a prueba la existencia absoluta del Estado, tanto relación con sus constitutivos interiores, cuanto con los demás Estados, pretendientes todos ellos a ejercer una existencia absoluta (lo cual, sin embargo, le está reservado a uno de ellos). Se trata, pues, de dos aspectos de la doctrina del Estado y la guerra que conviene examinar por separado.

2. La guerra como momento absoluto con relación a los miembros del Estado

Se ha mencionado ya cómo *Hegel* destaca, en la *Fenomenología del Espíritu*, la “enorme fuerza de lo negativo”. En este mismo contexto, afirma: “La vida del Espíritu no es la vida que tiene temor frente a la muerte y sale puro y airoso de la desolación, sino la que la soporta y se mantiene en ella. El Espíritu sólo obtiene su verdad en el mismo instante en que se encuentra a sí mismo en el absoluto desgarramiento. Él no es el poder como lo positivo que se aparta de lo negativo [...], sino que es sólo esta fuerza cuando mira lo negativo en el rostro y permanece cerca de ello. Esta fuerza mágica es lo que lo hace volver a ser”⁸⁰. Más adelante ejemplifica con la guerra esta fuerza de lo negativo en la vida del Espíritu. He aquí el texto:

“El Espíritu de la agrupación universal es la *simplicidad* y le esencia *negativa* de estos sistemas que se aíslan. Para no dejarlos arraigar y consolidarse en este aislamiento, permitiendo a través de ello que el todo se desintegre y que el Espíritu se esfume, el gobierno tiene que sacudirlos de tiempo en tiempo en su interior por medio de las guerras, concul-

⁷⁷ *Ibidem*, parág. 321.

⁷⁸ *Ibidem*, parág. 322.

⁷⁹ En el agregado al parágrafo 324, *Hegel* desestima el proyecto kantiano de “paz perpetua”. Dado por establecido que el Estado es un individuo, dice: “Aun cuando una multitud de Estados se constituyan en una familia, esa unión, en tanto individualidad, tiene que crear una oposición y generar un enemigo”.

⁸⁰ Ver *Phänomenologie des Geistes*. Ob. cit., Vorrede, 36.

cando y confundiendo de ese modo su orden establecido y su derecho de independencia, dándoles a sentir a los individuos, por medio de este trabajo que se les impone que, adentrándose en eso, se desenraizan y tienden a ser invulnerables *ser-para-sí* y hacia la seguridad de la persona, que su amo es la muerte. El Espíritu se defiende a través de esa disolución de la forma de la subsistencia, del hundimiento del ser ético en la existencia inmediata natural, y conserva y eleva el sí mismo de su conciencia a la *libertad* y a su *fuerza*. La esencia negativa se muestra como la potencia propia de la comunidad y como la *fuerza* de su autoconservación”⁸¹.

Se puede intentar un análisis sucinto de este denso párrafo:

- a) La agrupación universal es el Estado. Él es, como se vio, el momento culminante del Espíritu Objetivo, en el cual lo particular se integra en lo universal. El Estado, en cuanto tal, es la misma sustancia de dicho Espíritu.
- b) La simplicidad constituye al Estado en tanto éste no es el mero resultado de una agregación de partes, sino la sustancia misma del Espíritu objetivo en cuanto libertad efectivamente existente. Todo aquello que forma parte del Estado (el Derecho abstracto, las familias, el sistema de la Sociedad Civil, etc.) lo integra en la medida en que queda despojado de su carácter de particular subsistente en-sí y para-sí y se convierte en momento del todo. En la dialéctica hegeliana, la parte no integra el todo sino en cuanto es negada. Desde este punto de vista, pues, el Estado es la esencia negativa de sus partes constitutivas.
- c) Cada una de las partes o “sistemas” que integran el Estado, en la medida en que se aíslan, es decir, en tanto pretenden vivir su propia vida particular “en-sí” y “para-sí”, desintegran en esa misma medida al Estado y hacen “esfumar” el Espíritu Objetivo.
- d) De ahí que el gobierno, cuya primera misión es la existencia (inmediata) del Estado, debe promover que esos “sistemas” tomen conciencia de que su vida no consiste en la vida que creen poder encontrar aislados del todo, de tal manera que “sientan” que, en su puro “ser-para-sí”, su dueño y señor es la muerte. Las guerras, por lo tanto, tienen el efecto de despertar en las partes el sentido de su integración esencial como momentos del todo.
- e) Mediante la guerra, a su vez, se salva la sustancia ética (el Estado) de la identificación con sus puros componentes naturales. Frente al Estado, sus miembros no pueden pretender un “ser-para-sí”, pues el único para-sí es él mismo.
- f) De tal manera, con la guerra el Estado se afirma en la existencia de su libertad y poderío frente a las fuerzas interiores, conquistando su esencia última en el ejercicio de su soberanía.

En la *Filosofía del Derecho* vuelve a desarrollarse este tópico, como “momento ético de la guerra”. La idea es clara: La guerra no es un mal absoluto ni una

81 *Ibidem*, VI, A, a, 335.

mera contingencia exterior. En ella, por el contrario, la pura necesidad natural, que afecta como contingencia a todo lo finito, es elevada a la libertad en la decisión del soberano; y lo que es una amenaza natural de finitud (la muerte, el sacrificio de los bienes, etc.) se convierte ahora en algo ético *porque es querido*, pues lo meramente individual encuentra su verdad efectiva en lo universal que radica en el Estado⁸². La idea kantiana de la *paz perpetua*, por lo tanto, es utópica, porque ninguna alianza o confederación de naciones puede eludir la ley dialéctica de la historia.

3. La guerra como instancia ante el Tribunal de la Historia

Como se ha visto, *Hegel* justifica la guerra desde el punto de vista de la salud del Estado, como un recurso político natural que en ocasiones resulta necesario para preservar la paz interior. Pero aquí no se detiene la justificación. Por el contrario, ella debe buscarse también y principalmente en la perspectiva de la historia universal.

La guerra no sólo es un procedimiento válido para buscar el Derecho verdadero, en ausencia de un tribunal superior eficaz. Tampoco es tan sólo un medio para decidir fácticamente cuál es la más grande fuerza creadora presente. En rigor, las dos cuestiones son estrictamente una y la misma. Es necesario distinguir tres momentos distintos en la consideración del Derecho en el orden internacional, a saber:

- 1º) Con relación a sus componentes, según ya se vio, el Estado tiene un Derecho absoluto y se erige así en la individualidad máxima.
- 2º) En las relaciones exteriores, en cuanto puramente negativas, los Estados se enfrentan como individuos aún no diferenciados; es ésta una proyección casi inmediata al orden internacional del Derecho Estatal interno centrado en la idea de soberanía absoluta; es la esfera de lo que suele entenderse como Derecho Internacional Público, y cuyo núcleo está constituido por el reconocimiento recíproco de los Estados (como individualidades) y por la costumbre.
- 3º) El momento del Derecho del Espíritu del Mundo; he aquí el momento fundamental, ubicado en el tránsito mismo a otra etapa dialéctica (la del Espíritu Absoluto). Conviene detenerse en esta idea.

La guerra se justifica como una instancia del Espíritu del Mundo, en la que éste se manifiesta encarnado en un pueblo y en su conductor, confiriéndoles a ambos el Derecho absoluto. Frente a esta sentencia del Tribunal de la Historia no hay ningún Derecho válido que se le pueda oponer –ni interno ni internacional– porque ella es la misma voluntad creadora del Derecho. La guerra, pues, no es un recurso

⁸² “La guerra es la situación en la cual se toma en serio la vanidad de los bienes y las cosas temporales –que sin ella no pasaría de ser un discurso edificante– y es por ello el momento en el que la idealidad de lo particular adquiere su Derecho y deviene realidad efectiva” (*Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Ob. cit., 353). “En la paz la vida burguesa se ensancha más, todos los ambientes se hunden, y a la larga eso es un encenegarse en el vicio de los hombres. Pero a la salud le es debido la unidad del cuerpo, y cuando los miembros se endurecen ya está presente la muerte” (ibídem, parág. 324, observación).

excepcional sino un momento necesario y culminante de la política, en tanto ésta es emergencia del Espíritu.

V. Observaciones críticas finales

1. *Una petición de principio fundamental*

La famosa afirmación según la cual “todo lo real es racional y todo lo racional es real”, y la consiguiente identificación de ser y pensamiento es sólo una petición de principio. Ella resulta de la aceptación sin crítica del principio de inmanencia de la conciencia y de una peculiar interpretación del mismo. Lo que para *Kant* constituyó uno de los problemas más graves de sus *Críticas* –la cuestión del realismo y del idealismo– fue resuelto sin debate alguno y, lo que es peor, sin que su respuesta fuera fundada.

Ahora bien, ni el principio de inmanencia ni su derivación idealista son de por sí evidentes. Por el contrario, implican el desconocimiento y la falta de discusión de la doctrina aristotélica de la intencionalidad aristotélica y la negación de un dato primario de la experiencia humana: su constitutiva apertura a un mundo, del que forma parte sin identificarse.

Todo el sistema hegeliano se apoya en el vacío de la falta de fundamentación⁸³.

2. *El sofisma de la Dialéctica hegeliana*

Llama la atención el escaso sentido crítico con el que suele aceptarse el “valor positivo de la negación”⁸⁴ y la arbitraria mescolanza de las cuatro relaciones de oposición clásicas, en especial la confusión de contrariedad y contradicción⁸⁵. Hay en el pensamiento hegeliano un enorme sofisma, que consiste en confundir la negación lógica pura y simple (que está presente en la contradicción), con la distinción que opone como contrarios dos cosas dentro de un mismo género o en un mismo sujeto, lo cual implica, claro está, otra forma de negación. Ahora bien, el movimiento es precisamente el pasaje de una cosa a su contrario (ejemplo, de la paz a la guerra, o del calor al frío); en la contradicción, en cambio (v. gr. “blanco” y “no-blanco”, en el orden conceptual, o “todos los entes son blancos” y “algún ente no es blanco”, en el orden proposicional), no hay movimiento alguno; a lo más, un movimiento lógico aparente.

83 Merece citarse la obra de Fabro, C. (1969). *La dialéctica de Hegel*. Buenos Aires. Columba. El autor ofrece una selección de textos hegelianos y una lúcida exposición y crítica del principio de inmanencia, así como una rigurosa comparación metafísica entre realismo e idealismo como actitudes fundamentales.

84 Cf., como ejemplo, Niel, H. (1945). *De la médiation dans la Philosophie de Hegel*. Paris. Aubier, 216-217; y Léonard, A. (1974). *Commentaire littéral de la Logique de Hegel* París-Lovaina, 29-30.

85 Niel entiende que hay un “pasaje” de la contrariedad a la contradicción (cf. ob. cit., 218.220). Pero no es así, porque ya en el plano de lo que supuestamente debería ser la contradicción, Hegel pretende sacar de ella las consecuencias que Aristóteles admitía para la contrariedad: el movimiento. El hecho es que el filósofo alemán no ofrece ninguna explicación que justifique su procedimiento.

Lo dicho pone ya en cuestión la lógica de la dialéctica hegeliana⁸⁶. Pero además, ¿de dónde surge que algo tenga efectivamente que moverse? El dinamismo es, ciertamente, un dato de experiencia, pero nada autoriza a convertirlo en ley metafísica universal.

3. ¿Qué es el espíritu?

Pese a la profusa mención que hace *Hegel* del “Espíritu”, este concepto resulta ser metafísicamente problemático, no sólo en su sistema, sino en general para toda metafísica inmanentista. La razón de esto es que el estatuto metafísico del espíritu –sea que se lo entienda como Idea, Acto o forma pura– exige necesariamente un Absoluto trascendente, porque en su propia esencia o naturaleza como espíritu radica una constitutiva referencia a la infinitud del ser. Pero más allá de esta cuestión, cuyo análisis conduciría al pensamiento por otros derroteros lejanos de la Política, la aporía del espíritu resulta especialmente evidente en el caso de *Hegel*.

En efecto, para el filósofo alemán, el espíritu es libertad; la diferencia más profunda con la materia consiste en que ésta es el reino de la necesidad. Pero resulta que la libertad, a su vez, no es otra cosa que autodeterminación necesaria, tanto o más necesaria que la necesidad de la materia. Podría intentarse salvar este embrollo diciendo que la libertad es algo más que autodeterminación: es autodeterminación consciente; pero en este caso, el problema se traslada al concepto de conciencia, sobre todo si se tiene en cuenta que tanto ésta, como la propia libertad y el espíritu, es progresiva.

Por otra parte, la naturaleza material no es algo ajeno al espíritu sino, precisamente, su negación como objeto de la conciencia.

El asunto no tiene remedio. Por otra parte, no tiene sentido buscar una diferencia metafísica cuando no existen, propiamente hablando, verdaderas esencias específicas. De ahí que sea tan posible hablar de un idealismo espiritualista como de un idealismo materialista; y esto último es lo que hizo *Marx*, aunque llamando “realismo” a su idealismo.

86 En su obra (1992). *La filosofía de las universidades* (título original: *Ueber die Universitäts-Philosophie*, editada en Berlín en 1851, dentro de una recopilación de trabajos menores llamada *Parerga e paralipomena*), trad. italiana de G. Colli, con nota previa de F. Volpi. Milano, Adelphi Edizioni, Schopenhauer tiene juicios durísimos sobre la filosofía hegeliana. La llama “pseudo sapienza” (25), “payasada filosófica” (26), “la más escandalosa charlatanería filosófica, de la cual nunca había podido avergonzarse el mundo” (89). En concreto, la acusa de oscuridad buscada, ambigüedad, contradicción, de usar palabras inventadas y de cambiar el sentido de las palabras existentes. Dice: “Cuando una semejante filosofía de cátedra quiere sustituir pensamientos reales por frases incomprensibles que atontan el cerebro, por palabras de nuevo cuño y por ideas inauditas, la cual absurdidad viene llamada especulativa y trascendental, ella se convierte en una parodia de la filosofía, a la que desacredita” (110).

4. *El gnosticismo político hegeliano*

Henri Niel resume así la concepción política de *Hegel*: luego de recordar que según el filósofo alemán no debe atribuírsele al Estado la realización del bien común (lo cual para el exégeta francés sería un error del racionalismo), agrega que “lo propio del Estado es perseguir, en el *Hic et Nunc*, la realización de un fin trascendente a la historia. A este fin lo hemos reconocido como siendo la creación efectiva de una comunidad de sujetos, la realización progresiva del reino de Dios sobre la tierra”⁸⁷. Pero esto supone que haya algo trascendente a la historia, idea completamente ajena a *Hegel*.

El fin del Estado no es el bien común, para este sistema. Esto es cierto. El fin del Estado es la realización del Reino de Dios sobre la tierra; sobre esto tampoco hay dudas. Pero la cuestión es saber ¿quién o qué es el dios de *Hegel*? Pese a cierto barniz cristiano con el que él intenta enmascarar el sistema, es claro que no se trata, en el caso, de un Dios trascendente, radicalmente distinto del mundo, Acto Puro, creador libre, etc., según la tradición clásico-cristiana. Se trata, por el contrario, de una divinidad inmanente al mundo y a la historia, que se realiza en ellos y cuya ley interior es la necesidad dialéctica. Un dios necesario, de espiritualidad tan cuestionable como su trascendencia; un dios astuto, cruel, que usa de las pasiones, de las luchas y de la sangre de los hombres para obtener su propia vida. Se trata, en rigor, del Príncipe de este Mundo, cuyo poder es idéntico a su negatividad.

5. *La disolución de la tradición de la ley natural*

La ley natural, según la tradición clásica, es el criterio humano supremo de validez de la moral, el Derecho y el Estado. Criterio cuyos tres elementos conceptuales son la razón, la naturaleza y Dios, y que expresa un orden a fines: el bien común, la paz y los fines autárquicos de la persona. En el orden político, la ley natural cumple tres funciones principalísimas: a) es fuente de validez del Estado mismo como institución, de su autoridad o *potestates*, y del Derecho Positivo; b) es, a la vez, límite de todo ello; y c) es orientación o guía de la buena política, del recto ejercicio de la autoridad y del buen contenido de la legislación o de la doctrina judicial.

Nada de esto ha quedado en pie en el sistema hegeliano, pese a la reiterada invocación a la “Razón” y a “Dios”. Más bien el resultado es todo lo contrario. En definitiva, es la exaltación de la soberanía absoluta, del caudillaje, de la fuerza, de lo negativo y de la guerra. Puede decirse, sin temor a exagerar, que el pensamiento hegeliano significa un punto extremo del desarrollo de los principios del pensamiento moderno y uno de los umbrales del contemporáneo.

La razón, la primera regla de la ley natural, que es la fuente de la luz del *noûs* según *Platón* y *Aristóteles*, se pierde en la oscuridad de las contradicciones dialécticas. Podría aplicarse al propio *Hegel* un aforismo que gusta aplicar a los adversarios:

⁸⁷ *Ibidem*, 284.

“[...] en la oscuridad [de la noche de las contradicciones dialécticas, agrego por mi parte] todos los gatos son pardos”.

La naturaleza (la *phýsis* clásica) se disuelve en el devenir dialéctico, que viene a ser así un nominalismo disfrazado, en tanto propiamente hablando no cabe referirse a esencias específicas con consistencia sustancial. Ella, por lo tanto, no puede ser regla y medida del obrar.

Por último, el gran ausente es el Dios verdadero, Señor de la Paz. Hegel no parece haber comprendido, o se negó a comprender, la riqueza infinita del Ser, que en cuanto es infinitamente perfecto es difusivo de sí mismo, desbordándose en la participación que de Sí mismo hace al crear *ex nihilo* a los entes finitos y a la gracia de Cristo, mediante un acto de amor y libertad, sin necesidad alguna y sin emanación (al modo neoplatónico-gnóstico). No comprendió, o se negó a comprender, que en la roca viva de esa Bondad subsistente se funda la posibilidad y la actualidad del bien común político y de la ley natural, principios de toda razón y justicia para los hombres, el Estado y el Derecho en la vida temporal. Bondad que es la única autarquía absoluta, y que convoca como fin último a toda la creación. Este enmascaramiento de la realidad mundanal que *Hegel* lleva a cabo en la noche de la dialéctica, mediante la que pretende divinizar los hechos, significa algo más que una forma de ateísmo disimulado. Significa una tentativa de sustitución de la verdadera Divinidad por otro espíritu: el espíritu de este mundo. Y eso parece satanismo. La consumación de la política y de la suprema justicia mediante la guerra es una confirmación.

**EL ABORTO EN LA LEY EUROPEA:
DERECHOS HUMANOS, DERECHOS SOCIALES
Y LA NUEVA TENDENCIA CULTURAL**
*Abortion in European Law: Human Rights, Social Rights and
New Cultural Trend*

Grégor Puppincq*

Recibido: 3 de septiembre de 2015.

Aprobado por árbitro académico: 1 de octubre de 2015.

Resumen: Este artículo se propone analizar: 1) si existe un verdadero “derecho al aborto” en la Convención Europea de Derechos Humanos, 2) si el aborto es una violación a los Derechos Sociales, 3) si la reciente tendencia en Europa frente a la restricción del aborto muestra que éste es un problema social y no un derecho o una libertad individual. Legisladores y organizaciones esperando proteger mejor a los niños y a las mujeres, del aborto, encontrarán críticas a la idea de la existencia de un derecho humano al aborto, así como el marco legal en el cual elaborar leyes protectorias.

Palabras claves: Aborto – Derechos Humanos – Derechos Sociales.

Abstract: This article analyses 1) whether there is a right to abortion within the European Convention on Human Rights, 2) whether abortion is a violation of social rights, and 3) whether a recent trend in Europe toward a restriction on abortion shows abortion is a social problem, and not a right or individual freedom. Legislators and organizations hoping to better protect children and women from abortion will find here criticism of the idea of an existence of a human right to abortion, as well as a legal framework within which such legislative protections may be elaborated.

Key-Words: Abortion - Human Rights - Social Rights

* Director del Centro Europeo por el Derecho y la Justicia. Este artículo está compuesto de material publicado previamente, publicado aquí como trabajo original del autor; en consecuencia, desarrolla aspectos de los siguientes artículos: Puppincq, G. (2013). *Abortion and the European Convention on Human Rights*. Irish J. Legal Stud; Puppincq, G. (2013). “Abortion on Demand and the European Convention on Human Rights”. En *E-JIL:Talk! Blog of the Eur. J. of Int’l L.* Traducción por: Esther Ortiz. Correo electrónico: g.puppincq@gmail.com

I. El pretendido “Derechos al aborto” y la Convención Europea de Derechos Humanos: algunas tendencias

En Europa, cerca del 30 % de los embarazos termina en aborto¹. Después de más de treinta años de la legalidad del aborto en Europa², este debería ser visto de una manera objetiva por medio de la observación de sus implicaciones prácticas, experimentales e ideológicas. Un reciente ejemplo de esta necesidad de objetividad pueden ser las declaraciones de Lord David Steel, el arquitecto de las leyes liberales del aborto en Gran Bretaña, quien afirmó que él “nunca imaginó que podría haber tantos abortos”³ y “todo lo que sabíamos era que los hospitales a lo largo de nuestro país admitían pacientes infectadas por abortos autoinducidos y hasta tuvimos 50 mujeres al año que murieron a causa de ellos”⁴. Ahora, le advierte a Irlanda, cuyo gobierno está analizando cómo cumplir con la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la causa *A, B y C*⁵, que “sería un error legislar y tratar el aborto por causales como el riesgo de suicidio o violación”⁶. Ya no es posible hablar del aborto en términos de progreso y liberación femenina. En la realidad, la práctica del aborto se ha tornado un tema mucho más complejo para los médicos y los legisladores.

Los casos sobre aborto que han sido presentados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) reflejan el incremento de la variedad y la complejidad de las situaciones relacionadas con el aborto. Estos casos no están limitados al reclamo abstracto del acceso al derecho al aborto, sino que conciernen a una variedad de temas, como el aborto para personas menores de edad, el aborto eugenésico, el consentimiento para abortar y la obligación de brindar información previa al aborto. Han aumentado las denuncias de quienes abortaron a un niño que había sido diagnosticado con problemas mentales o discapacidades físicas y que se han sometido a esa práctica sin haber recibido toda la información necesaria. En un caso, un padre no tuvo éxito en su reclamación pese a que su compañera abortó a su hijo sin su consentimiento, mientras que en otro caso, una abuela tuvo éxito en una denuncia presentada ante la Corte para que su hija tuviera acceso a un aborto en condiciones que consideraba “satisfactorias”⁷.

1 “Hechos del aborto inducido en el mundo (Facts on Induced Abortion Worldwide)”, Guttmacher.org, http://www.guttmacher.org/pubs/fb_IAW.html#1 (última visita: 29 de septiembre de 2014).

2 Véase Albin Eser & Hans-Georg Koch, *Aborto y Ley (Abortion and the Law)* 35 n. 20 (Emily Silverman trans., 2005).

3 Gemma O’Doherty, “Un colega británico advierte de la Cláusula de Suicidio (UK Peer Warns on Suicide Clause)”, *Irish News* (21 de diciembre de 2012), <http://www.independent.ie/irish-news/uk-peer-warns-on-suicide-clause-28950172.html>.

4 Ídem.

5 TEDH, *Caso A, B and C v. Ireland*, 2010-VI, 185, No. 25579/05, disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2010-VI.pdf.

6 O’Doherty, *supra* nota 4.

7 Véase e.g. TEDH, *Caso Csoma v. Romania*, App. No. 8759/05, 2013, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-115862>; *Boso v. Italy*, 2002-VII, No. 451, disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2002-VII.pdf; *Vo v. France*, 2004-VIII, No. 67, disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2004-VIII.pdf; *P. and S. v. Poland*, App. No. 57375/08, 2012, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-114098>.

1. La vida prenatal no está excluida del alcance protector de la Convención Europea

Ciertamente, cuando la Convención Europea de Derechos Humanos fue redactada, el aborto era ampliamente condenado porque se consideraba una directa violación al derecho a la vida del niño no-nacido. Ahora ha pasado el tiempo, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos debe determinar cómo interpretar la práctica del aborto dentro de los parámetros y la lógica de la Convención, incluyendo el razonamiento jurídico, la consistencia interna y la jurisprudencia. En el momento de la redacción de la Convención, el aborto inducido era solamente legal con el fin de salvar la vida de la madre. La cuestión central era, y sigue siendo, si el feto es o no una persona según la interpretación del art. 2º que protege el derecho de “toda persona a la vida”. El Tribunal ha mantenido esta cuestión abierta con el fin de permitir a los Estados determinar cuándo comienza la vida y, por lo tanto, cuándo debe comenzar la protección legal.

Por una parte, el Tribunal permite a cada Estado, dentro “del margen de apreciación”, determinar “cuándo el derecho a la vida comienza”⁸. Por otra parte, el Tribunal, desde los casos *Brüggemann and Scheuten v. FRG*⁹ y *R. H. v. Norway*¹⁰, siempre ha rechazado el hecho de excluir al feto de la mira de las provisiones de la Convención declarando que el no nacido no es una persona dentro del significado de la Convención. En *Vo v. France*, la Gran Sala declaró “que no es ni deseable, ni siquiera posible, así como las cosas están, responder a esta cuestión tan abstracta de si el feto es una persona según el art. 2º de la Convención”¹¹ y agrega que “puede considerarse como la base común entre los Estados que el embrión/feto pertenece a la raza humana”¹² y, en consecuencia, “requiere de protección en nombre de la dignidad humana”¹³. El juez Jean-Paul Costa explicó:

“La Comisión y la Corte ya han trabajado en base al presupuesto de que el art. 2º es aplicable a la persona no nacida (sin afirmar, sin embargo, que la persona no nacida es una persona). Si el art. 2º hubiera sido considerado como totalmente inaplicable en esos casos, no habría tenido sentido –y eso se aplica al presente caso también– examinar la cuestión de la protección fetal y la posible violación del art. 2º, o usar este razonamiento para concluir que no hubo violación de tal disposición”¹⁴.

8 *Vo*, *supra* nota 8, § 82. El “margen de apreciación” en la jurisprudencia del Tribunal “se refiere al margen permitido por los Estados miembros en la observación del Convenio”. Véase Thomas A. O'Donnell, *The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, 4 Hum. Rts. Q. 474, 475 (1982); véase también Ian Brownlie, *Principles of International Law* 549–550 (2003) (un Estado Miembro está “supuestamente calificado para considerar las necesidades de una situación particular que afecte su jurisprudencia”).

9 *Caso Brüggemann and Scheuten v. Germany*, App. No. 6959/75 (1981) 3 E.H.R.R. 244, 10 Eur. Comm'n H.R. Dec. & Rep. 100.

10 TEDH, *Caso R.H. v. Norway*, App. No. 17004/90, 1992, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-1759>.

11 *Vo*, *supra* nota 8, § 85.

12 *Vo*, *supra* nota 8, § 84.

13 *Vo*, *supra* nota 8, § 84.

14 *Vo*, *supra* nota 8, § 10 (Costa, J., opinión separada).

Los que apoyan el derecho al aborto defienden su idea dentro del sistema de la Convención afirmando que “los Estados miembros son libres de determinar la disponibilidad y el estatus legal del aborto”¹⁵. Si bien es cierto que los Estados tienen la libertad de prohibir el aborto, el Tribunal ha dicho, con respecto a las protecciones para el feto y la madre, que los Estados miembros tienen la obligación en virtud de la Convención de prohibir abortos dolorosos o forzados. Por lo tanto, los Estados miembros no son totalmente libres de determinar la disponibilidad y el estatus legal del aborto, sino que deben equilibrar los diversos intereses legítimos y los derechos involucrados.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha emitido juicios sobre el aborto, como el fallo histórico de la Gran Sala en el caso *A, B y C v. Irlanda*, en 2010¹⁶, donde el Tribunal encontró violaciones al Convenio Europeo de Derechos Humanos por negar el aborto en situaciones específicas como cuando la vida o la salud de la mujer embarazada se encuentra en peligro o cuando el embarazo fue consecuencia de una violación. A través de sus diversas resoluciones, el Tribunal ha declarado que el aborto no es un derecho en virtud de la Convención, es decir, no existe el derecho a tener un aborto, como en *Martins Ribeiro v. Portugal*¹⁷, o para practicarlo como en *Jean-Jacques v. Belgium*¹⁸. La prohibición del aborto *per se* por un Estado no viola la Convención, siguiendo el precedente de *Martins Ribeiro v. Portugal*, así como el caso de los dos primeros demandantes, *A, B y C v. Irlanda*, que sin éxito demandaron al Estado la prohibición del aborto por solicitud.

2. El balance entre el conflicto de derechos e intereses

El Tribunal ha establecido que debe equilibrar adecuadamente los diferentes intereses legítimos en juego en los Estados donde el aborto es legal y frente a los casos que se presentan. El Tribunal ha subrayado que “una vez que el Estado, actuando dentro de sus límites de su apreciación, adopte disposiciones legales que permitan el aborto en algunas situaciones”¹⁹, “el marco legal diseñado para estos fines debe ‘ser de alguna manera coherente, tomando en cuenta de manera adecuada los diferentes intereses legítimos en juego en conformidad con las obligaciones

15 Cristina Zampas y Jaime M. Gher, “Aborto como un Derecho Humano”. En *International and Regional Standards*, 8 Hum. Rts. L. Rev. 249, 276 (2008). En el artículo, los autores se refieren en la parte I, sección (b)–(f), a Magda Krzyanowska-Mierzewska, “How to Use the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in Matters of Reproductive Law” (2004), disponible en: http://www.astra.org.pl/pdf/publications/astra_guide.htm.

16 TEDH, *Caso A, B and C v. Ireland*, 2010, No. 2032. Para la lista de sentencias en inglés desde 2010, véase HUDOC, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng>.

17 TEDH, *Caso Martins Ribeiro v. Portugal*, 2004, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-67313>.

18 *Caso Jean-Jacques v. Belgium*, App. No. 11684/85, Eur. Comm’n H.R. Dec. & Rep. (1988).

19 TEDH, *Caso P. and S. v. Poland*, 2012, § 99, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-114098>.

derivadas de la Convención”²⁰. Este lenguaje se ha convertido en la base para la regulación del aborto por parte del Tribunal. Por lo tanto, los Estados son libres de decidir si permiten el aborto. No obstante, si la legislatura nacional decide legalizarlo, el Tribunal puede analizar el marco legal mediante la búsqueda de un justo equilibrio, en una situación específica, entre los distintos derechos e intereses de las partes involucradas. Como la Gran Sala dijo: “Está claro [...] que la cuestión siempre ha sido determinada por el peso de varios, y a veces contradictorios, derechos o libertades”²¹. En síntesis, si un Estado decide permitir el aborto, su “margen de apreciación no está ilimitado”²² con respecto a “cómo se equilibran los derechos en conflicto”²³, porque “el Tribunal debe supervisar si su injerencia constituye un equilibrio proporcional de los intereses en juego”²⁴. En consecuencia, hay que sopesar la necesidad y la proporcionalidad de los derechos e intereses afectados por abortos a la luz de la Convención²⁵.

En el *Caso Vo v. Francia*, el juez Jean-Paul Costa señaló:

“[El Tribunal] tenía que haber llegado a una conclusión opuesta, si la aplicación de otra legislación le pareciera moderada para el justo equilibrio entre la protección del feto y los intereses de la madre. Pues, potencialmente, el Tribunal supervisa el cumplimiento del art. 2º, en todos los casos en los que se acomete contra la ‘vida’ del feto”²⁶.

El Tribunal ya ha identificado un número de esos “diferentes intereses legítimos involucrados”²⁷, como el legítimo interés de la sociedad en la limitación del número de abortos²⁸ y los intereses de la sociedad en relación con la protección de la moral²⁹. El Tribunal también ha identificado una serie de derechos garantizados por la Convención que pueden ser restringidos por el aborto, además del derecho a la vida del no nacido, el estatus de los cuales todavía no está claramente definido.

El derecho a la vida del niño por nacer no es el único derecho de la Convención afectado por el aborto. La Convención también protege los derechos implicados en los abortos tardíos y los abortos por género, respectivamente, en los arts. 3º y 8º de la Convención³⁰. El Tribunal aplicó el art. 3º que prohíbe la tortura de los no nacidos en

20 TEDH, *P. and S. v. Poland*, § 99; véase también *A, B and C* at § 249, y *R.R. v. Poland*, 2011, § 187, y *Tysic v. Poland*, 2007, §116.

21 TEDH, *Caso Vo v. France*, 2004-VIII, § 80.

22 *A, B and C v. Ireland*, 2010, en § 238.

23 *Ibidem* en § 237.

24 *Ibidem* en §238.

25 TEDH, *Caso A, B and C v. Ireland*, 2010, No. 2032, § 249; *R.R. v. Poland*, 2011, No. 2617/04, § 187; *P. and S. v. Poland*, § 99.

26 TEDH, *Caso Vo v. France*, App. 2004, No. 53924/00, ¶ 13 (Costa, J., opinión separada).

27 *Ibidem* en § 249.

28 TEDH, *Caso Odivre v. Fr.*, 2003, § 45.

29 TEDH, *Caso Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, App. No. 14234/88; 14235/88, Eur. Comm’n H.R. Dec & Rep. § 63 (1992); *A, B and C*, at §§ 222-227.

30 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, *abierto a firmas*. Nov. 4, 1950, 213 U.N.T.S. 222 (en vigor desde el 3 de septiembre de 1953), disponible en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20213/v213.pdf>.

CETS No.: 005 http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf.

el caso *Boso v. Italia*³¹, el “derecho a que se respete [...] la vida familiar”, garantizado por el art. 8º para el “padre potencial” en el caso *WP v. el Reino Unido*³², así como para la abuela potencial en el caso *P. y S. v. Polonia*³³. También hay otros derechos acortados en situaciones específicas, como la libertad de conciencia de los profesionales sanitarios³⁴ y las instituciones médicas³⁵. Los derechos de las personas con discapacidad, afectadas por nacimiento injusto³⁶ y reclamaciones de vida injusta³⁷, también han llegado ante el Tribunal. El Tribunal, en su jurisprudencia, ha decidido que la restricción al aborto debería tener un evidente y objetivo motivo que se imponga por sobre varios derechos e intereses, en especial la protección a la vida y a la salud de la mujer embarazada³⁸.

3. El aborto libre por simple solicitud de la madre no está justificado en la Convención

Es indiscutible, incluso para los defensores del derecho al aborto, que no existe un derecho directo o indirecto a un aborto libre o a un aborto por razones socioeconómicas derivable de algún tratado internacional o regional, incluida la Convención Europea de Derechos Humanos³⁹. El aborto por solicitud es ilegal en varios países europeos⁴⁰ y en alrededor de siete de cada diez países en el mundo⁴¹. Cuando se redactó la Convención, el aborto por solicitud fue ampliamente reconocido como un crimen⁴². Es cierto que la ausencia de un derecho no crea una prohibición y *viceversa*, pero tales argumentos jurídicos que apoyan el aborto no resisten el análisis. Aplicando el razonamiento y la jurisprudencia del Tribunal a tales afirmaciones, los abortos que se sustentan en esos argumentos no encuentran justificación en virtud de la Convención.

Examinando la jurisprudencia del Tribunal, aparece que la Corte Europea nunca ha admitido que el libre albedrío o la autonomía de la mujer, por sí sola, podría ser suficiente para justificar un aborto. Además, ningún derecho al aborto se

31 *Caso Boso v. Italy*, App. No. 50490/99, Eur. Comm. H.R., 5 de septiembre de 2002.

32 *Caso W.P. v. U.K.*, App. No. 8416/78, Eur. Comm'n H.R. Dec. & Rep. (1980).

33 TEDH, *Caso P. and S. v. Poland*, 2012.

34 TEDH, *Caso Tysi c v. Poland*, 2007, §121; *R. R. v. Poland* § 206.

35 *Caso Rommelfanger v. FRG*, App. No. 12242/78, Eur. Comm'n H.R. (1989).

36 TEDH, *Caso AK v. Latvia* (No. 33011/08) Eur. Ct. H.R. petición para documento certificado (última visita: 29 de septiembre de 2014).

37 TEDH, *Caso M. P. and Others v. Romania*, 2010, petición para documento certificado, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-144329> (última visita: 29 de septiembre de 2014).

38 TEDH, *Caso P. and S. v. Poland*, 2012, §§ 66–70.

39 Zampas and Gher, *supra* nota 16, at 287.

40 “Legislación del Aborto en Europa (Abortion Legislation in Europe)”, Library of Congress, <http://www.loc.gov/law/help/abortion-legislation/europe.php>.

41 “Hechos: El mapa del aborto en el Mundo 2013 actualizado (Fact Sheet: The World’s Abortion Laws in Map 2013 Update)”, Center for Reproductive Rights, http://www.reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/AbortionMap_Factsheet_2013.pdf. Este porcentaje incluye Hong Kong, Irlanda del Norte, Puerto Rico, Taiwán, Cisjordania y la banda de Gaza.

42 TEDH, *Caso Brüggemann and Scheuten v. Federal Republic of Germany*, 3 Eur. Ct. H.R. § 64 (1981).

deriva, lógicamente, del derecho a la autonomía personal. Como se ha indicado en los casos de *A, B y C v. Irlanda*⁴³ y, más recientemente, de *P. y S. v. Polonia*, la Gran Sala del Tribunal “ha declarado que el art. 8º [garantizando la autonomía personal] no se puede interpretar como el otorgamiento de un derecho al aborto”. Por lo tanto, mientras que el aborto por solicitud no encuentre justificación en virtud de la Convención, este afecta los derechos e intereses garantizados y reconocidos por la Convención. Alegar una restricción de derechos e intereses al aborto libre no es ni equilibrada, ni justificada por ningún derecho garantizado por la Convención. En consecuencia, el aborto libre viola la Convención. Sin embargo, el aborto libre representa la gran mayoría de los abortos realizados. Estas violaciones permitidas por los Estados son aún más flagrantes cuando se considera que no sólo existen obligaciones “negativas” de los Estados, en virtud de la Convención, a no quitar la vida, sino también obligaciones positivas para proteger y apoyar la vida de los no nacidos, de las mujeres embarazadas y la familia en general.

La única manera de que el Tribunal concluya que el aborto por solicitud no viola la Convención sería declarar que el no nacido no es una persona y, además, negarse a ofrecerle protección a los otros derechos e intereses afectados por el aborto. Para ello, el Tribunal tendría que empujar a los no nacidos a una *laguna jurídica*⁴⁴.

A primera vista, las personas pueden pensar que el aborto por solicitud es aceptable en la Convención porque el Tribunal aún no ha condenado a ningún Estado por permitirlo. Esta condena es poco probable que suceda, por razones prácticas, porque las víctimas directas del aborto y las asociaciones pro-vida no han sido reconocidas como víctimas⁴⁵. Hasta ahora, sólo las mujeres embarazadas han sido capaces de demandar con éxito, como víctimas, ante dificultades para obtener acceso al aborto legal, por negligencia o por complicaciones físicas como resultado del aborto⁴⁶. El Tribunal ha reconocido que “un padre potencial” puede presentarse como víctima de un aborto practicado a su hijo no nacido⁴⁷, aunque todavía no se ha encontrado ninguna violación a los derechos de un padre sobre todo porque el aborto impugnado se ha dirigido a la preservación de la salud de las madres y, por lo tanto, ha sido justificado después de equilibrar los intereses implicados.

En el *Caso de P. y S. v. Poland*, el Tribunal reconoció en virtud del art. 8º que “los intereses y las perspectivas de vida de la madre de una niña embarazada menor de edad están también involucradas en la decisión de llevar el embarazo a término o no”⁴⁸. Por lo tanto, un abuelo potencial también puede tener un *locus standi*.

43 TEDH, *Caso P. and S. v. Poland*, App. No. 57375/08, 2012, § 96.

44 Para una corta explicación de “laguna jurídica (legal gaps)”, véase John Gardner, *Concerning Permissive Sources and Gaps*, 8 Oxford J. Legal Stud. 457, 457–458 (1988) (puede haber una laguna jurídica “donde no hay respuesta completa” o “ausencia de una respuesta requerida”).

45 TEDH, *Caso Børre Arnold Knudsen v. Norway*, App. No. 11045/84, Eur. Comm’n H.R. Dec. & Rep. (1985); *X v. Austria*, App. No. 7045/75, Eur. Comm’n H.R. Dec. & Rep. (1976).

46 TEDH, *Caso Csoma v. Romania*, App. No. 8759/05 (2013).

47 TEDH, *Caso Boso v. Italy*, 1.

48 TEDH, *Caso P. and S. v. Poland*, App. No. 57375/08, 2012. § 109.

II. El aborto es una violación a los Derechos Sociales

Hay un gran interés de la sociedad por los derechos de las madres y de las familias *para no abortar*, como se puede apreciar en los casos en que se elige el aborto porque las madres o los padres no tienen medios para criar hijos. Los Estados tienen el deber de proteger la vida y promover la libertad económica y social. Si algunos abortos se producen a causa de limitaciones económicas entonces están implicados los Derechos Sociales y Económicos. El aborto, cuando es provocado por presiones económicas y sociales, contradice diversas disposiciones de la Carta Social Europea⁴⁹ y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)⁵⁰. Por ejemplo, el art. 10 del PIDESC establece que “se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto”⁵¹ y “se le debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles”⁵².

Del mismo modo, un aborto practicado por razones económicas muestra el fracaso de un Estado en respetar “el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado”. En virtud del art. 11 del PIDESC, los Estados reconocen “el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia”⁵³, y en la I Parte de la Carta Social Europea, los Estados reconocen que “[l]a familia, como célula fundamental de la sociedad, tiene derecho a una adecuada protección social, jurídica y económica, para lograr su pleno desarrollo”⁵⁴. Por lo tanto, en estos acuerdos internacionales, los Estados tienen la obligación legal y positiva de proporcionar las mejores condiciones posibles para que las mujeres no estén obligadas a abortar por razones sociales y económicas.

El Estado no cumple con sus obligaciones cuando el aborto es la única respuesta real a las dificultades financieras y sociales de una madre embarazada. Los derechos de una madre son violados cuando se ve obligada a abortar a su hijo como consecuencia de las dificultades financieras, problemas de vivienda, o abuso por parte de su pareja. En estos casos, no sólo se ha violado el derecho a la vida del niño por nacer, sino también el derecho de la madre de ser libre del sufrimiento y de la degradación de un aborto; su demanda surge, en parte, debido a que el Estado ha incumplido con sus obligaciones socioeconómicas.

En muchos casos, brindar a la madre información correcta y completa sobre el aborto podría ser suficiente para comunicarle las opciones disponibles para mantener a su hijo, o al menos, no abortarlo. El Estado debe informar a la madre sobre posibilidades de ayuda financiera, material y moral, que podría incluir casas para

49 Carta Social Europea, CETS 035, disponible en: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/Que-VoulezVous.asp?NT=035&CL=ENG>.

50 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *abierto a firmas*, 19 de diciembre de 1966, 993, UNTS 3 (en vigor el 3 de enero de 1976) [hereinafter ICESCR], disponible: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20993/v993.pdf>.

51 Ídem en 7.

52 Ídem.

53 Ídem.

54 Carta Social Europea, *supra* nota 50, en part. I.

madres embarazadas con dificultades, guarderías subvencionadas, adopción, y organizaciones no gubernamentales que atienden a las necesidades de las madres y de los niños. Por el contrario, en algunos países, como Letonia⁵⁵ y Francia⁵⁶, el Estado ha renunciado a la consulta sistemática de pre-aborto a favor de una “libertad de elección” general para las mujeres, que, aunque no de manera explícita, priva efectivamente a muchas mujeres del acceso a la información sobre las alternativas al aborto⁵⁷. Esta legislación es probable que viole la Carta Social Europea⁵⁸.

Por lo tanto, los Estados deben reconocer un derecho específico hacia las mujeres para que no aborten, en congruencia con la Conferencia Internacional sobre el Programa de Acción de la Población y el Desarrollo, que ha pedido a los gobiernos “tomar medidas apropiadas para ayudar a las mujeres a evitar el aborto, que en ningún caso debería ser promovido como un método de planificación familiar”⁵⁹. Como reconoció Gisela Wurm, ponente de la PACE⁶⁰, en la Resolución 1607 sobre “Acceso al aborto legal y seguro en Europa”, el “aborto debe, en la medida de lo posible, ser evitado”⁶¹. Desafortunadamente, los defensores que promueven “un derecho humano al aborto” no abogan por “un derecho humano a no abortar”. El aborto no es un derecho humano, en tanto, la protección de la maternidad, la vida, la dignidad, la integridad física y la familia son reconocidos como Derechos Sociales y Humanos.

III. Una nueva tendencia cultural para desafiar el aborto

En los últimos años, muchos Estados europeos reabrieron el debate sobre el aborto y reconsideraron una legislación que le pondría restricciones. En la actualidad, la mayoría de los Estados europeos permiten el aborto por solicitud⁶². Sin embargo, el número de Estados que imponen restricciones legales sobre el aborto

55 Véase La Ley de Letonia sobre la Salud Sexual y Reproductiva (29 de enero de 2004), disponible en inglés: http://www.vvc.gov.lv/export/sites/default/docs/LRTA/Likumi/Sexual_and_Reproductive_Health_Law.doc (last visited on Sept. 29, 2014).

56 En Francia, se proporcionó dicha información hasta el año 2001, cuando fue suprimida junto con la consulta preliminar sobre la pretensión de que se violaba el derecho al aborto de la madre o se le haría sentir culpable.

57 En cuanto a la cuestión de la información sobre el aborto, el Tribunal sólo estableció por el momento que el Estado no puede oponerse a la difusión de la información favorable al aborto. Véase TEDH, Caso *Open Door and Dublin Well Woman v. Ir.*, App. No. 14234/88, (1992); Véase también Caso *Women on Waves and others v. Portugal*, No. 31276/05, (2009).

58 Véase Carta Social Europea, CETS 035 (revisada en 2006), disponible en: <https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Presentation/ESCRBooklet/Spanish.pdf>

59 Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, G.A., para. 7.24, U.N. Doc. A/S-21/5/Add.1, ICPD+5, 8-12 de febrero de 1999.

60 Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, siglas en inglés (PACE).

61 Eur. Parl. Ass., “Acceso al Aborto Legal y Seguro en Europa”, 15ª Sesión, Res. 1607 (2008), disponible en inglés: <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta08/eres1607.htm>.

62 *Legislación para el Aborto en Europa*, supra nota 41, disponible en inglés: <http://www.loc.gov/law/help/abortion-legislation/europe.php>. En lugar de “aborto libre”, los autores del estudio del gobierno se refieren al aborto “a la demanda”.

durante las primeras semanas de gestación puede aumentar. En diciembre de 2013, el gobierno español propuso un proyecto de ley que prohibía el aborto por solicitud⁶³, reconociendo el aborto más como un problema social que como un derecho o una libertad individual⁶⁴. Aparte del caso simbólico de España, donde el proyecto de ley propone eliminar por completo el aborto por solicitud, el Parlamento británico está considerando regular la reducción del plazo legal para el aborto, con el apoyo del actual Primer Ministro⁶⁵, al igual que el gobierno noruego⁶⁶, que en enero de 2014 prohibió totalmente el aborto después de las veintidós semanas a causa de las cifras reportadas por el Instituto Noruego de Salud Pública⁶⁷. En general, estas nuevas leyes tienen como objetivo reducir el plazo legal para el aborto con el propósito de proteger mejor a los niños no nacidos y prevenir abortos que ignoran completamente sus intereses.

Otros esfuerzos en los países europeos han mostrado una tendencia similar. En Suiza, un referéndum por iniciativa pública se introdujo y fue votado en febrero de 2014, en orden a poner fin a la financiación pública del aborto por solicitud⁶⁸. En 2011, Hungría adoptó una nueva Constitución⁶⁹ con disposiciones que protegen “la vida del feto desde el momento de su concepción”⁷⁰ y “la familia como base de la supervivencia de la nación”⁷¹ y desde entonces se han implementado políticas de promoción de la vida humana y la adopción⁷². Macedonia también adoptó, el 10 de junio de 2013, una nueva ley que refuerza firmemente la protección de la vida después de

63 “El plan de España para la reformar las leyes del aborto atacado como ‘un grave retroceso’”, *The Guardian* (U.K.) (18 de diciembre de 2013), disponible en inglés: <http://www.theguardian.com/world/2013/dec/18/spain-reform-abortion-fury>.

64 Grégor Puppink, Ph.D., *El proyecto de ley española sobre la protección de la vida del niño por nacer y el análisis de los derechos de la mujer embarazada a la luz de Derecho Europeo*, Centro Europeo para la Ley y la Justicia (2014), disponible en inglés: <http://eclj.org/pdf/analysis-of-the-new-spanish-abortion-draft-bill-ECLJ.pdf>.

65 “El debate del aborto: las estadísticas”, *The Guardian* (U.K.) (8 de octubre de 2012), disponible en inglés: <http://www.theguardian.com/world/the-womens-blog-with-jane-martinson/2012/oct/08/abortion-debate-statistics>.

66 “Aborto después de la semana 22 se prohíbe”, *Dagbladet* (Nor.) (2 de enero de 2014), disponible en noruego: <http://www.dagbladet.no/2014/01/02/nyheter/politikk/innenriks/abort/31079496/>.

67 Ídem.

68 Susan Misicka, *Abortos permanecen cubiertos por el Seguro de Salud*, *SwissInfo* (9 de febrero de 2014), disponible en inglés: http://www.swissinfo.ch/eng/voters-choice_abortions-to-remain-covered-by-health-insurance/37889424; véase también: Grégor Puppink, “Europa: La decadencia del ‘derecho’ al aborto”, *Zenit.org* (10 de febrero de 2014), disponible en inglés: <http://www.zenit.org/en/articles/europe-the-decline-of-the-right-to-abortion>.

69 Corentin Léotard, “¿Un cuestionamiento sobre el derecho al aborto en Hungría?”, *Hulala* (Fr.) (18 de abril de 2011), <http://www.hu-lala.org/une-remise-en-cause-du-droit-a-l-e2%80%99avortement-en-hongrie>.

70 Ley Fundamental de Hungría [Constitución], 25 de abril de 2011, Art. II, disponible en: <http://www.kormany.hu/download/e/02/00000/The%20New%20Fundamental%20Law%20of%20Hungary.pdf>.

71 Ley Fundamental de Hungría [Constitución], 25 de abril de 2011, Art. L, disponible en: <http://www.kormany.hu/download/e/02/00000/The%20New%20Fundamental%20Law%20of%20Hungary.pdf>.

72 Stever Ertelt, “Luego de una nueva Constitución, Hungría lanza una campaña Pro-vida”, *LifeNews.com* (6 de mayo de 2011), disponible en: <http://www.lifenews.com/2011/05/06/after-new-constitution-hungary-launches-pro-life-ad-campaign>.

diez semanas⁷³. En cuanto a Turquía⁷⁴, en mayo de 2012 su gobierno anunció los planes para reducir el plazo legal del aborto, de diez a seis o cuatro semanas. Sin embargo, este fue abandonado después de una intensa presión europea. En Polonia, la propuesta de limitar completamente el aborto surge con frecuencia; en 2011, le faltaron solo cinco votos al Parlamento para aprobar prohibición total⁷⁵.

La tendencia también se observa en los países bálticos. Actualmente, el Parlamento de Lituania está examinando un proyecto de ley para eliminar el aborto por solicitud siguiendo el ejemplo de la legislatura polaca⁷⁶. Se aprobó en la comisión parlamentaria⁷⁷, con el apoyo de varios miembros de partidos políticos, pero se opuso públicamente el Ministerio de Salud de Lituania⁷⁸. El año anterior, el Parlamento de Letonia reabrió el tema, con el fin de imponer de forma sistemática una entrevista previa de las mujeres antes de cualquier aborto.

En la última década, el gobierno ruso⁷⁹ y algunos profesionales rusos de la salud⁸⁰ han hecho esfuerzos para reducir el número de abortos a través de diversas medidas. En la Unión Soviética, 4 millones de abortos se realizan anualmente. Desde el año 1990, esta cifra se ha reducido a alrededor de 1,3 millones, lo que está cerca del número de nacimientos anuales⁸¹.

Esta tendencia es aún más pronunciada en los Estados Unidos, donde sólo el 12 % de la población todavía creen que el aborto es moralmente aceptable, de acuerdo con una encuesta realizada en el año 2013⁸². Entre 2011 y 2013, los EE. UU. han

73 “El derecho al aborto retrocede en Macedonia”, Le Planning Familial (Fr.), 12 de junio de 2013, <http://www.planning-familial.org/actualites/le-droit-lavortement-regresse-en-macedoine-0010608>; véase también “Macedonia: el gobierno ataca el derecho al aborto”, Le Courrier des Balkans (Fr.) (1º de junio de 2013), <http://balkans.courriers.info/article22615.html>.

74 “Turquía: ¿Una restricción al aborto?”, Le Figaro (30 de mayo de 2012), <http://www.lefigaro.fr/flash-actu/2012/05/30/97001-20120530FILWWW00394-turquie-une-restriction-de-l-avortement.php>.

75 “El parlamento polaco debate hoy dos proyectos de ley sobre el acceso a aborto”, Astra Network, <http://www.astra.org.pl/repronews/83-polish-parliament-to-debate-two-draft-bills-regarding-access-to-abortion-today.html> (última visita: 4 de octubre de 2014).

76 “Lituania: El Parlamento debatirá la prohibición del aborto”, LePoint (Fr.), 28 de mayo de 2013, http://www.lepoint.fr/monde/lituanie-le-parlement-va-debattre-de-l-interdiction-de-l-avortement-28-05-2013-1673014_24.php (última visita: 9 de octubre de 2014).

77 “Seimas votó a favor del proyecto de Ley de Prohibición de Aborto”, The Lithuania Tribune, 28 de mayo de 2013, <http://www.lithuaniatribune.com/39499/seimas-voted-in-favour-of-the-abortion-ban-bill-201339499> (el Parlamento de Lituania, el parlamento unicameral, “dio su respaldo inicial al proyecto de ley sobre la prohibición del aborto propuesto, 46 diputados votaron a favor, 19 en contra y 25 se abstuvieron”).

78 “El Gobierno de Lituania contra la prohibición del aborto”, The Lithuania Tribune (14 de octubre de 2013), <http://www.lithuaniatribune.com/53577/lithuanian-government-is-against-abortion-ban-201353577>; “Ministerio de Salud: el derecho al aborto es un derecho reproductivo de la mujer”, The Lithuania Tribune (25 de noviembre de 2013), <http://www.lithuaniatribune.com/57772/health-ministry-right-to-abortion-is-womans-reproductive-right-201357772>.

79 “Anuncios de las leyes sobre el aborto en Rusia”, RT (25 de noviembre de 2013), <http://rt.com/politics/russia-abortion-advertising-ban-266>.

80 “Movimiento anti-aborto crece en Rusia”, UPI NewsTrack (21 de septiembre de 2008), upi.com/3260633.

81 Ídem.

82 “Encuesta Ómnibus”, Huffington Post, http://big.assets.huffingtonpost.com/toplines_abortion_0627282013.pdf (última visita: 23 de abril de 2015).

adoptado 205 nuevas restricciones más para el aborto que en la década anterior⁸³. El cambio es tan espectacular como profundo.

Una tendencia similar también es perceptible en las instituciones europeas, que han rechazado consistentemente establecer un “derecho europeo al aborto”. El Comité de Ministros del Consejo de Europa se negó a “establecer dicho derecho al aborto” en julio de 2013⁸⁴, mientras que la Comisión Europea no se ocupa de la cuestión⁸⁵, considerando que tal propuesta está fuera de sus “competencias”⁸⁶, incluso cuando se les pregunta directamente⁸⁷. El 10 de diciembre de 2013, el Parlamento Europeo rechazó una resolución instando a reconocer el aborto como un derecho fundamental⁸⁸.

Se han condenado, asimismo, las políticas de aborto selectivo⁸⁹ y las políticas abortivas que existen en países como China⁹⁰. La Asamblea⁹¹ y el Comisario de Derechos Humanos⁹² del Consejo de Europa han hecho lo mismo. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Luxemburgo ha reconocido que “los principios

83 “Más restricciones para el aborto fueron promulgadas en 2011-2013 que en toda la década anterior”, Guttmacher Institute (2 de enero de 2014), <http://www.guttmacher.org/media/inthenews/2014/01/02>.

84 Comité de Ministro del Consejo de Europa, Decisión CM/Del/Dec (2013) 1175/3.2b en la Pregunta Escrita No. 633 del Sr. Luca Volontè: “¿El Convenio de Derechos Humanos establece un derecho al aborto?” (2013), disponible en inglés: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Del/Dec\(2013\)1175/3.2b](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Del/Dec(2013)1175/3.2b).

85 Véase Parlamento Europeo, Preguntas parlamentarias, Respuesta dada por Sr. Dalli en nombre de la Comisión, OJ C 240 E, 21-8-2013 (2012), disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2012-002933&language=EN>.

86 Véase Parlamento Europeo, Preguntas parlamentarias, Respuesta dada por Sr. Borg en nombre de la Comisión, OJ C 216 E, 9-7-2014 (2013), disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2013-011563&language=EN>.

87 Véase Parlamento Europeo, Preguntas parlamentarias, Pregunta (E-002933/12) para Respuesta Escrita sobre Abortos Inseguros en la Unión Europea de Sophia in 't Veld (ALDE), Antonya Parvanova (ALDE), Françoise Castex (S&D), Véronique Mathieu (PPE), Norbert Neuser (S&D), Sirpa Pietikäinen (PPE) and Jean Lambert (Verts/ALE) (16 de marzo de 2012), disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=WQ&reference=E-2012-002933&language=EN> (cuestionando a la Comisión de aceptar “que es esencial facilitar el acceso al aborto seguro y legal, para eliminar los tabúes sobre la salud sexual y reproductiva con el fin de reducir el número total de abortos”).

88 Comparar Parlamento Europeo, Informe sobre Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos y la Propuesta de Resolución, Eur. Parl. Doc. (COM A7-0426/2013) 17 (2013), disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A7-2013-0426+0+DOC+PDF+V0//EN>, con Parlamento Europeo, Resolución del 10 de diciembre de 2013 sobre Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos, Texto Adoptado, Eur. Parl. Doc. (COM P7_TA-PROV(2013)0548) (2013), disponible en: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7_TA-2013-0548&language=EN&ring=A7-2013-0426.

89 Véase Resolución del Parlamento Europeo del 8 de octubre de 2013 sobre Genocidio: ¿La mujer desaparecida?, Textos Adoptados, Eur. Parl. Doc. (COM P7_TA(2013)0400) (2013), disponible en inglés: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P7-TA-2013-0400+0+DOC+PDF+V0//EN>.

90 Véase Resolución del Parlamento Europeo del 5 de julio de 2012 sobre Escándalos de abortos forzados en China, Textos Adoptados, Eur. Parl. Doc. (COM P7_TA(2012)0301) (2012), disponible en inglés: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P7-TA-2012-0301+0+DOC+PDF+V0//EN>.

91 Eur. Parl. Ass., “Selección Prenatal según el sexo”, 29ª Sesión, Res. 1829 (2011), disponible en: <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta11/ERES1829.htm>.

92 “Abortos selectivos son discriminatorios y deben ser prohibidos”, Comisario de los Derechos Humanos (15 de enero de 2014), <http://www.coe.int/en/web/commissioner/-/sex-selective-abortion-are-discriminatory-and-should-be-bann-1>.

fundamentales que garantizan la dignidad y la integridad de la persona” se aplican al embrión humano, quien merece la protección de la ley, ya que es una etapa en el proceso de desarrollo del ser humano⁹³.

La iniciativa ciudadana europea “One of Us”⁹⁴ es una señal de que esta tendencia cuenta con el apoyo de la sociedad civil. Se ha obtenido el apoyo de casi dos millones de personas al proyecto⁹⁵, lo que no tiene precedentes en el ámbito europeo. La iniciativa le pide a la Unión Europea, a través de un mecanismo de la democracia participativa, que no se financie el aborto ni la investigación destructiva de embriones⁹⁶. El grupo ha pedido recientemente a la Comisión y al Parlamento Europeo el seguimiento de su iniciativa de 2012⁹⁷.

IV. Conclusión

Ni política ni legalmente la legislación europea reconoce, ni mucho menos garantiza, un “derecho al aborto”. Por otra parte, el Derecho Internacional garantiza el derecho a la vida de todo ser humano y alienta a los Estados “a reducir el recurso para el aborto”⁹⁸, que “debe, en la medida de lo posible, evitarse”⁹⁹.

La nueva corriente cultural favorable a la protección de la vida humana se enfrenta a la cultura dominante heredada de la década de los sesenta. Es en este contexto que se puede entender la voluntad de algunos gobiernos, como el de Francia, de normalizar el aborto como un presunto “derecho fundamental” para las mujeres. Sin embargo, este “derecho”, con el fin de existir y perdurar, requiere que los derechos del embrión y del feto humano sean ignorados. Los avances de la ciencia y el trabajo mancomunado de tantas personas y asociaciones en favor de la vida, poco a poco, han llevado a una mejor comprensión del desarrollo de un ser humano.

Podemos decir que la promoción del aborto como un derecho individual está en declive por dos poderosas razones: desde la experiencia, se encuentra una legislación

93 CURIA, Caso C-34/10, *Brüstle v. Greenpeace e.V.* (18 de octubre de 2011), <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd9924184c7fd143d692e788a3e25d0ee7.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuQaN10?text=&docid=111402&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=282746>.

94 “Explicación de la iniciativa”, One of Us, <http://www.oneofus.eu/initiative-explanation> (última revisión: 27 de abril de 2015).

95 “La Federación ‘One of Us’ hace un llamado a expertos en la 5ª semana del Parlamento Europeo para la vida”, One of Us (27 de marzo de 2015), véase en inglés: <http://www.oneofus.eu/the-one-of-us-federation-launches-appeal-to-experts-at-5th-european-parliament-week-for-life>.

96 “El 25 de enero, en París, ‘One of Us’ marcha contra la Eutanasia para proteger al más débil”, One of Us, véase en inglés: <http://www.oneofus.eu/on-january-25th-one-of-us-is-walking-in-paris-against-euthanasia-to-protect-the-weak>.

97 “La Federación ‘One of Us’ hace un llamado a expertos en la 5ª semana del Parlamento Europeo para la vida”, One of Us (27 de marzo de 2015), *supra* nota 96.

98 Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, New York, NY, 5-13 septiembre 1994, *Program of Action* UN Doc. A/CONF.171/13/Rev 1 (Vol. I).

99 Eur. Parl. Ass., “Access to Safe and Legal Abortion in Europe”, 15th Sess., Res. 1607 (2008), *supra* nota 62.

liberal que ha conducido a resultados insatisfactorios; desde el razonamiento científico, se encuentra que un futuro progreso pide reconsiderar mucho más la dignidad del ser humano desde su concepción. El rechazo del derecho al aborto genera un mayor desafío a la sociedad para avanzar como tal. Nos exige que seamos más humanos, responsables y unidos, con el fin de reconocer y acoger la vida de las personas en todas las etapas de su desarrollo.

HACIA UNA POLÍTICA CRIMINAL INTEGRADORA *Towards an Integrating Criminal Policy*

Carlos M. Romero Berdullas*

Recibido: 16 de septiembre de 2015.

Aprobado por árbitro académico: 22 de septiembre de 2015.

Resumen: Una de las aspiraciones que la política criminal se encuentra llamada a concretar en pos de alcanzar el culmen de su misión es dotar de sustento a un Derecho Humano a la Seguridad más amplio. En clave con ello, ante un escenario delictivo multicausal y pluridimensional, debe abrirse a una lectura global de la conflictividad que posibilite medidas superadoras a problemáticas complejas. Es decir, respuestas integrales e integradoras de todas las franjas sociales expuestas a una inseguridad objetiva sin fronteras. Este *iter* investigativo partirá de un diagnóstico general sobre los prismas de la inseguridad; que comprenderá las manifestaciones de un proceso de deshumanización y una crisis de sentido abisal. Luego el estudio se ceñirá a dos realidades interpelantes, que son puntualmente la situación de los migrantes y la silente problemática de los adultos mayores. Como corolario, se destacará la significancia de procurar un desarrollo integral e integrador, a través del diálogo, la organicidad vital de todos los actores y un fortalecimiento del entretejido comunitario, todos presupuestos para alcanzar una auténtica concordia.

Palabras claves: Inseguridad - Migrantes - Adultos - Política - Integral - Integradora.

Abstract: One of the aspirations that criminal policies are called to realize in order to achieve the highest level of its mission, is to provide a basis for a broader Human Right to Security. In tune with this, presented with a criminal scene that is

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

multiple in its causes and dimensions, there must be a global approach to the conflict that allows for measures that address complex problems. This is, responses that are integral and integrate all people exposed to an objective, borderless state of insecurity. This article will start with a general diagnose about the prisms of insecurity; which will encompass the manifestations of a process of dehumanization and an abysmal crisis of meaning/purpose. Secondly, the analysis will be circumscribed to two urgent realities; the situation of migrants and the silent problematic of the elder population. As a corollary, there will be a highlight on the significance of striving for an integral and integrating development; through dialogue, an organic work carried out by all parties involved and a strengthening of the social tissue, all of which are requirements to achieve a real concord

Keywords: Insecurity - Migrants - Adults - Policy - Integral - Integrating.

Introducción

Es una afirmación inconcusa que el hombre mora en un mundo circunstanciado. De modo que no es difícil otear que todas las personas somos circundadas por elementos y situaciones expuestas a continuas metamorfosis¹. Tal es así, que las lecciones de Ortega y Gasset en su prólogo para los franceses de *La rebelión de las masas* adquieren especial actualidad. Pues la sempiterna movilidad de la realidad humana nos conduce vertiginosamente a través de distintos vaivenes de una historia, que en un chasquear de dedos vuelve a lo escrito en tiempo pasado, y en un santiamén más, a las estrategias político-criminales delineadas en un hecho aún más pretérito². Esto demuestra que la sociedad necesita de un Derecho y una política criminal dotados de un dinamismo capaz de hallarse a la altura de estas mutaciones.

En clave con esa premisa, en este trabajo se abordarán dos problemáticas sensibles, que se encuentran íntimamente relacionadas a cuestiones político-criminales de especial actualidad. Aludo precisamente a la heteróclita situación de los migrantes y la señera perspectiva de los adultos mayores, dos sectores permeables a una violencia que en definitiva cristaliza una adiaforización del todo social insuflada por una iridiscente crisis antropológica.

Vale aclarar, que así como lo hiciera Eneas antes de pisar tierra firme en el Lacio y convertirse en el padre de Roma –también denominada la ciudad eterna–, deberemos sortear diversos escollos en el orden de la comprensión, para determinar con nitidez el alcance de estas coyunturas, si procuramos enmarcarlas dentro de los límites conceptuales de una política criminal integral e integradora.

Es que una conceptualización amplia de una política criminal realista necesariamente debe iniciar su *iter* en una visión holística de un fenómeno delictivo

1 Cf. Bidart Campos, G. J. (2005). *Lecciones Elementales de Política*. Buenos Aires. Ediar, 56-57.

2 Ortega y Gasset, J. (2004). *La rebelión de las masas*. Barcelona. Biblioteca de los Grandes Pensadores. En el prólogo para los franceses explica con claridad cómo influye la vertiginosa velocidad de la realidad humana, que al acelerar deja atrás con los hechos lo escrito en su libro.

multicausal y pluridimensional, que se origina en razones de diversa índole (sociales, culturales, económicas, políticas, morales, personales, humanas, etc.), además de proyectarse en variados planos. Así pues, una política criminal integral e integradora no puede restringirse a la instancia penal, sino también debe abrirse a una interpretación global de la conflictividad, que conjugada con otras acciones estratégicas posibilite respuestas superadoras y no parciales o simplistas. Es decir, debe poner los medios que se encuentren a su alcance, ya sea tanto para sancionar los delitos, como en miras de combatir sus causas.

En este contexto, si se anhela instaurar una política criminal congruente con la concreción de un Derecho Humano a la seguridad más amplio (no sólo contemplativo de medidas tendentes a desarticular la realidad delictiva o los procesos de criminalización o estigmatización, sino además comprensivo de acciones orientadas a garantizar a toda la comunidad política el efectivo ejercicio de sus derechos sociales, económicos, políticos, religiosos, culturales, etc.), resulta indispensable una apertura al diálogo con otras disciplinas, en pos de acomunar sus aportes hacia la materialización de un programa constitucional de justicia social y pacificación consonante con el bien común.

Por consiguiente, en un primer peldaño de este camino investigativo se pasarán los motivos soterrados de una inseguridad globalizada, que es una manifestación más de una deshumanización del hombre con inexorable incidencia en el Derecho Penal y la política criminal. Ya una vez obtenida esta perspectiva general, nos hallaremos en condiciones de adentrarnos en las claves de una cultura de la puerta abierta y la justicia intergeneracional, en línea con una política criminal librada de reduccionismos. Y finalmente, en un tercer estadio, se pondrá de relieve la significancia de procurar un desarrollo integral e integrador del hombre, a través de la educación del diálogo, la organicidad vital de todos los actores y un fortalecimiento de los lazos comunitarios, todos presupuestos para alcanzar una concordia social.

Prismas de la inseguridad

Qué requiere hoy la realidad de la política criminal es una pregunta esencial si se aspira a iniciar una labor superadora de propuestas que incurrir en una hipótesis de diagnóstico, y en definitiva, no se determinan a desarrollar una auténtica tauromaquia sobre la conflictividad.

Si nos interrogamos cómo se estructuran las circunstancias de nuestra actualidad, nos toparemos con una crisis. Sí, una vicisitud crítica que afecta a la psicología, la filosofía y al Derecho Penal. Sin más ni más, una espina que hiende en lo más profundo del ser humano hasta sumirlo en una tragedia de sentido abisal³.

El problema del desarrollo y la conflictividad derivan de esta zozobra del hombre que lo horada con disímiles calificativos, tales como: alienado, masificado, angustiado, desarraigado, superfluo, voluble, autocomplaciente, hedonista, aburguesado,

³ Sobre los aspectos fundamentales de la crisis puede leerse a Blanco, G. P. (2004). *Curso de Antropología Filosófica*. 1ª edición. Buenos Aires. EDUCA, 44-66.

anestesiado, embotado, enceguecido, insensible, insatisfecho, inestable, desorientado, extraviado, neurótico (desde una dimensión noológica de su existencia, etc.).

Estos fenómenos no obedecen sólo a cuestiones psicológicas o neurológicas, tal como lo apreciaría una concepción en grado sumo tecnicista, que se vuelve en hidra degenerativa de esa vacuidad y crisis ontológica. Pues estos calificativos se vinculan con una dimensión espiritual del hombre, que debe ser enriquecida si se pretende una realización verdaderamente integral⁴.

De por sí, estos conceptos se vinculan con una zaranda metafísica, filosófica y ontológica que incluso vacía de voluntad al hombre para hallar el *logos* –del gr., significado, propósito o espíritu– de su propia vida⁵. Se trata de un huero sentido existencial, que también sirve de sustento a comportamientos delictivos (ej., violencia juvenil, conducción en estado de ebriedad o intoxicación, consumo de estupeficientes, etc.) e irradia conflictividad.

Por otra parte, se añade a esto un comportamiento poco social enhiesto en el individualismo, y sintomático de un *leit motiv* centrado sólo en “tener más”, que no repara en “ser más”, ni medra en un genuino progreso. Se trata más bien de una cultura del descarte regida por una lógica competitiva expresada en la exclusión de una parte de la ciudadanía, que desemboca en un invertebrado todo social, devenido en fuente de habituales hechos de violencia.

Silva Sánchez explicita que la sociedad posindustrial no sólo es una sociedad de riesgo tecnológico, sino también se encuentra revestida de otros elementos configuradores de una objetiva inseguridad. Así pues, a los riesgos inherentes al empleo de la técnica, la comercialización de productos o el uso de sustancias con potenciales efectos nocivos, ha de sumársele una notable complejidad e interdependencia de individuos para controlar esos peligros inciertos; junto a una crisis del modelo de bienestar disparadora de una frecuente criminalidad callejera o de masas. Más aún, a su entender el fenómeno de la criminalidad de masas habría conducido a determinar al “otro” como un riesgo, por lo que en la alteridad se hallaría una dimensión no tecnológica de la sociedad de riesgos. El reconocido doctrinario concluye que este fenómeno de la criminalidad callejera o de masas no es novedoso, pero sí resulta original la problemática vertebración producida a raíz de factores otrora ignorados, como lo son la multiculturalidad, la inmigración y las modernas bolsas de marginalidad⁶.

En sentido convergente a esta inseguridad objetivada corre una sensación social de temor. El rasgo descrito define lo que Silva Sánchez denomina como “sociedad de la inseguridad sentida” o “sociedad del miedo”, que tiene correlato en un sentimiento generalizado de inseguridad ligado a la aparición de una manera particular-

4 Véase Benedicto XVI. *Caritas in Veritate*, n° 76.

5 Frankl, V. E. (1995). *El hombre en busca de sentido*. 17ª ed. Barcelona. Herder, 98, 101-103, 106 y 124. La neurosis noógena se diferencia de la psicógena, pues la primera se relaciona con el núcleo espiritual del hombre. Por eso es tratada con la logoterapia, que se orienta a ayudar al paciente a hallar el sentido de su vida. La logoterapia no se limita a hechos instintivos alojados en el inconsciente individual, pues abarca también realidades espirituales –en cuanto son dimensiones humanas– y la voluntad de sentido.

6 Cf. Silva Sánchez, J. M. (2001). 2ª ed. rev. y amp. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid. Civitas., cap. 2.3. (“La institucionalización de la inseguridad”).

mente hiperestésica de vivir el riesgo⁷. Tal como explica con buen tino el catedrático citado, la génesis de este sentimiento de inseguridad aludido no sólo obedece a la efectiva irrupción de nuevos riesgos, sino también a la propia diversidad y complejidad de la intrincada sociedad de hoy⁸.

Puede ejemplificarse esta cuestión con un conciso repaso sobre tres aspectos. Uno de éstos es el sentimiento de inseguridad emparentado a un denominado “vértigo de la relatividad”⁹, conductor de una desorientación personal causada por la aceleración y el desconcierto, ambos atravesados por contextos de competencia (mercantil o del mundo del trabajo), mutaciones ético-sociales e inestabilidad emocional-familiar¹⁰, todos factores desencadenantes de un desequilibrio en las relaciones humanas¹¹.

También debe sopesarse la relación entre la sensación de inseguridad y un totalitarismo relativista basado en soluciones consensuadas que no parten de la realidad o valores. Por tanto, en un esquema donde todo es relativo, irremediablemente se impone la ineluctable fuerza, lo que de manera indefectible despierta inseguridad¹².

Sí, una inseguridad sustentada en un relativismo (político, cultural, individualista y sociológico) que arbitrariamente niega los Derechos Humanos de los más débiles e indefensos, al conculcar la dignidad connatural de los seres humanos por nacer, y cosificarlos mediante el silencioso genocidio practicado en nombre de los dictérios del aborto.

Es importante detenernos en el caso de los *nasciturus*, puesto que al cesar de ser la inviolable dignidad humana la piedra miliar de la elaboración política criminal, el derecho inalienable, original y fundamental a la vida se torna en materia pactable. Por tanto, al librarse a la discreción del voto mayoritario la facultad de disponer de la suerte vital de las personas, la inseguridad de carácter objetivo se vuelve todavía más intensa en esta franja por demás vulnerable de la población. Tal es el grado de exposición de los por nacer, que no sólo se tiende a rechazar su realidad óptica por cuestiones pragmáticas, sino también a considerarlos un enemigo al ser indeseados por sus progenitores o incomodar a quienes detentar el poder jurídico

7 Colegir Silva Sánchez. Ob. cit. *ut supra*, cap. 2.4. (“La sensación social de inseguridad”).

8 Ídem.

9 Smart (1993). *Postmodernity*. London/New York, 111, según cita de Silva Sánchez, ob. cit. *ut supra*, cap. 2.4.

10 Sobre este punto creemos adecuado destacar el factor sociológico de la crisis del hombre actual, que es representado por Martin Buber como una consecuencia de una ruptura de las formas orgánicas de convivencia. Esto acontece sencillamente porque el hombre antes tenía una seguridad que le era garantizada por el hecho de pertenecer a las formas orgánicas más vitales y naturales de convivencia (léase familia, patria e iglesia). Al resquebrajarse estas tres instituciones, el hombre pierde esa seguridad vital, por lo que se hace de formas contractuales de convivencia (ej.: gremios, sindicatos, etc.), en procura de un cierto grado de seguridad. Sin embargo, si bien estas formas convencionales de convivencia le brindan al hombre una clase de seguridad ante un determinado estado de cosas, ciertamente no le ofrecen esa seguridad vital antes apuntada. Por consiguiente, esto genera una inseguridad y soledad, que además tiene raíces espirituales —que se expresan en el orden de la técnica, la economía y la política. Véase lo explicado por Blanco. Ob. cit., 62-63.

11 Véase Silva Sánchez. Ob. cit. *ut supra*, cap. 2.4.

12 Ídem.

de definirlos. De este modo, al deconstruirse jurídica, social y filosóficamente qué es una persona, la preservación del *status personae* o deshumanización dependerá de la dictadura de las mayorías, más no de la realidad¹³.

Por otro lado, la inseguridad asimismo se hace patente en la atomización de las personas e individualismo de las masas, que en un escenario donde cobra especial relieve la interdependencia social, no sólo se vuelven insolidarias, sino también desintegran el sentido de comunidad, por cuanto únicamente se encuentran obliteradas a satisfacer sus propios anhelos e intereses. Ciertamente, en este marco de aherrojarse en uno mismo se inscribe el abandono de los adultos mayores. Pues dada su fragilidad, los integrantes de la tercera edad se encuentran sometidos a una violencia que debido a su escasa visibilidad aún no ha despertado la conciencia del mundo.

Complementa además esta vertiginosa vorágine engendradora de angustia¹⁴, la actualización de algunas reminiscencias del mal¹⁵ (ej., terrorismo, beligerancia en Medio Oriente, persecuciones religiosas). Esta disvaliosa situación hace trizas cualquier intento de coexistencia pacífica y perdurable, pues en la misma convivencia se encuentra latente una conflictividad surcada por una inseguridad de carácter objetivo que se manifiesta a guisa de ejemplo en los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos y el 7 de enero de 2015 en París contra Charlie Hebdo, entre otros hechos trágicos.

Aludo a una grima objetivada a su vez en el padecimiento de millones de refugiados expuestos a sistemática violencia y al crimen organizado (léase trata, explotación, etc.). Una inseguridad que denota el naufragio moral de esta aldea global y el súmmum de un grado de deshumanización retratado en la escalofriante foto del inocente Aylen Kurdi.

En fin, con esto se ha procurado brindar una revisión –al menos minimalista– de algunas expresiones de una inseguridad imbuida por una crisis de iushumanis-

13 Conviene leer lo explicado por Silva Sánchez, J. M. (2007). “Los Indeseados como Enemigos: La Exclusión de Seres Humanos del *Status Personae*”. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf>. También se sugiere ver en extenso lo explicado por Ronco, M. (10 de diciembre de 2010). “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.

14 Se añade, a su vez, la revolución generada por las comunicaciones, que transmiten una ausencia de dominio sobre el curso de los sucesos. Por otra parte, otro elemento del plano informativo se encuentra dado por la coyuntura en que se coloca a las personas cuando desean recabar información fidedigna ante un alud de noticias, a menudo contradictorias y difíciles de integrar en pos de obtener alguna certeza.

Asimismo, en determinadas ocasiones, por intermedio de una intensa cobertura mediática, la reiteración de eventos morbosos y un examen imprudente de peligros o delitos cometidos, se provoca una inseguridad subjetiva incongruente con el grado de riesgo objetivo. No obstante, esta aseveración no debe conducir a la creencia *naïf* de que ese temor al crimen es producido por los medios de comunicación, pues a lo sumo los *mass media* fijan y fortalecen miedos ya existentes.

15 Silva Sánchez, en *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*, alude en este punto a las devastadoras guerras del milenio pasado, barbarie que se actualiza en las guerras nacionalistas de Medio Oriente y los Balcanes, de consuno con el terrorismo. Incluso, el doctrinario en cuestión sigue de cerca a San Juan Pablo II y cita la *Fides et Ratio* (cap. VII).

mo. Completada esta labor, nos encontramos prestos a introducirnos en el análisis de dos expresiones particulares de esta inseguridad ya descritas someramente: las delicadas situaciones de los migrantes y los adultos mayores.

Cultura de la puerta abierta (migrantes)

Una realidad interpellante de este lienzo de la inseguridad es un nivel de desplazamiento e incremento de la movilidad de personas en el orden regional e internacional sin precedentes, por motivos sociales, económicos o políticos; el cambio climático¹⁶ y otras variables. En este marco, no puede soslayarse que al término del año 2013 se registraron aproximadamente unas 51,2 millones de personas desplazadas forzosamente en el mundo, como consecuencia de la persecución, los conflictos, la violencia generalizada o violaciones de Derechos Humanos¹⁷.

Estudios contemporáneos indican que las migraciones pueden exacerbar la vulnerabilidad de las mujeres migrantes, quienes tienden a migrar por cuenta propia, además de exponerse a un elevado riesgo de abuso sexual, violencia y precarias condiciones de vida¹⁸.

Otra expresión de labilidad se aprecia en la cantidad de menores que sin la compañía de un adulto migran irregularmente en busca de mejores oportunidades¹⁹. Pues en este caso, rápidamente se convierten en fáciles objetivos de organizaciones criminales, que procuran explotarlos (laboral o sexualmente) o los someten a la trata de personas.

16 Los migrantes ambientales son un caso cada vez más generalizado, pues los cambios climáticos y desastres naturales inducen a una mayor migración de personas aquejadas por pérdida de productividad agrícola/seguridad alimentaria, estrés por carencia de agua potable, exposición a fenómenos meteorológicos, afectación a la salud humana, etc. Cf. Organización Internacional para las Migraciones (Secretaría Técnica), *Décima Conferencia Sudamericana sobre Migraciones: "Migración, Medio Ambiente y Cambio Climático"* (documento para la discusión), Cochabamba, Estado Plurinacional de Bolivia, 25 y 26 de oct. de 2010. Disponible en <http://csm-osumi.org/Archivos/ConfCSM/1%20Documento%20Migraci%C3%B3n%20y%20cambio%20clim%C3%A1tico.pdf>.

17 De las 51,2 millones de personas desplazadas forzosamente en el mundo, unas 16,7 millones eran refugiados. La cifra total incluyó a 33,3 millones de desplazados internos y casi 1,2 millones de solicitantes de asilo. De ahí que el nivel de desplazamiento de 2013 fue el más elevado desde la realización de estadísticas globales sobre el desplazamiento forzado alrededor del mundo. Cf. ACNUR, *El Coste Humano de la Guerra, Tendencias Globales 2013*. Producido e impreso el 20 de junio de 2014.

18 Instraw (2007). *Género, Remesas y Feminización de la Migración y el Desarrollo*. Santo Domingo. Según cita del Centre International Pour la Prévention de la Criminalité (2010). *Informe Internacional sobre la Prevención de la Criminalidad y la Seguridad Cotidiana: Tendencias y Perspectivas*, http://ovsyg.ujed.mx/docs/biblioteca-virtual/Prevenccion_de_la_criminalidad_seguridad_cotidiana.pdf. Véase también <http://www.acnur.org/t3/a-quien-ayuda/mujeres/>.

19 Puede leerse la Nota de prensa titulada: "UNICEF en América Central para promover los derechos de los niños migrantes no acompañados" (año 2008), disponible en http://www.unicef.org/media/media_42880.html. También se sugiere analizar el estudio del Observatorio Internacional de Justicia Juvenil, *Situación y Tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en Europa*, 3 y 49-50. Legaz F. (coordinador) - Senovilla Hernández D. (autor) (sept. de 2007). Bruselas, Bélgica. En el informe citado se afirmaba que en Bélgica, Italia, Francia, Alemania y el Reino Unido ya existía una tendencia progresiva a la invisibilización de los menores migrantes, muchos de los cuales se convertían en presas de las redes de explotación sexual, laboral o criminal.

De por sí, la migración ilegal o irregular reviste al migrante de un plus de fragilidad, por cuanto en múltiples ocasiones este desplazamiento es favorecido por redes criminales que posibilitan su tránsito, pero como contraprestación exigen el desarrollo de labores en mercados delictivos del país de destino o en condiciones abusivas²⁰. De este modo, el escenario de los migrantes irregulares se asemeja al mítico laberinto de Creta²¹, por cuanto tal es su grado de vulnerabilidad, que el temor a la deportación o a recibir sanciones por su status ilegal los conduce a cometer delitos, o en el caso de ser víctimas de la delincuencia y explotación a no requerir la intervención del Estado²².

Tampoco podemos ignorar una cierta susceptibilidad carente de sustento empírico, instalada injustificadamente en algunas sociedades, que suelen estigmatizar a los migrantes y categorizarlos como una amenaza para la seguridad. Por lo que se advierte necesario ponderar la particular situación de vulnerabilidad de ciertos colectivos extranjeros, a los efectos de prevenir cualquier clase de persecución selectiva, criminalización basada en estereotipos raciales y prácticas de control discriminatorias²³.

En línea con esta tónica, los Estados deben extremar los medios necesarios, a fin de comunicar con prontitud sus derechos a los extranjeros cuando resultaren detenidos; y a suministrarles gratuitamente un intérprete o traductor en todas las fases del proceso, si no comprenden o no hablan el idioma empleado por el tribunal²⁴ para que puedan ejercer una defensa eficaz²⁵.

Por otra parte, dentro del piélago de vicisitudes atravesadas por los migrantes también se encuentra el peligro de resultar sujetos pasivos de discriminación, racis-

20 Centre International Pour la Prévention de la Criminalité (2010). *Informe Internacional sobre la Prevención de la Criminalidad y la Seguridad Cotidiana: Tendencias y Perspectivas*, cit., 43.

21 Véase Ovidio. *Las metamorfosis*, Libro VIII.

22 Cf. Hudson, B. "La criminalización de la migración: una visión desde el Norte". Contribución al Centre International Pour la Prévention de la Criminalité en inf. cit. *ut supra*.

23 Una medida consustanciada con este propósito es la de coleccionar sistemáticamente datos acerca de las prácticas policiales realizadas sobre grupos étnicos, religiosos o de determinadas nacionalidades.

24 Cf. arts. 14.3.f del PIDCP y 8.2.a de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estas funciones son esenciales para que se desarrolle un juicio justo regido por el principio de igualdad de condiciones, pues sin esa asistencia, el imputado no podría preparar adecuadamente su defensa.

25 A toda persona, arrestada, detenida o acusada que no comprenda adecuadamente el idioma utilizado por las autoridades, le asiste el derecho a saber en un idioma comprensible las razones de su arresto, detención, cargos imputados, cuáles son sus derechos y cómo puede ejercerlos. Cf. Amnesty International (1998). *Fair Trial Manual*. Reino Unido, Londres. Amnesty International Publications, 43.

Asimismo, a todo aquel detenido que pueda resultar extranjero se le debe comunicar sin dilación su derecho a: 1) solicitar y obtener que las autoridades competentes del Estado receptor informen sin retraso alguno a la oficina consular competente sobre su arresto, detención o prisión preventiva (art. 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares); y 2) dirigir a la oficina consular competente cualquier comunicación, con el objeto de que sea transmitida sin demora (cf. OC 16/99, párr. N° 84, 96, 100, 104 y 106). Por su parte, la CSJN dispuso que en aquellos casos de detención de ciudadanos extranjeros también debe comunicarse esta situación a los cónsules respectivos, por intermedio de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto (circular N° 56/95).

Resta añadir que en caso de tratarse de extranjeros refugiados, deben informárseles los derechos reconocidos a toda persona privada de su libertad, además de colocárseles en comunicación con ACNUR cuando se haya procedido a su detención o aprehensión.

mo, xenofobia, detenciones arbitrarias, reducción a la servidumbre y otras conductas delictivas. A raíz de ello, ha de sopesarse, con cautela, que la migración y el desplazamiento interno configuran causas de vulnerabilidad, por cuanto los migrantes pueden toparse con diversos escollos al intentar ejercer acabadamente sus derechos ante el sistema de administración de justicia²⁶.

Ha de notarse, aquí, que la víctima extranjera suele hallarse afectada por una vulnerabilidad adicional al ubicarse fuera de su entorno, carecer de información sobre el curso a seguir y hallar supeditada su eficaz intervención en el proceso a la temporalidad u otros condicionantes de su presencia en el país de destino. El contexto descrito se agudiza aún más cuando estas circunstancias se fusionan con migraciones irregulares, dado que al evitar la víctima cualquier clase de vinculación con los organismos estatales, se incrementan las probabilidades de impunidad²⁷.

Las reflexiones precedentes imponen la instauración de acciones estratégicas destinadas a: I. salvar vallas idiomáticas²⁸; II. articular redes de información ajustadas a la movilidad de los migrantes; III. definir reglas mínimas de asistencia, junto a canales de colaboración entre las áreas de atención a las víctimas de diferentes países; IV. fortalecer mecanismos de cooperación internacional; V. aplicar procedimientos que permitan practicar la prueba anticipadamente, con la finalidad de sortear la repetición de declaraciones²⁹ y VI. impulsar medios alternativos de resolución de conflictos, en aquellos supuestos donde puedan contribuir a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de personas expuestas a una mayor vulnerabilidad³⁰.

Una arista por considerar son las elevadas exigencias administrativas y las costosas erogaciones ínsitas en la obtención de documentos para migrar, pues en ocasiones son regresivas e inciden en los movimientos irregulares o clandestinos³¹. Por lo que parte de la migración ilegal podría prevenirse, si se simplificaran los pro-

26 Las “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad” estipula: “[...] podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, [...] la migración y el desplazamiento interno [...]” (cap. I, sección II.1). También el mismo documento determina: “El desplazamiento de una persona fuera del territorio del Estado de su nacionalidad puede constituir una causa de vulnerabilidad, especialmente en los supuestos de los trabajadores migratorios y sus familiares. Se considera trabajador migratorio toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional. Asimismo se reconocerá una protección especial a los beneficiarios del estatuto de refugiado conforme a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, así como a los solicitantes de asilo” (cap. I, sección II.6). Asimismo, se define: “También pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad los desplazados internos, entendidos como personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los Derechos Humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida” (cap. I, sección II.6).

27 Véanse las “Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos”, acápite N° 10.

28 Cf. regla N° 32 de las “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”.

29 Ver regla N° 37 de las “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad” y acápite N° 10 de las “Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos”.

30 Reglas N° 43/47 de las “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”.

31 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). *Resumen del Informe Mundial sobre Desarrollo Humano 2009, Superando Barreras: movilidad y desarrollo humanos*. Nueva York. PNUD, 9.

cedimientos y/o redujeran sus costos, además de promover un crecimiento social y económico en los países de origen.

El papel que deben desempeñar la racionalización de barreras³² y el trato mejorativo de los migrantes en el desarrollo humano de las naciones de origen³³ y destino no debe subestimarse. Los migrantes dinamizan la producción a un menor costo³⁴, potencian el enriquecimiento recíproco a partir del intercambio de tradiciones, y primordialmente, constituyen un valioso aporte en miras de superar los modelos unicistas que aspiran a uniformar la diversidad cultural a través de la globalización.

Entonces, una vez asumido este concepto, si pretendemos crear puntos de encuentro en orden a constituir un todo social auténticamente integrador, las decisiones político-criminales deben ser parte de una política redituable para todos los actores³⁵, que promueva la inclusión, combata la discriminación y erradique la marginación de los migrantes, ya sea como individuos o grupos.

La conquista de este cometido dependerá de una agenda política congruente con la afirmación de la existencia, derechos y cualidades del otro. Integrar³⁶ implica más que asimilar³⁷, pues consiste en una aquiescencia confirmadora de los migrantes en los países de destino. En rigor de verdad, se trata de un grado de aceptación superior a una neutralidad distante. Significa un consentimiento de los migrantes y las sociedades que los acogen, fundado en instancias de confianza recíproca. Como

32 Se utiliza el término racionalización de barrera, puesto que las políticas migratorias deben adecuarse a las circunstancias de cada país. Por tanto, cada Nación de destino debe consensuar con transparencia republicana la cantidad de migrantes que puede acoger e integrar. En consecuencia, no puede prescindirse en este análisis de variables tales como la capacidad estatal para responder ante un aumento de la demanda de servicios esenciales, o las posibilidades de que ocurra un desplazamiento de trabajadores locales por migrantes con análoga calificación.

33 En el caso de los países de origen, los efectos positivos pueden sintetizarse en un mayor desarrollo del binomio ingreso/consumo, de consuno a un crecimiento sociocultural. Claro que estas consecuencias dependen de distintas variables, tales como por ejemplo la preservación del vínculo entre el emigrante y sus familiares, por intermedio del envío de remesas de dinero o el intercambio de conocimientos e ideas. Léase informe citado en el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 7.

34 A un costo ostensiblemente inferior e incluso muchas veces nulo para los residentes locales. Otro de los aspectos positivos es que en muchos casos la disponibilidad de migrantes dedicados al cuidado de niños posibilita a madres del país de destino trabajar en otros ámbitos. En lo que respecta al valor de los trabajadores calificados o con elevada educación para los países de destino no existe discusión alguna. Las personas con baja calificación son más requeridas en países con demanda de mano de obra. La problemática con la que usualmente deben lidiar los trabajadores menos calificados es un restringido o nulo acceso a servicios básicos. Véase informe arriba citado, 7.

35 Es decir, países de origen, países de destino, asociaciones gremiales, ONGs y migrantes.

36 De acuerdo a la Organización Internacional para las Migraciones, la "integración acertada es un proceso de doble vía y depende de la voluntad de los recién llegados de adaptarse a la sociedad de acogida y de ésta última aceptarles". Por ello, la "OIM promueve una coexistencia pacífica entre los recién llegados y la comunidad de acogida mediante la difusión de información sobre los derechos y obligaciones de los migrantes, ofreciendo servicios de asesoramiento e implementando programas de apoyo para fomentar las competencias de los migrantes, lo que a su vez permitirá que se conviertan en miembros productivos de su nueva comunidad". Cf. <http://www.iom.int/cms/es/sites/iom/home/what-we-do/migrant-integration.html>.

37 Según la Organización Internacional para las Migraciones, la asimilación es la "adaptación de un grupo social o étnico –generalmente una minoría– a otro". Es decir, "significa la adopción del idioma, tradiciones, valores y comportamientos e incluso de cuestiones vitales fundamentales y la modificación de los sentimientos de origen". De ahí que la "asimilación va más allá de la aculturación". Cf. <http://www.iom.int/cms/es/sites/iom/home/about-migration/key-migration-terms-1.html#Asimilaci%C3%B3n>.

podemos comprobar, es un asentimiento que se mueve hacia una ciudadanía universal y una igualdad más plena. En definitiva, es una aprobación expresa de un núcleo de derechos, obligaciones y valores, que sincronizan a los migrantes con las Naciones receptoras en un sentido de pertenencia a una comunidad donde todos brindan su aporte al servicio del bien común³⁸.

Justicia intergeneracional (adultos mayores)

Otra manifestación más de la silente praxis de la exclusión es la que toca de cerca a los mayores adultos. Concretamente, nos referiremos a cuestiones político-criminales relacionadas a la especial vulnerabilidad de los ancianos, que además de su intrínseco valor en tanto personas, se hallan revestidos de una trascendencia vital en cualquier dinamismo social, por cuanto constituyen la memoria, sabiduría y reserva cultural de las Naciones, pues ellos custodian la sensibilidad humana en su forma más elevada (cogitativa³⁹).

Si procuramos obtener una radiografía más exacta de la magnitud de este grupo etario, vale apuntar que la cantidad de adultos mayores (60 años en adelante) en el mundo ascendía estimativamente a 841 millones en el año 2013, con proyecciones de escalar a 2.000 millones en el año 2050⁴⁰. Específicamente, el número de personas mayores de 60 años en la República Argentina ascendería a 5.725.838, y representaría un 14,3 % de la pirámide poblacional⁴¹.

Enhebreemos estos datos con una expectativa de vida mayor y descoyuntada, pues la sociedad carece de una eficiente preparación para obtener una dimensión

38 El gobierno australiano ha instrumentado acciones con ese cariz. Una de ellas es el *harmony day*, mediante el cual se procura integrar a quienes provienen de otros países. De ese modo, se realizan actividades socioculturales en colegios, iglesias y otras instituciones, con el afán de comprender que todos pertenecen a esa Nación y pueden hacer de ésta un lugar mejor (<http://www.harmony.gov.au/about/>). Por su parte, en UK funciona la Comisión de Igualdad y Derechos Humanos, que promueve proyectos, buenas prácticas y estrategias orientadas a combatir la discriminación, como así también a valorar la diversidad. En ese marco es que la Comisión ha lanzado en 2014 un nuevo programa deportivo conjuntamente con la *Premiership Rugby Union*, con la finalidad de incrementar la participación de minorías étnicas, mejorar la aplicación de la Norma de Igualdad en los deportes y crear una experiencia inclusiva, ya sea dentro como fuera del campo de juego. Asimismo, la Comisión instrumentó durante 2013 un proyecto para examinar las prácticas de empleo en el sector de la limpieza en Inglaterra, Escocia y Gales, cuyos resultados fueron publicados junto a recomendaciones tendientes a resguardar los derechos laborales y establecer prácticas de contratación más responsable. También la Comisión ha adoptado medidas en aras de eliminar detenciones arbitrarias y prácticas de control discriminatorias basadas en estereotipos (ej., *racial profiling*). Para más información ver <http://www.equalityhumanrights.com/>.

39 Lo que los antiguos denominaban *experimentum* o experiencia de los ancianos era atribuido a la cogitativa, es decir a la sensibilidad humana en su forma más elevada. Cf. Blanco. Ob. cit., 104-105.

40 En valores porcentuales, el número se incrementó gradualmente. Pues de 9,2 % en 1990 ascendió a 11,7 % en 2013; mientras se estima que ese porcentaje será de 21,1 en 2050. Además, se considera que en el año 2047 los adultos mayores superarán en cantidad a los niños por vez primera. Cf. United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2013). *World Population Ageing 2013*. New York.

41 Ver Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, informe sobre "Avances Nacionales en la implementación de la Declaración de Brasilia. 2007-2012".

adecuada de este fenómeno⁴². Esto suele decantar en una suerte de arritmia entre los avances alcanzados en distintos campos (ej., salud/tecnología) que amplían la esperanza de vida al nacer, y los estereotipos mediatizantes de la visión de la población general respecto a las necesidades, valores o beneficios aportados por los integrantes de la tercera edad a la sociedad⁴³. En efecto, ciertas atribuciones negativas de un inmaduro todo social son asumidas por los adultos mayores y poseen una patente incidencia en su salud psicofísica⁴⁴.

La palestra de los adultos mayores es un crisol en donde se funden disímiles expresiones que reflejan la avilantez y experiencia de los protagonistas, pero a la par dejan entrever una particular fragilidad a la cual se hallan expuestos. Ingresos nimios, desempleo, pobreza, problemas de salud, desprotección social⁴⁵, discriminación, marginación y mal trato son sólo algunas de las diversas formas de abandono a las que se ven sometidos.

Este escenario instó a que varios instrumentos de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos impulsaran iniciativas concretas, con el afán de rubricar una declaración específica sobre las personas de la tercera generación.

El primer antecedente en la materia fue propuesto prematuramente por la República Argentina en 1948, mediante la “Declaración de los Derechos de la Vejez”, aunque de modo infructuoso⁴⁶. Hacia 1991, la Federación Internacional de la Vejez y la República Dominicana presentarían la Declaración sobre los derechos y responsabilidades de las personas de edad, instrumento que forjaría el cimiento de los principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad⁴⁷. Luego, la *Ame-*

42 Léase Pszemirower, S. N. (2008). “Violencia, abuso y maltrato: un enfoque desde los Derechos Humanos”. En *Defensa Pública: Garantía de acceso a la justicia*. Ministerio Público de la Defensa - Defensoría General de la Nación, 436.

43 *Ibidem*, 437.

44 Con buen tino, Pszemirower explica algunas de las actitudes negativas tratadas ya durante la década del setenta por Palmore, Butler y otros autores, quienes abordaron algunas de las más difundidas, como a modo de ejemplo lo son: a) una creencia de que el envejecimiento supone un deterioro imposible de sortear, b) un pesimismo en torno a la viabilidad de que los adultos mayores pueden modificar patrones de conducta, c) una convicción construida sobre la idea de que la inversión en personas con una expectativa de vida limitada no reviste interés alguno y d) el parecer de que las patologías mentales en adultos mayores son inevitables, irreversibles e intratables. Ver Pszemirower, S. N. *Ob. cit.*, 437.

45 Secretaría de Desarrollo Social de los Estados Unidos Mexicanos (agosto de 2010). “Diagnóstico sobre la situación de vulnerabilidad de la población de 70 años y más”.

46 Cf. Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía - Comisión Económica para América Latina y el Caribe (junio de 2011). “Los derechos de las personas mayores. Materiales de estudio y divulgación. Módulo 2: Los derechos de las personas mayores en el ámbito internacional”. Santiago de Chile. El documento en cuestión contemplaba derechos a la asistencia, la alimentación, la vestimenta, la salud psicofísica, la salud moral, la recreación, el trabajo, la estabilidad y el respeto. Si bien la Asamblea General comunicó al Consejo Económico y Social el Proyecto de Declaración, a fin de que lo examinara y elaborara un informe al respecto, no se lograron avances significativos. Pues el Consejo solicitó al Secretario General que lo sometiera a estudio de la Comisión de Asuntos Sociales y a la Comisión de los Derechos del Hombre, pero la Comisión de Derechos Humanos propuso considerarlo en la sesión ulterior. Sin embargo, no hubo mayores novedades al respecto.

47 La propuesta declaraba: “Los Derechos Humanos fundamentales no disminuyen con la edad y convencidos de que, en razón de la marginación y los impedimentos que la vejez pueda traer consigo, las personas de edad corren peligro de perder sus derechos y de ser rechazadas por la sociedad a menos que

rican Association of Retired Persons (AARP) de los Estados Unidos sujetaría a consideración de las Naciones Unidas la Carta por una sociedad para todas las edades, en oportunidad de celebrarse el año internacional de las personas de edad (1999).

No obstante estos intentos de propulsar una prolifera normativa ligada a esta materia, lo cierto es que los reconocimientos alcanzados en los instrumentos internacionales tan sólo fueron indirectos, además de restringirse generalmente a cuestiones relacionadas a la seguridad social y al derecho a gozar de un nivel de vida adecuado⁴⁸.

Si bien la existencia de una convención específica que garantice la tutela de los adultos mayores aún se encuentra pendiente, debe resaltarse el camino iniciado por la primera conferencia regional intergubernamental sobre envejecimiento (Santiago de Chile, año 2003). Es que al adoptarse en este foro la estrategia regional de implementación del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre envejecimiento en América Latina y el Caribe se abrió paso a la *Declaración de Brasilia*⁴⁹ (2007) y la *Carta de San José sobre los Derechos de las Personas Mayores*⁵⁰ (2012), documentos consensuados en las ediciones subsiguientes.

La *Declaración de Brasilia* evidenció el compromiso para impulsar la elaboración de una convención sobre los Derechos Humanos de la tercera edad en el seno de

estos derechos se reafirmen y respeten”. Cf. Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) - Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), ídem.

48 Instrumentos esenciales de Derechos Humanos en el ámbito interamericano –la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos– no incorporan ninguna referencia a los derechos de las personas de edad. Recién fue en 1988, a partir del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), que los derechos de las personas de edad se reconocieron explícitamente en este contexto, aunque limitados a la esfera del bienestar y las políticas asistenciales. Cf. Huenchuan S. “Marco legal y de políticas en favor de las personas mayores en América Latina”. Serie Población y Desarrollo N° 51. Santiago de Chile. Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE, División de Población de la CEPAL), trabajo inscripto en el proyecto RLA/03/P12 “Implementation of the Madrid Plan of Action on Ageing and the Regional Conference on Ageing”, abril de 2004. Recuperable en http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7193/S044281_es.pdf?sequence=1. Las regulaciones internacionales sobre los derechos para las personas mayores de edad se encuentran enmarcadas en una diversidad de instrumentos; entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Por su parte, el primer convenio de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos en el que se prohibió explícitamente la edad como un motivo de discriminación fue la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, donde se proscribió la discriminación en su acceso a la seguridad social en caso de vejez. Con posterioridad, el alcance de la prohibición de la discriminación por motivos de la edad sería ampliado.

49 La Declaración de Brasilia se origina en la segunda Conferencia regional intergubernamental sobre envejecimiento en América Latina y el Caribe organizada por la CEPAL y el Gobierno de Brasil. La Conferencia se realizó en Brasilia, del 4 al 6 de diciembre de 2007, y contó con el apoyo del Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA). Disponible en http://www.cepal.org/publicaciones/xml/0/32460/LCG2359_e.pdf.

50 La Carta de San José sobre los Derechos de las Personas Mayores de América Latina y el Caribe surge en la tercera Conferencia regional intergubernamental sobre envejecimiento en América Latina y el Caribe organizada por la CEPAL y el Gobierno de Costa Rica. La Conferencia se realizó en San José de Costa Rica, del 8 al 11 de mayo de 2012, y contó con el apoyo del Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA). Disponible en http://www.cepal.org/celade/noticias/paginas/1/44901/CR_Carta_ESP.pdf.

las Naciones Unidas, además de remarcar la necesidad de “avanzar hacia la construcción de sociedades más inclusivas, cohesionadas y democráticas, que rechacen todas las formas de discriminación, incluidas las relacionadas con la edad, y afianzar los mecanismos de solidaridad entre generaciones [...]”. Con ese faro, se propuso la creación de marcos legales y mecanismos de supervisión, en aras de garantizar los Derechos Humanos/libertades fundamentales de las personas de edad; y al mismo tiempo prevenir su abuso, abandono, maltrato, discriminación u otras clases de violencia⁵¹.

Por su parte, la *Carta de San José sobre los Derechos de las Personas Mayores de América Latina y el Caribe* dio un paso decisivo en el sentido de concretar una convención específica, desiderátum que pareciera encaminarse a un inminente cumplimiento⁵². Así, con la convicción de que el acceso a la justicia de las personas mayores es un Derecho Humano esencial en orden a garantizar el ejercicio y la defensa efectiva de esta franja etaria, se ratificó el compromiso de implementar acciones destinadas a suministrarles un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos (procesos administrativos/judiciales, servicios, beneficios y prestaciones estatales), a través de: a) leyes especiales, b) una acción afirmativa de la integración social, c) políticas y programas públicos dirigidos a aumentar la conciencia sobre sus derechos, d) una más activa participación de personas mayores en la formulación, instauración y seguimiento de políticas públicas que les conciernen, y e) la promoción de un mayor reconocimiento del rol desempeñado por la tercera edad en el desarrollo político, social, económico y cultural de las comunidades, con especial hincapié en el papel de las mujeres mayores⁵³.

Conjuntamente, la Carta aludida actualizó el deber de los Estados de aplicar políticas⁵⁴, en miras de prevenir, sancionar y erradicar toda especie de maltrato, violencia (incluida la sexual), abuso⁵⁵ y discriminación⁵⁶ contra las personas mayores.

51 Los contenidos de la Declaración de Brasilia pueden dividirse en cinco temáticas preponderantes: a) un fortalecimiento de capacidades técnicas tendente a incrementar el entrenamiento y conocimiento sobre el cambio demográfico, en miras de responder adecuadamente a sus desafíos; b) un fortalecimiento de la participación en los procesos de adopción de decisiones sobre políticas públicas y de incorporación de la perspectiva de género en las políticas destinadas a las personas de edad; c) la necesidad de optimizar el seguimiento de los avances en la aplicación de la Estrategia regional de implementación del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento; d) la producción científica, investigación e intercambio académico sobre la materia, que posibilite elaborar perfiles demográficos y socioeconómicos de la población de personas de edad; y e) profundizar las posibilidades de cooperación Sur-Sur, de consuno a la asistencia técnica en las áreas de información, capacitación y políticas públicas suministrada por la CEPAL.

52 Los representantes gubernamentales respaldaron la labor de los grupos de trabajo de las Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos (OEA), además de exhortarlos a proseguir avanzando en la elaboración de una convención interamericana en la materia.

53 Cf. principios 4, 6.a, 6.b, 6.c, 6.d, 6.e, 6.f y 6.g de la *Carta de San José*. También véase el 12.b., 12.c, 12.d y 12.e, pues procuran “asegurar la incorporación y participación equitativa de los hombres y mujeres mayores en el diseño y aplicación de políticas, programas y planes que les conciernen”. Además allí se garantiza “el acceso equitativo de las mujeres y hombres mayores a la seguridad social y otras medidas de protección social, en particular cuando no gocen de los beneficios de la jubilación”, de consuno a la protección de “los derechos sucesorios, en especial los de propiedad y posesión de las mujeres mayores viudas, [...]”.

54 Comprensivas de leyes, procedimientos y mecanismos.

55 Aquí también se encuentran comprendidos los recursos judiciales para proteger a las personas mayores de la explotación patrimonial (principio 9.d de la Carta).

56 Se coloca especial énfasis en la discriminación basada en el sexo de las personas mayores (principio 12.a).

Otro vector que no puede obviarse en este esquema son las *100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad* elaboradas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (2008), pues no sólo recogen recomendaciones dirigidas principalmente a los actores del sistema de justicia y a garantizar un efectivo acceso de las personas en condición de vulnerabilidad, sino también encuadra en este segmento a los adultos mayores⁵⁷.

Si nos colocamos en traza de mejorar las respuestas ensayadas ante conflictos con la ley que afectan a los integrantes de la tercera edad, debemos reparar especialmente en poner todos los medios para llevar a la práctica decisiones político-criminales, por un lado, orientadas a elevar los estándares de protección de las víctimas y, por el otro, a lograr una eficaz persecución penal de los autores de estas reprochables conductas.

Particularmente, debe sopesarle la vulnerabilidad de los sujetos pasivos frente a determinados delitos, como a guisa de ejemplo el abandono de persona⁵⁸ y el incumplimiento de deberes de asistencia familiar⁵⁹. La dependencia de terceras personas para subsistir y/o llevar a término tareas cotidianas es un condicionamiento en la vida de gran cantidad de mayores adultos⁶⁰.

Profusos son los casos en donde el abandono de persona penetra en estas realidades, e incluso concurre con otros delitos, como por ejemplo la circunvencción de incapaz⁶¹. Es que en determinadas contingencias, la extrema fragilidad de los ancianos es usufrutuada por cuidadores y garantes de su protección, quienes capitalizan la confianza adquirida, con el objeto de inducirlos a suscribir documentos de contenido patrimonial perjudiciales.

En otras circunstancias, los adultos mayores son víctimas de delitos contra la libertad (v. gr., amenazas⁶²), integridad física (v. gr., lesiones⁶³) y/o sexual (v. gr., abuso simple, gravemente ultrajante o agravado por acceso carnal⁶⁴), figuras que suponen un amedrentamiento o daño a la integridad física/sexual, por regla general potenciados debido a su avanzada edad, un estado de salud deficiente, incontinencias, deterioro cognitivo y alteraciones de conducta, todos factores definitorios de un grado de vulnerabilidad más intenso.

57 “Las 100 reglas de Brasilia” consideran “en condición de vulnerabilidad” a toda “aquella víctima del delito que tenga una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización”. En ese marco, resaltan que la “vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal”; y destacan a esos efectos, entre otras víctimas, a los adultos mayores (Regla N° 11). Por otra parte, de modo más específico además prescriben que “El envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia” (Regla N° 6).

58 Arts. 106 y 107 del CP.

59 Ley 13.944, art. 2°.

60 Tal es así, que esta perspectiva les presenta la alternativa de cohabitar junto a familiares u otras personas que les provean de cuidados remunerados, o recibir hospedaje en instituciones geriátricas.

61 Art. 174, inc. 2° del CP.

62 Art. 149 bis del CP.

63 Libro II, Título I, Cap. II del CP.

64 Art. 119 del CP.

Esto denota la significancia de entrenar a los operadores judiciales, a fin de que puedan: a) determinar precozmente situaciones de maltrato (psicológico/físico) o abandono; b) discernir inquietudes, miedo o pasividad en la víctima al declarar; c) analizar modificaciones en la actitud del adulto mayor, cuando se encuentra en presencia o aislado de su parentela o cuidador; d) garantizar confidencialidad al sujeto pasivo, acerca de la información suministrada del delito investigado; e) explorar signos físicos (v. gr., lesiones, desnutrición, deshidratación, etc.); f) detectar incongruencias entre lesiones y explicaciones sobre su producción, y g) sopesar visitas frecuentes a servicios de urgencias, sustentadas en motivos mudables.

Desde otro plano, en concordancia con el propósito de eliminar todas las formas de discriminación que pueden socavar el derecho a la igualdad de los adultos mayores, se debe propender hacia un acceso a la justicia estimulado por una robustecida visibilidad de las instituciones judiciales, una amplia difusión de derechos y canales óptimos para ejercitarlos, como así también un trabajo integral, coordinado entre todas las áreas competentes en la materia (v. gr., INADI, Ministerio de Desarrollo Social, Poder Judicial y ONGs).

Cabe puntualizar, además, la importancia de desarrollar una actuación más tuitiva y proactiva en orden a prevenir, investigar y sancionar faltas que vulneran bienes jurídicos de gran valoración social, en muchas contingencias superiores a los protegidos por algunas contravenciones y delitos, debido a la gravedad actual o potencial ínsita en el incumplimiento de esta clase de normas⁶⁵. Debe advertirse que ciertas figuras de la normativa de faltas guardan una íntima relación con intereses de protección de los adultos mayores, por cuanto comprenden pautas de higiene, seguridad, salubridad y requisitos de funcionamiento, tanto de los geriátricos como de los establecimientos de hospedaje para ancianos.

Resta añadir que todos estos enfoques deben ser complementarios de políticas sociales justas, solidarias y reconocedoras de las necesidades de los adultos mayores, a menudo mancilladas por una sociedad excluyente. Ciertamente, si se aspira a propiciar ese encuentro tan valioso entre generaciones, una arista insoslayable que debe profundizarse es la educación.

Una formación encaminada a motivar al todo social a hallarse bien predispuesto a custodiar a quienes integran la tercera edad, reafirmar su valor único y buscar en ellos palabras tales que puedan enseñar nuestras raíces, junto a las normas de conducta y valores fundantes de una convivencia acorde a la dignidad de todo hombre. Aquí estriba el *quid* de la cuestión y el porvenir de cualquier civilización signada por la justicia intergeneracional. Justamente, en saber integrar los polos de cada pueblo⁶⁶, pues la memoria evocadora de los adultos mayores es una lección de

65 Ha de sopesarse que la adecuada aplicación del régimen de faltas –sistema sancionatorio cuantitativamente menor– constituye un valor trascendental, por cuanto importa una reacción del arquetipo punitivo, que se anticipa a la consumación de hechos más graves.

66 Véase Documento Conclusivo de Aparecida (n° 447/450), de consuno a discursos dados por S. S. Francisco, en ocasión de la *XXVIII Jornada Mundial de la Juventud en Río de Janeiro* (puntualmente los del 25-7-2013 –Manguinhos– y el 27-7-2013 –Río de Janeiro–).

la historia viva de las Naciones⁶⁷, que bien resignificada por la juventud, vuelve a la experiencia aprehendida en acciones fecundas para la construcción de un futuro más justo, seguro y humano.

Claves de un desarrollo integral e integrador

Ante el panorama descripto –al menos someramente–, si el Estado se vuelve insolidario respecto a una parte de la población y no integra a los migrantes e integrantes de la tercera edad, nos topamos con una igualdad formal, pero ficticia, que poda cualquier posibilidad de forjar vínculos fraternos. Si se profundiza ese surco divisorio entre “los unos” y “los otros”, las asimetrías tienden a potenciarse, con lo que el paso de los procesos socio-económicos hacia metas más humanas se torna impracticable⁶⁸.

Se impone, entonces, un crecimiento que debe concebirse como un deber moral de todos (ya sea en el orden local, nacional e internacional) y no requiere soluciones taumatúrgicas, sino más bien del trabajo mancomunado, por cuanto ha de promover el desarrollo de los Derechos Humanos (personales, religiosos, sociales, económicos y políticos) de cada persona, de consuno a los derechos de las naciones y pueblos dentro de un contexto de integración global.

De ahí que no puede reducirse la evolución a criterios economicistas o tecnocráticos, por cuanto se configuraría una contradicción intrínseca con la vocación natural e histórica del hombre al progreso integral. De hecho, como ya hemos comprobado, las vallas que se oponen a una auténtica realización no son sólo de orden económico, sino que además comprenden valores definitorios de la relación de los hombres consigo mismos, entre sí y las diferentes comunidades, en función del bien común político⁶⁹.

En lo que aquí importa, basta agregar en este sentido el valor intrínseco de la educación en la formación completa del hombre para la vida social. Efectivamente, la educación debe hacer a un entendimiento más diáfano del significado de un Estado de Derecho; estimular una participación ciudadana más activa en la vida política –mediante una intensa vida cívica⁷⁰–; y sentar las bases para la construcción de una cultura signada por la lógica del diálogo. Sí, una cultura del encuentro genuinamente superadora de una conflictividad originada en una incultura diseminadora de una sórdida violencia, que radicaliza las posiciones y vuelve lábiles los lazos comunitarios, a través de la polarización de sus integrantes.

67 Esto incluso ya ha sido recogido antaño por Cicerón en su *Catón el mayor o Sobre la vejez*. Cf. Cicerón, M. T. (2006). *Tratados Filosóficos I*. 1ª ed. Buenos Aires. Losada.

68 Cf. Mir Puig, S. (2007). “Constitución, Derecho Penal y Globalización”. En *Política criminal y reforma penal*. Mir Puig, S. - Corcoy Bidasolo, M. –directores–, Gómez Martín, V. –Coordinador. Montevideo-Buenos Aires. B de f, 8. Allí, el doctrinario especifica que el Estado neoliberal en lo económico se vuelve insolidario, y los pilares de igualdad/fraternidad son puestos en crisis. De hecho, la igualdad sería tan sólo formal ante la ley.

69 San Juan Pablo II. *Sollicitudo rei socialis*, N° 32/33 y 36.

70 Que los alumnos participen de asambleas, debatan, opinen, aprecien la heterogeneidad/pluralismo, comprendan el valor de respetar las normas y ejerzan su libertad de modo responsable.

Más concretamente, el diálogo latente es un nuncio de una forma superior de convivencia, pues concibe el debate de aquellas razones que sustentan nuestras ideas y creencias. Merced suya es el encuentro de la avenencia, que en el diálogo halla la manifestación del habla más adecuada para potenciar la eficacia del lenguaje, redescubrir al “otro” y acercarnos a un “nosotros” comprensivo de “todos”⁷¹. En efecto, este convivir de una cultura civilizada⁷² es el contrapunto de una curiosa barbarie, que apelando a la fuerza busca insuflar los pareceres propios dondequiera y en la radicalización encuentra el fundamentalismo para llevar a término sangrientas persecuciones, como los son, por ejemplo, las practicadas contra los cristianos en diversos territorios del globo terráqueo⁷³.

71 Ingénito a esta cuestión se insinúa el rol de la educación, que es fundamental para promover el diálogo, la tolerancia, fortalecer los vínculos de la población y mermar los sentimientos de injusticia, por intermedio de oportunidades de acceso más igualitarias a esa preparación. Verbigracia, en 55 países de ingresos bajos/medianos, cuyo nivel de desigualdad en materia educativa se ha multiplicado por dos, las probabilidades de conflicto pasaron del 3.8 % al 9.5 %. Cf. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, *Enseñanza y Aprendizaje –Lograr la calidad para todos–* (informe de seguimiento de la EPT en el mundo 2013/2014), en parte 2, titulada: “La educación transforma la vida”.

72 Correlativamente, el hombre, su comunidad, la Nación, la Patria y la concordia social dependen de una enseñanza virtuosa, ajustada a la edad de cada persona en ámbitos de solidaridad, confianza y, esencialmente, afectividad. Por eso, ha de ponerse especial precaución en no incurrir en la profecía del autocumplimiento vinculada al *corrumpunt mores bonos colloquia mala* citado por Pascal, quien señala el efecto forzoso de decirle al hombre que es un necio, al especificar la creencia generada en el individuo por tal afirmación externa. Pascal, B. (2003). *Pensamientos*. Buenos Aires. Losada S.A. y La Página S.A. Traducción del texto del autor con las adiciones de Port-Royal distinguidas por Eugenio D’Ors, 2003, art. XVI.XXXV, 124. Es que el etiquetamiento (ej., burro, bestia, tioco, inadaptado, energúmeno, etc.) conduce a los maestros a alterar su percepción respecto de los aprendices debido a rótulos o estigmas relacionados a la conducta, inteligencia y capacidad, que posteriormente condicionan al alumno en lo tocante a la posibilidad de desarrollar opciones positivas a lo largo de su vida. Este proceso de etiquetamiento ligado al *labeling approach* produce la creencia del rótulo en quien es sometido a la repetición persistente de que es un mal alumno y se lo trata diferencialmente. En consecuencia, al asimilar esa categoría como verdadera, el individuo comienza a adecuar su actuación a las expectativas negativas generadas en tono a él, y se abre así un terreno propicio para la desviación hacia conductas delictivas.

73 Cf. Jakobson, V. (2015, 9 de septiembre). “El dramático testimonio de una monja argentina que misiona en medio del conflicto sirio”. En *Infobae*. Recuperable en <http://www.infobae.com/2015/09/09/1754221-el-dramatico-testimonio-una-monja-argentina-que-misiona-medio-del-conflicto-sirio>. En aquella entrevista la hermana Guadalupe explicó que la tragedia ya se cobró 250 mil vidas en Siria. Ver, también, lo sucedido en Libia, Nigeria, Pakistán, Egipto, Indonesia, Irak o Somalia en Ventas, L. (9 de abril de 2015). “¿Realmente está creciendo la persecución de cristianos en el mundo?”. En *BBC Mundo*. Recuperable en http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/04/150408_aumento_persecucion_cristianos_lv.

**LA DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD:
DIFICULTADES INHERENTES Y CRITERIOS RAZONABLES
PARA SU APLICABILIDAD¹**

*The doctrine of Conventionality Control: Inherent Difficulties and Reasonable
Criteria for its Compulsory Application*

Juan Alonso Tello Mendoza*

Recibido: 10 de septiembre de 2015.

Aprobado por árbitro académico: 10 de octubre de 2015.

Resumen: El artículo describe el origen histórico de la doctrina del control de convencionalidad en el marco de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como sus alcances y consecuencias. Seguidamente, recoge parte de la discusión doctrinal y jurisprudencial generada con esta innovación. Por último, considera los riesgos que deberían advertirse de una aplicación acrítica de esta herramienta y las propuestas para un establecimiento de criterios razonables que hagan provechoso y no pernicioso su empleo.

Palabras claves: Control de convencionalidad - Corte Interamericana de Derechos Humanos - Derechos Humanos - Efectos de las sentencias internacionales - Diálogo jurisprudencial - Principio de subsidiariedad.

Abstract: The article describes the historical origin of the doctrine of conventionality control under the jurisprudence of the Inter American Human Rights Court, as well as its scope and consequences. Then, gathers part of the doctrinal and jurisprudential discussion currently generated with this innovation. Finally, considers the risks that should be noted by an uncritical application of this tool and the proposals for the establishment of reasonable criteria to make its use profitable and not harmful.

¹ Ensayo elaborado para la Revista *Prudentia Iuris*. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina - Noviembre de 2015.

* Bachiller en Derecho por la UCP. Becario *Blackstone* e investigador del Instituto Solidaridad y Derechos Humanos. Correo electrónico: juantellom@gmail.com

Keywords: Conventionality control - Inter American Court of Human Rights - Human Rights - Effects of the international decisions - Jurisprudential dialogue - Principle of subsidiarity.

1. Introducción

La doctrina del control de convencionalidad constituye, entre otras, una respuesta de la Corte IDH a la interrogante común sobre el valor jurídico de su jurisprudencia. En síntesis, por medio de esta propuesta, sostiene que sus sentencias tienen un carácter vinculante y un efecto *erga omnes* en todos aquellos Estados que han reconocido su competencia contenciosa, aunque no hayan sido parte del proceso del cual emanó una decisión. El presente artículo tiene como propósito poner en discusión tal extremo, señalando también criterios razonables para que esta herramienta sea adecuadamente aplicada por los jueces y funcionarios estatales de los países de la región.

2. La doctrina del control de convencionalidad desde la Corte IDH

A partir del año 2006, la Corte IDH inició el desarrollo explícito de lo que hoy conocemos como la doctrina del control de convencionalidad, si bien consideramos que parte de la argumentación de fondo se encontraba ya presente –implícitamente– en su jurisprudencia. La misma, de modo análogo a la doctrina del control de constitucionalidad que busca establecer la supremacía de la Constitución al interior de cada Estado, tiene por meta afianzar la hegemonía de las convenciones internacionales en materia de Derechos Humanos en todos aquellos países que han ratificado este tipo de instrumentos².

Así, podríamos diferenciar dos momentos en su uso: un primer período, donde la doctrina –implícita aún– hacía referencia netamente a las disposiciones de la CADH³ y un segundo período, donde la Corte IDH ha venido abordándola explícitamente⁴ y ampliándola, generando una interesante y crítica discusión académica sobre los alcances e implicancias de dichas modificaciones.

Si consideramos únicamente el desarrollo explícito de la doctrina del control de convencionalidad por parte de la forma colegiada de la Corte, esto es, sin tener

2 Cf. Sagüés, P. (2011). “La incidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la jurisprudencia peruana”. Ponencia presentada durante la VII sesión de la Cátedra de la Corte Suprema de Justicia del Perú. Lima. Puede consultarse sobre el mismo en el siguiente enlace web: http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuprema/s_cortes_suprema_home/as_inicio/as_enlaces_destacados/as_imagen_prensa/as_notas_noticias/as_notas_noticias_2011/cs_n_defectos+_de_+doctrina (consultado el 15 de agosto de 2015).

3 Véase, por ejemplo: Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, párr. 207; *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*, párr. 137; *Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, párr. 85.

4 Véase, por ejemplo: Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile*, párrs. 124 y 125; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, párr. 176; *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, párr. 225; *Caso Gelman vs. Uruguay*, párrs. 193 y 239.

en cuenta aquellos fallos donde solo es abordada por el voto de un determinado juez, tenemos que desde el año 2006 hasta la fecha se han emitido por lo menos 32⁵ sentencias que, en menor o mayor grado, la plantean. Sin embargo, en el presente análisis destacaremos cronológicamente solo aquellas que realizan un aporte conceptual a la doctrina del control de convencionalidad, dejando de lado las que se limitan a mencionarla.

La primera sentencia que desarrolló explícitamente la doctrina fue la del *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, en septiembre de 2006. En ella la Corte IDH designó a los jueces nacionales como responsables de la aplicación del control de convencionalidad. Dicha tarea debía ser ejercida en torno a las normas jurídicas internas (entiéndase “ley” para aquella ocasión), teniéndose como parámetro no solo el tratado, sino también las interpretaciones o jurisprudencia de la propia Corte IDH.

A los pocos meses, en noviembre del mismo año la sentencia del *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* abordó la materia, refiriendo por “normas internas” ya no exclusivamente a las “leyes”, sino a todo tipo de norma. Adicionalmente, señaló que el control de convencionalidad: (i) procede “de oficio” sin necesidad de que las partes lo soliciten; y (ii) debe ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia.

Mediante la sentencia del *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, de agosto de 2008, la Corte IDH destacó un papel diferente para el juez nacional frente al mero rol de inaplicador de normas internas contrarias a la CADH que antes había señalado. Precisó que todo juzgador debía “velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales”, tarea que se enmarcaría al interior de las dos vertientes de medidas que derivan del art. 2º de la CADH, a decir: i) la supresión de normas y prácticas que contravengan la Convención, y ii) la expedición de normas y desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.

5 Cf. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, párr. 124; *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, párr. 128; *Caso La Cantuta vs. Perú*, párr. 173; *Caso Boyce y otros vs. Barbados*, párr. 78; *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, párr. 180; *Caso Radilla Pacheco vs. México*, párr. 339; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, párr. 311; *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 236; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 219; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, párr. 202; *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, párr. 287; *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, párr. 176; *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, párr. 225; *Caso Gelman vs. Uruguay*, párrs. 193, 238 y 239; *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, párr. 164; *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, párr. 226; *Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina*, párr. 93; *Caso Atala Ríffo y Niñas vs. Chile*, párrs. 282-284; *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, párrs. 303-305; *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, párr. 262; *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, párr. 318; *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*, párr. 330; *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, párr. 142; *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*, párr. 221; *Caso Gutiérrez y Familia vs. Argentina*, párr. 168 y punto resolutivo N° 10; *Caso Osorio Rivera y Familiares vs. Perú*, párr. 274; *Caso J. vs. Perú*, párr. 407; *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*, párr. 124; *Caso Brewer Cartas vs. Venezuela*, párr. 63; *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*, párrs. 436, 461 y 464; *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*, párr. 158; *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*, párrs. 213 y 244.

En noviembre de 2010, la sentencia del *Caso Vélez Loor vs. Panamá* delegó la responsabilidad de ejercer el control de convencionalidad a “los órganos de cualquiera de los poderes cuyas autoridades ejerzan funciones jurisdiccionales”. Con ello, no restringió la tarea a los jueces nacionales, sino que la extendió a toda instancia administrativa que ejerza funciones jurisdiccionales. A los pocos días se emitió la sentencia del *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México* en la que además de reiterarse que la obligación de ejercer la doctrina es para todos “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia”, se agregó que ello debe realizarse “en todos los niveles”.

Asimismo, la sentencia contó con el voto razonado del juez Ferrer McGregor, quien en sus reflexiones destacó su vital importancia y auguró que probablemente el futuro del sistema interamericano descansa en ella, en tanto es el generador de un punto de convergencia en materia de Derechos Humanos para establecer un verdadero “*ius constitutionale commune*” en las Américas. Señaló también como parte de sus conclusiones finales:

“Los jueces nacionales ahora se convierten en los primeros jueces interamericanos. Son ellos los que tienen la mayor responsabilidad para armonizar la legislación nacional con los parámetros interamericanos. La Corte IDH debe velar por ello y tener plena conciencia de los estándares que irá construyendo en su jurisprudencia, teniendo en consideración, además, el ‘margen de apreciación nacional’ que deben contar los Estados nacionales para interpretar el *corpus juris* interamericano” (fundamento 87).

En febrero de 2011, mediante la sentencia del *Caso Gelman vs. Uruguay*, la Corte IDH estableció que la doctrina era también aplicable a leyes aprobadas en plebiscito y debía ser ejercida no solo por los jueces, sino también por todos los poderes del Estado (en particular por los vinculados a la administración de justicia). Señaló, así:

“[...] la protección de los Derechos Humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un ‘control de convencionalidad’ (supra párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial” (fundamento 239).

La sentencia del *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, de septiembre de 2012, agregó que la doctrina no solo debía ser aplicada entre las normas internas, por un lado, y la CADH e interpretación que de ella haga la Corte IDH, por otro; sino que también debían considerarse otros tratados de Derechos Humanos de los que era parte el Estado, así como la interpretación que de los mismos haya hecho el mencionado tribunal. Del mismo modo, agregó expresamente como responsable de la aplicación del control de convencionalidad al Ministerio Público de cada país.

En marzo de 2013, la Corte IDH emitió la que hasta el momento es quizás la resolución que más ahonda en la doctrina del control de convencionalidad, nos referimos concretamente a la Supervisión de Cumplimiento de sentencia del *Caso*

*Gelman vs. Uruguay*⁶. En ella, la Corte IDH empleó cuantiosos párrafos en orden a fundamentar esta doctrina, sustentando a su vez el carácter vinculante de sus sentencias tanto para los Estados parte de los procesos de las que emanaron como para los que no fueron parte.

Mediante el *Caso Gutiérrez y Familia vs. Argentina*, de noviembre de 2013, se incluyó por primera vez, en los Puntos Resolutivos, la tarea estatal de instruir a autoridades públicas (Policía Federal Argentina, Policía de la Provincia de Buenos Aires y Policía Judicial de dicha Provincia), entre otras cosas, en la doctrina del control de convencionalidad. Tal medida fue reiterada en posteriores sentencias, como la del *Caso Osorio Rivera y Familiares vs. Perú* y la del *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*.

En enero de 2014 la sentencia del *Caso de Liakat Ali Alibux vs. Suriname* estableció que si bien existía una obligación estatal de aplicar el control de convencionalidad, la CADH no imponía un modelo específico de cómo llevarlo a cabo. Asimismo, el juez Ferrer McGregor presentó un voto razonado abordándola en parte al desarrollar los contenidos del derecho a la protección judicial. Por último, en mayo de 2014, el fallo del *Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile* reiteró en más de una oportunidad que, en ejercicio del control de convencionalidad, las autoridades judiciales tienen el deber de “aplicar los criterios o estándares establecidos en la jurisprudencia de la Corte”.

En resumen, los cambios progresivos realizados por la Corte IDH no solo han comprometido a los jueces locales, órganos vinculados a la administración de justicia y autoridades públicas en todos los niveles a ejercer *ex officio* una suerte de control difuso de convencionalidad entre las normas internas y la CADH –obligación que antes era preocupación solitaria de los jueces interamericanos–, sino que además han extendido el marco del control de convencionalidad a las interpretaciones que sobre este tratado haya hecho la propia Corte IDH. Es decir, para la Corte IDH, hoy en día no basta que un juez o autoridad pública local pondere toda norma de derecho interno con cara a su particular interpretación de la Convención, sino que también debe tenerse como parámetro de ponderación lo establecido en su propia jurisprudencia.

Considerando cada uno de los progresivos aportes jurisprudenciales de la Corte IDH, creemos que una definición operativa sobre el control de convencionalidad señalaría:

“Es deber de toda autoridad pública, en particular de los jueces y de los órganos encargados de la administración de justicia en todos sus niveles, ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’ entre, de una parte, toda norma jurídica interna –incluso las plebiscitarias–⁷ y, de otra parte, la Convención Americana, los demás instrumentos inte-

6 Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de marzo de 2013, párrs. 59-90.

7 Cuando se alude a las “normas jurídicas plebiscitarias” nos referimos al recurso de referéndum y al plebiscito llevados a cabo en Uruguay (*Caso Gelman*, 2011), por los que la población aprobó y ratificó la Ley de Caducidad (de acuerdo a lo señalado por la Corte IDH, una ley de amnistía que impide la investigación y sanción de los responsables de la realización de desapariciones forzadas).

americanos de los que el Estado es parte, así como la interpretación que de los mismos ha hecho la Corte IDH, sea por medio de su función contenciosa o consultiva. Tal deber, desenvuelto en el marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales correspondientes, implica la adopción de medidas en dos vertientes: *‘i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes –la realización de una debida interpretación conforme, por ejemplo, a la efectiva observancia de dichas garantías–’*.

De acuerdo a ello, podríamos dividir nuestro campo de análisis en tres áreas: en primer lugar, el campo de aplicación de la convencionalidad, constituido según la Corte IDH por toda norma interna sin excepción; en segundo lugar, los agentes responsables de ejercerla, según la Corte IDH, toda autoridad pública, aunque de modo especial aquellas que ejercen la función jurisdiccional; y, en tercer lugar, el marco referencial de la convencionalidad, constituido –de acuerdo a la Corte IDH– no solo por la CADH y otros tratados de Derechos Humanos relacionados, sino también por las interpretaciones que sobre los mismos haya realizado. En el presente artículo nos dedicaremos especialmente a esta última área.

En base a lo expuesto, actualmente la jurisprudencia de la Corte IDH, al igual que la letra de la Convención, formaría parte de aquel parámetro que debe ser considerado al momento de suprimir y expedir normas o al instante de eliminar o desarrollar determinadas prácticas al interior de los Estados, dotándosele así de un carácter vinculante. Es decir, el efecto de irradiación de sus sentencias sería *erga omnes*⁸, dado que todo Estado parte de la Convención que ha aceptado su competencia contenciosa debería considerar su jurisprudencia más que como una pauta interpretativa, como un precedente obligatorio, incluso si fuese ajeno al proceso del cual emanó la decisión.

Habiendo arribado a este punto, ¿es posible encontrar un fundamento jurídico en la CADH para tal pretensión?

3. Sobre el fundamento jurídico del control de convencionalidad en la CADH

El punto principal de la polémica radica precisamente en la pregunta que previamente nos hemos planteado, pues si bien el art. 68.1 de la CADH establece con una claridad que no deja espacio a las dudas que “los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte *en todo caso en que sean partes*” (destacado añadido), no existe disposición alguna que prevea el valor vinculante que la doctrina del control de convencionalidad otorga a la jurisprudencia

8 Cf. Bandeira, G. (2015). “El valor de la jurisprudencia de la CIDH”. En *Los sistemas interamericano y europeo de los Derechos Humanos: Una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales*. Lima. Palestra, 242-243.

de la Corte IDH. Es decir, fuera de esa específica obligación internacional para las partes en un proceso interamericano, la doctrina académica de una u otra posición reconoce que no es posible hallar en dicho tratado una disposición que establezca que las sentencias de la Corte IDH gozan de efectos *erga omnes* para todos los países de la región que hayan aceptado su competencia contenciosa⁹. Siendo así, en estricto sentido, una sentencia no obliga jurídicamente en aspecto alguno a un Estado que no sea destinatario de la misma.

Podríamos afirmar, quizás, que sí existe un sustento para un control de convencionalidad referido únicamente a la letra del Pacto de San José. El mismo se encontraría en el propio art. 2º de la CADH, el cual establece que deben adoptarse medidas legislativas o de otro carácter para hacer efectivos los derechos y libertades contenidos en él. De allí que la Corte IDH haya manifestado en el citado *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá* lo señalado en reiteradas sentencias en torno a tal artículo, esto es, que el “deber general del art. 2º de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”¹⁰.

No obstante, querer extender a la jurisprudencia de la Corte IDH la misma autoridad que detenta la letra de la CADH parece no encontrar fundamento en este control de convencionalidad que, en estricto sentido, prevé el art. 2º. Control de convencionalidad, por cierto, previsto en el propio tratado –aunque no se le dé tal denominación– y no únicamente en la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH.

Ahora bien, lo anterior –evidentemente– no supone en lo absoluto que la jurisprudencia de la Corte IDH sea inútil o no implique al menos un efecto irradiador orientador, pues además de conformar un aporte esencial para el desarrollo de la protección de los Derechos Humanos en la región, es emitida por un órgano jurisdiccional creado con ese propósito por la comunidad de los Estados. Sin embargo, frente a la pregunta sobre el fundamento en el tratado, independientemente de las divergencias doctrinales y judiciales existentes, lo cierto es que tras una revisión de la CADH no queda sino aceptar que no existe disposición alguna que prevea explícitamente el efecto irradiador obligatorio, *erga omnes* o de precedente vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH¹¹.

Esto quiere decir que la respuesta frente a la búsqueda de un fundamento jurídico, provenga de la doctrina académica¹², del derecho comparado o de la propia

9 Cf. Thury Cornejo, V. “La revisión del control de convencionalidad difuso y la identidad institucional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Ponencia presentada en las Jornadas Argentino-Chileno-Peruano-Uruguayas de Derecho Constitucional. Montevideo, Uruguay, 14 y 15 de octubre de 2011, 2 [EDCO, (22/03/2012, nro. 12.963)]; y Bandeira, G.. *Ibidem*.

10 Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*, párr. 207; *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*, párr. 137; *Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, párr. 85; entre otros.

11 Cf. Hitters, J. (2012). “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”. En *El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Jueces Nacionales*. México. FUNDAp, 260.

12 El presente artículo no pretende ingresar a un análisis de los diversos argumentos que, de una u

Corte IDH, no será en base a la letra explícita del tratado, sino siempre en torno a interpretaciones que sobre otras disposiciones de la CADH, sobre principios del derecho o sobre la naturaleza de las cortes internacionales, se puedan realizar. Ingresamos, por tanto, a un ámbito eminentemente controvertible, pero también necesario al interior de la sana discrepancia y diálogo en torno al valor de las sentencias de la Corte IDH. Pero si esta última es quien ha propuesto desde 2006 esta doctrina, ¿cuál ha sido el fundamento jurídico ofrecido?

4. Los fundamentos jurídicos que ofrece la Corte IDH

Dada la ausencia de disposición en la Convención, así como la falta de fuentes del Derecho Internacional citadas cada vez que la Corte IDH desarrolla la doctrina del control de convencionalidad, cuando uno se embarca en la tarea de encontrar el fundamento jurídico para considerar el efecto *erga omnes* otorgado a sus sentencias, se encuentra principalmente con dos argumentos: en primer lugar, que la propia Corte IDH así lo ha establecido y, en segundo lugar, que la buena fe y el *pacta sunt servanda* hacen que la aceptación de su competencia contenciosa lo reconozca a su vez como último intérprete de las disposiciones de la CADH, siendo que sus sentencias son definitivas.

En relación al primero, efectivamente, a la fecha son por lo menos 32 las sentencias de la Corte IDH que refieren al control de convencionalidad. Sin embargo, concluir que la jurisprudencia de la Corte IDH goza de un efecto irradiador obligatorio –en virtud de la doctrina del control de convencionalidad–, pues la propia jurisprudencia de la Corte IDH así lo ha señalado, constituye una auténtica falacia petición de principio, dado que dicha argumentación presupone en sus premisas lo que está por demostrarse: si la jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante para todos¹³.

otra posición, se han esgrimido al interior de la doctrina académica respecto del control de convencionalidad. Al menos en esta oportunidad, nos preocupa solo abordar los fundamentos dados por la propia Corte IDH, principal promotora de esta teoría. Dada la postura crítica que tenemos en torno a algunos aspectos de esta propuesta, nos hemos apoyado en el aporte argumentativo de académicos de análoga posición. Quien desee revisar bibliografía favorable al control de convencionalidad –o a su argumentación de fondo– según los términos de la Corte IDH, encontrando incluso un mejor esfuerzo por elaborar fundamentos de soporte, puede acudir, entre otros, a: Landa, C. (2014). “El impacto del control de convencionalidad en el ordenamiento peruano: entre la época de la dictadura y la consolidación de la democracia”. En *Constitucionalismo y democracia en América Latina: controles y desconroles*. Lima. Adrus Editores, 219-254; Sabsay, D. (2013). “El bloque de constitucionalidad federal y el control de convencionalidad”. En *La Ley* –B, 944. Buenos Aires, 28 de marzo; Gil, A. (2013). “El control de constitucionalidad concentrado: ¿es incompatible con el control de convencionalidad?”. En *La Ley*. Buenos Aires, 8 de agosto; Ferrer, E. y Pelayo, C. (2012). “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los Derechos Humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana”. En *Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, Año 10, Número 2, 141-192.

13 Cf. Malarino, E. (2011). “Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de Derechos Humanos para los Tribunales Nacionales”. En *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Tomo II. Montevideo. Konrad Adenauer Stiftung, 438-439.

Para evitar caer en ello tendrían que señalarse fuentes independientes a la jurisprudencia de la Corte IDH que establezcan el efecto *erga omnes* de sus sentencias, pero al menos en el ámbito internacional no las hay, siendo que la Corte IDH tampoco se ha preocupado en presentarlas. De allí que, frente a la inconsistencia observada y ante el vacío de regla al respecto en el fuero internacional, se afirma que lo que imponen tales sentencias “no es la fuerza vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH, sino, en todo caso, la obligación de ‘tenerla en cuenta’, de considerarla, de hacer mérito de ella, lo que no implica necesariamente el deber de acatarla. [...] preciso es admitir que, bajo la CADH, la Corte IDH no puede imponer otra obligación que la de ‘tener en cuenta’ su jurisprudencia. En efecto, no existe norma alguna en la CADH que le otorgue a la Corte IDH poder para imponer a los Estados integrantes del SIDH la obligación de ‘acatar’ su jurisprudencia bajo pena de incurrir en responsabilidad internacional”¹⁴.

En relación al segundo, se señala que al ser la Corte IDH la intérprete última de la CADH, todo control de convencionalidad debe necesariamente incluir como parámetro lo que su jurisprudencia haya interpretado, siendo la buena fe y el *pacta sunt servanda* las razones por las cuales todo Estado debe honrar aquella obligación en la que reconoció tal función de la Corte IDH. Esta argumentación tampoco resulta satisfactoria del todo, pues que la Corte IDH sea la autoridad final de interpretación en un proceso interamericano –siendo sus sentencias definitivas e inapelables (art. 67 de la CADH)– no hace que las mismas sean vinculantes para las autoridades locales en todo proceso existente.

Como se aprecia, se trata de atributos distintos, tener la última palabra en un caso no significa que la doctrina jurisprudencial del mismo deba ser necesariamente seguida en otros casos o por otros tribunales. Para ello se necesitaría una regla adicional que establezca lo que en el *common law* se conoce como *stare decisis* (precedente de obligatorio cumplimiento), cosa que al menos por ahora no existe en el sistema interamericano¹⁵. Recién en este marco de discusión, cobra real sentido abordar lo referente al *pacta sunt servanda* dado que, así como de buena fe deben respetarse las competencias reconocidas a la Corte IDH, también de buena fe deben leerse las disposiciones de la CADH, las cuales no incluyen en modo alguno un eventual efecto irradiador vinculante de las sentencias de la Corte IDH.

Es más, si fuese que la jurisprudencia de la Corte IDH estuviese incluida en la doctrina del control de convencionalidad, tendríamos que discutir con mayor detenimiento sobre las distintas dificultades que se presentan. Entre ellas, tenemos que: a) se constriñe la libertad interpretativa del juez nacional, atándolo a las interpretaciones que pudiesen venir desde la Corte IDH; b) su aplicación supone un “sacrificio ideológico”, pues antepone la ideología que anima la actuación de la Corte IDH por sobre el techo ideológico que campea en una Constitución local al momento de interpretar una regla constitucional; y c) “encadena” a los Estados que no fueron parte de una controversia y que, por tanto, no fueron escuchados ni pudieron aportar

14 Bianchi, A. (2010). “Una reflexión sobre el llamado ‘control de convencionalidad’”. En *La Ley -E*, 1090, Buenos Aires, 23 de septiembre de 2010.

15 Cf. Malarino, E. Ob. cit., 439.

su opinión al respecto, a una tesis jurisdiccional determinada, trastocándose con ello las habituales reglas del debido proceso¹⁶.

Lo anterior, como ya se ha podido apreciar, sin considerar que todo esto supone que la Corte IDH otorgue a su jurisprudencia el mismo valor que detenta la propia CADH¹⁷, siendo una natural consecuencia de ello que tales interpretaciones –ahora convertidas en una suerte de parte integrante del tratado– puedan mudar en uno u otro sentido, poniendo en riesgo la voluntad estatal originaria que convino establecer una determinada convención. Esto último, pues, dado que la infalibilidad no es propiedad de un tribunal humano¹⁸, podría la Corte IDH –con una interpretación dinámica o evolutiva mal aplicada, por ejemplo– terminar modificando o incluso contrariando¹⁹ no solo el tratado del que nacieron sus propias competencias –las que, por cierto, no incluyen facultades en este sentido–, sino también el propósito fundacional de este órgano interamericano.

Del mismo modo, cabe notar que de tener el fallo el mismo valor que un tratado, podría terminar sobreponiéndose a la Constitución Política de un Estado²⁰, cuando ni siquiera el propio tratado supuso tal cambio en el momento en que fue ratificado y entró en vigor para dicho país. Así, la figura permite pensar que podría estarse concediendo a los jueces interamericanos una facultad legislativa encubierta, desplazando en determinadas materias más que al poder constituido, al propio poder constituyente de un Estado.

Por último, si por una acepción primigenia de diálogo comprendemos a aquella discusión en búsqueda de avenencia o conformidad –la cual no está exenta de tensiones–, una postura en la que los tribunales nacionales deban acatar sin más la jurisprudencia de la Corte IDH, ciertamente no se condice con la línea de retroalimentación y “plausible reciprocidad de influjos, para enriquecer cuantitativa y cualitativamente la tutela y realización de los Derechos Humanos por medio del intercambio y aprendizaje mutuos”²¹. Por el contrario, supone un obstáculo a un auténtico diálogo jurisprudencial entre la Corte IDH y las cortes nacionales.

Consecuentemente, de lo dicho hasta el momento, se sigue que no existe actualmente fundamento convencional o extra-convencional sólido que permita afirmar sin lugar a dudas que las interpretaciones de la Corte IDH suponen un efecto

16 Cf. Sagüés, N. (2010). “Dificultades operativas del ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano”. En *La Ley-D*, 1245, Buenos Aires, 11 de agosto de 2010.

17 Cf. Sagüés, P. (2011). Ob. cit.

18 Cf. Soderó, E. (2012). “Precedente e internalización del Derecho Constitucional”. En *Internalización del Derecho Constitucional, Constitucionalización del Derecho Internacional*. Buenos Aires. Eudeba, 470.

19 Cf. Paul, Á. (2013). “La Corte Interamericana *in vitro*: Comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del Caso *Artavia*”. En *Revista Derecho Público Iberoamericano*. Universidad del Desarrollo. Volumen II, 323-325.

20 Por ejemplo, ¿podría señalarse que a raíz de la noción de “gradualidad” incorporada por la sentencia *Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica* debe modificarse la protección que desde el momento de la concepción-fecundación reconocen otras constituciones latinoamericanas al derecho a la vida? Para la Corte IDH y su doctrina del control de convencionalidad la respuesta es sí.

21 Bazán, V. (2012). “Estimulando sinergias: de diálogos jurisdiccionales y control de convencionalidad”. En *El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Jueces Nacionales*. Ob. cit., 24.

erga omnes en todos los países de la región que han aceptado su competencia. Por tanto, desde la CADH y el Derecho Internacional, si bien las sentencias de la Corte IDH son vinculantes para los Estados parte de un determinado proceso, en estricto sentido, gozan únicamente de un efecto irradiador orientador para los demás²².

5. El grado de incidencia de la jurisprudencia de la Corte IDH en cada Estado

Ahora bien, ¿podría un Estado por cuenta propia otorgar, en la práctica o en su normativa interna, un mayor grado de incidencia a la jurisprudencia de la Corte IDH? Consideramos que sí, siempre que las autoridades que así lo determinen tengan las facultades necesarias para ello. Pero como se desprende de la misma pregunta, no es la Corte IDH ni disposición alguna de la CADH la que hace esto posible, sino –al menos en el estado actual de las cosas– la decisión particular de un determinado Estado.

De esta manera, sin pretender presentar un análisis detallado sobre la realidad jurídica actual de cada país, mientras en Perú se asume la observancia obligatoria no solo de los tratados de Derechos Humanos, sino también de toda interpretación hecha por los tribunales que lo custodian (entiéndase la resolución y la fundamentación o *ratio decidendi*), incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso²³; en México, entre otras cosas, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que solo las sentencias de la Corte IDH derivadas de casos en los que haya sido parte el Estado mexicano serán obligatorias “en sus términos”²⁴, aquellas provenientes de asuntos en los que no haya sido parte “serán orientadores para todas las decisiones de los jueces mexicanos, *siempre que sean más favorables a la persona*”²⁵ (destacado nuestro).

22 Cf. Gelli, M. (2012). “El plazo razonable de la prisión preventiva y el valor de la jurisprudencia internacional (en el caso ‘Acosta’)”. En *La Ley* T. 2012-D. Buenos Aires. Por la pertinencia de la cita reproducimos a continuación parte de ella: “[...] en base a lo que dispone de manera explícita el art. 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos surge del ordenamiento internacional que: a) los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son obligatorios para el Estado que aceptó la competencia del tribunal internacional y fue parte en el proceso internacional en el que resultó condenado; b) las decisiones de la Corte Interamericana no tienen efectos generales sobre otros casos similares existentes en el mismo u otro Estado; c) la Convención Americana no establece en ninguna disposición el alcance general de los fallos de la Corte Interamericana, ni en cuanto al decisorio ni en cuanto a los fundamentos”.

23 Cf. Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Arturo Castillo Chirinos*. Proceso de Amparo. Sentencia de 21 julio de 2006. EXP. N° 2730-2006-PA/TC, párrs. 12-14. Véase también el art. V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que a la letra establece: “El contenido y alcances de los Derechos Constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Tratados sobre Derechos Humanos, así como de las decisiones adoptadas por los Tribunales Internacionales sobre Derechos Humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

24 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro III, diciembre de 2011, Tomo I, tesis P. LXV/2011 (9a.), 556. En: Carbonell, M. (2013). *Introducción al Control de Convencionalidad*. México. Editorial Porrúa, 18.

25 *Ibidem*, 20. Véase también el recientemente modificado art. 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuya parte pertinente establece: “Las normas relativas a los Derechos Humanos

En el caso de Argentina, si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reiterado en diversas oportunidades que la CADH goza de jerarquía constitucional por voluntad expresa del constituyente (art. 75, inciso 22, párrafo 2 de la Constitución Nacional), no ha dicho lo mismo en torno a la jurisprudencia de la Corte IDH, que en tal caso constituye una “insoslayable” o “imprescindible” “pauta” –o “guía”– de interpretación²⁶. Es decir, aunque es cierto que los aportes interpretativos de la CIDH resultan valiosos para la consolidación de la protección de los Derechos Humanos y deben ser adecuadamente considerados, también es cierto que ello no los hace automáticamente vinculantes, pues de acuerdo a la propia CSJN, se trata solo de eso: una “guía” o “insoslayable pauta de interpretación”, de la cual –por ende– los jueces y autoridades locales podrían apartarse –como lo vienen haciendo ya²⁷– si existen debidas razones.

Por su parte, en Uruguay, luego de secundarse las mismas razones que líneas arriba hemos esgrimido sobre la no obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH, se señaló que “nuestro ordenamiento constitucional y legal no instituyen un deber de las autoridades judiciales de la República Oriental del Uruguay de considerar como precedentes vinculantes los fallos de los órganos interamericanos”²⁸.

En ese sentido, tratándose la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH de una guía para la interpretación y siendo cada Estado el que decide elevar o no a carácter obligatorio el efecto irradiador orientador que en estricto sentido tiene, consideramos –de todos modos– que no debe realizarse una aplicación acrítica de la misma, sino que por el contrario, deben analizarse los argumentos y el contexto en los cuales se adoptó una concreta decisión, pues como es sabido, cada Estado tiene singularidades que lo diferencian de otros. Esta suerte de tamiz interno que pondere los criterios más favorables para la persona y establezca como límite los principios, garantías y derechos reconocidos en cada Constitución Política interna, es principalmente una tarea de la judicatura²⁹.

se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

26 Cf. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Caso Horacio Giroldi y otro*. Sentencia de 7 de abril de 1995, párr. 11; *Caso Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad*. Sentencia de 14 de junio de 2005, párr. 17; *Caso Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Rec. de casación e inconstitucionalidad*. Sentencia de 13 de julio de 2007, párr. 20; *Caso Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo*. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 8.

27 Por ejemplo: Cámara Federal de Salta (Argentina). *Caso L.O., A. y ot. c/ Swiss Medical. Proceso de Amparo*. Sentencia de 8 de julio de 2013. Expte. W 007/13, apartados V11.2.A y V11.2.B. Puede accederse a la sentencia en el siguiente enlace electrónico: <http://es.scribd.com/doc/222653400/Partes-L-O-A-y-Otros-c-Swiss-Medical-s-Amparo#scribd> (consultado el 31 de marzo de 2015); Sala Primera de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro (Buenos Aires - Argentina). *Caso C.K.J. y o c/ M.S.A. s/ amparo*. Sentencia de 12 de noviembre de 2013. Apartado N° 3; Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza. *Caso L., E.H. c/ O.S.E.P. p/ acción de amparo p/ apelación s/ inc.* Sentencia de 31 de julio de 2014. Apartado B (Voto del juez Nanclares) y apartado N° 5 (Voto del juez Pérez Hualde). Puede accederse a la sentencia en el siguiente enlace electrónico: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2014-fallo-leh.pdf> (consultado el 31 de marzo de 2015).

28 Cf. Suprema Corte de Justicia del Uruguay. *Caso M. L., J. F. F., O.* Excepción de inconstitucionalidad. Sentencia de 22 de febrero de 2013. Caso 16474. Apartado III.A.

29 Corte Suprema de Justicia de la Nación de México. Acta de Sesión Pública N° 89. Martes 3 de septiembre de 2013. Parte de la intervención del señor ministro Zaldivar Lelo con la que coincidimos, no necesariamente con la totalidad de la misma.

Pero ¿no sería riesgosa la propuesta en tanto supone una suerte de revisión interna de los fallos emitidos por la Corte IDH? A continuación intentaremos explicarnos mejor.

6. Criterios razonables sugeridos para la aplicación del control de convencionalidad

En respuesta a la pregunta planteada debemos señalar que en principio “no”, pues como ya hemos sustentado, la jurisprudencia de la Corte IDH no es vinculante *per se* para los Estados que no fueron parte del proceso de la que emanó. En ese sentido, si goza solo de un efecto irradiador orientador, allí donde existan motivos jurídicos razonables, los jueces o autoridades públicas pueden apartarse de tal pauta interpretativa, por ejemplo, en aplicación del principio *pro homine*.

Pero ¿respecto de aquellos Estados que sí fueron parte del proceso?

En efecto, si bien es factible avizorar un riesgo como el señalado previamente, también es verdad que en la actualidad ya es real que, con sustento o no, cuando un determinado Estado no tiene voluntad política de ejecutar un fallo o considera que el cumplimiento del mismo ha de tener resultados gravosos, termina por no cumplirlos³⁰. Lo afirmado no pretende pasar por alto que en uno u otro caso tales situaciones podrían debilitar el sistema interamericano de Derechos Humanos, lo cual no es deseable, pero sí busca evidenciar que la posibilidad de desconocer una sentencia de la Corte IDH se encuentra siempre latente con la implementación o no de la propuesta aquí dada: la de no aplicar acriticamente la jurisprudencia de la Corte incluso cuando se ha sido parte del proceso que le dio origen.

En consecuencia, tal riesgo no debe obstaculizar la discusión en este punto, más aún cuando también existe un riesgo en delegar de modo absoluto la interpretación última de los Derechos Humanos a una sola institución, en este caso, la Corte IDH. Ello pues en cierto modo se asume que su actuación se encuentra revestida de un halo de infalibilidad en cuanto a estas materias y que, por tanto, todo lo que ella determine no solo es lo correcto y definitivo, sino que además es obligatorio acatar.

Si asumiésemos tal posición, no habría inconveniente en adoptar el claro razonamiento que sustenta el fondo del control de convencionalidad, incluso sin acudir al mismo, esto es que “[...] sería absurdo que la Corte condenara a un Estado por realizar una determinada conducta vulneradora de los derechos y que los demás paí-

³⁰ Para citar solo algunos de los tantos casos, véase, por ejemplo, el rechazo público que el año pasado realizó el gobierno de República Dominicana a la sentencia del *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, de 28 de agosto de 2014. El enlace es el que sigue: <https://www.youtube.com/watch?v=mHLb3cSI20M> (consultado el 16 de agosto de 2015).

Véase, también, cómo en el año 2013 el entonces Ministro de Justicia y Derechos Humanos del gobierno peruano, Daniel Figallo, señaló que, de ser el caso, no se pagaría un solo centavo en calidad de reparación a aquellos considerados como terroristas o a sus familias, aunque la Corte IDH así lo determinase. Con estas palabras hacía alusión, entre otros, al *Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú*, que recién en abril del 2015 ha obtenido sentencia interamericana sin que se disponga reparación económica alguna. Pueden verse las declaraciones en el siguiente enlace: <http://diariocorreo.pe/politica/minjus-a-los-terroristas-no-se-les-pagara-77965/> (consultado el 16 de agosto de 2015).

ses pudieran seguir realizándola, argumentando que ellos no han sido condenados. Si la Corte ha considerado en su sentencia que una conducta es incompatible con las previsiones del Convenio, ello deberá afectar y ser aceptado por todos los demás Estados. Igual sucede si la Corte ha realizado la interpretación de un derecho, sus formas de ejercicio, sus mecanismos de garantía, o se ha referido sobre el contenido y alcance de alguno de sus límites³¹.

No obstante, lamentablemente, la realidad nos demuestra lo contrario, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también se puede equivocar y, aunque suene alarmante, desproteger los Derechos Humanos que tiene como función resguardar³². Por ello, a pesar de que la anhelada seguridad jurídica busque siempre una autoridad última en la cual pueda descansar una determinada decisión, tratándose de un tema tan sensible e importante, la de los Derechos Humanos, resulta mejor una suerte de estructura de contrapesos que vele por su protección. Es decir, una relación complementaria entre el Estado y el sistema interamericano según el principio de subsidiariedad, en el que mediante un constante diálogo prevalezca siempre el principio *pro homine*, pues finalmente de lo que se trata es de resguardar permanentemente la dignidad humana.

En tal sentido, dado que los excesos o equívocos podrían venir de uno u otro lado, sea el Estado o la propia Corte –por no mencionar ahora a otros órganos de protección del sistema universal–, conviene considerar algunos alcances para comprender cuándo se podría estar incurriendo en excesos o equívocos inaceptables. En esta oportunidad, siendo que la jurisprudencia de la Corte IDH es la que atrae nuestra atención, creemos necesario esgrimir una serie de criterios que podrían ser de utilidad al momento de establecer un marco en el cual sea aplicable al interior de los Estados. Es decir, una suerte de criterios de aplicabilidad de la jurisprudencia de la Corte IDH al realizar el tamiz analítico interno.

En primer lugar, los determinados aportes de la jurisprudencia interamericana que se quieran introducir deben ser más favorables para la protección de los

31 Cf. Remotti, J. (2004). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 2ª edición. Lima. IDEMSA, Editorial Moreno, 291-292.

32 Véase, por ejemplo, las fuertes críticas que ha recibido al redefinir la protección del derecho a la vida desde la concepción en el *Caso Artavia Murillo y otros vs. Chile*: Herrera, D. y Lafferriere, N. (2013). “¿Hacia un positivismo judicial internacional? Reflexiones sobre un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la relativización del derecho a la vida”. *Suplemento Constitucional*, 9 de abril de 2013, 16 - *La Ley* 2013-B; Paul, Á. (2013). “La Corte Interamericana *in vitro*: Comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del *Caso Artavia*”. *Revista Derecho Público Iberoamericano*. Universidad del Desarrollo. Volumen II; Bach de Hazal, R. (2013). “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. Un revés para el derecho”. *EDCrim*, 22-5-2013, N° 13.243; Scala, J. (2013). “¿Quo vadis Corte Interamericana de Derechos Humanos?”. *EDCrim*, 23-5-2013, N° 13.244; De Martini, S. (2013). “La renovada tentación de Prometeo”. *EDCrim*, 22-5-2013, N° 13.243; entre otros. Del mismo modo pueden leerse a continuación las graves irregularidades presentadas en proceso del *Caso Karen Atala vs. Chile*, denunciadas públicamente por uno de los abogados cercano al caso en dicho país: Ferrer, Á. (2012). “El caso Atala”. *El Mercurio*. Puede apreciarse en el siguiente enlace electrónico: http://www.elmercurio.com/blogs/2012/02/26/2702/caso_atala.aspx (consultado el 17 de agosto de 2015); Ferrer, Domínguez, Romero y Bustamante (2012). “Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Razones para afirmar la nulidad del proceso y la sentencia”. En *Revista Derecho Público Iberoamericano*. Santiago de Chile. Universidad del Desarrollo. N° 1, 201-239.

Derechos Humanos de las personas. Es decir, si el ordenamiento interno prevé una mayor protección en un determinado derecho, debe preferirse el mismo antes que lo señalado por la Corte IDH. Este aporte coincidiría con el criterio adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México señalado líneas arriba, además de ser una concreta aplicación del principio *pro homine*³³ reconocido en el art. 29 de la CADH.

Lo contrario, seguir la jurisprudencia de la Corte IDH cuando supone una menor protección –o incluso una desprotección– de los Derechos Humanos en comparación con el ordenamiento interno, constituiría una vulneración al principio de no regresividad o irreversibilidad. Este último, fruto del reconocimiento de los Derechos Humanos como atributos inherentes a toda persona, nos dice que una vez reconocido un derecho, queda definitiva e irrevocablemente integrado a la categoría de inviolabilidad, pues “la dignidad humana no admite relativismos, de modo que sería inconcebible que lo que hoy se reconoce como un atributo inherente a la persona, mañana pudiera dejar de serlo por una decisión gubernamental”³⁴. En este criterio, por ejemplo, un juez perteneciente a un Estado que prevea una protección del derecho a la vida desde el momento de la concepción debería apartarse del caso *Artavia Murillo*, pues relativiza su resguardo y establece más bien uno de corte “gradual”.

En segundo lugar, aunque no resulte sencilla su determinación, cuando se aborden temas altamente controvertidos en el campo ético que supongan una modificación de la forma de vida elegida por una determinada sociedad, o cuando –simplemente– las autoridades domésticas estén en mejores condiciones que los jueces internacionales para resolver un determinado asunto, debe considerarse la aplicación de la doctrina del “Margen de apreciación”. Esta doctrina cuenta con suficiente cobijo al interior del principio de subsidiariedad del sistema interamericano³⁵ y ha sido reconocida por la Corte IDH³⁶.

La misma ha sido desarrollada extensamente por la Corte Europea de Derechos Humanos, señalándose que en asuntos como la determinación de una “emergencia

33 En torno al principio *pro homine*, Salvioli afirma que las normas de Derechos Humanos deben interpretarse en el sentido más favorable a las presuntas víctimas, siendo que la actuación de los órganos internos como la de los órganos internacionales de protección de Derechos Humanos deben también realizarse en la misma dirección. Así, señala del mismo modo que la Corte IDH tiene un límite en su competencia consultiva cuando existe la posibilidad de que el estudio o la resolución de la cuestión vulnere derechos fundamentales de las personas, tal actuación desnaturalizaría la función del tribunal (62 y 69). Salvioli, F. (2007). “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”. Conferencia dictada en la Sesión de Enseñanza XXXVIII de julio de 2007. Instituto Internacional de Derechos Humanos. Estrasburgo – Francia.

34 Nikken, P. (1994). “El concepto de Derechos Humanos”. En *Estudios básicos de Derechos Humanos*. Tomo I. San José, Costa Rica. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 24.

35 Véase tanto el preámbulo de la CADH como sus arts. 46, inciso 1, literal “a” y 61, inciso 2. El primero reconoce que la protección internacional de los Derechos Humanos es complementaria a la ofrecida por el derecho interno de los Estados. Los segundos señalan como requisito el agotamiento de los recursos internos antes de acudir al sistema interamericano.

36 Corte IDH. *Caso las Palmeras vs. Colombia*, párr. 33; *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*, párr. 66.

pública³⁷, un “interés público”³⁸, la presencia de crucifijos en escuelas públicas³⁹, el establecimiento de abortos⁴⁰, el inicio de la vida humana⁴¹, las regulaciones sobre las uniones civiles entre personas del mismo sexo⁴², entre tantos otros, la Corte EDH prefiere dejar a discreción de las autoridades domésticas la decisión final, sea porque generan marcada polémica o porque son estos últimos los llamados a adecuar las disposiciones de la CEDH en la cultura a la que pertenecen. Caso contrario, salvo que el tratado prevea expresamente algo concreto sobre tales materias, no solo se transgrediría tal discrecionalidad de actuación, sino también se cercenaría un democrático debate a nivel interno, siendo impuesta la visión de la mayoría de los jueces internacionales de turno.

Esto último resulta especialmente importante pues, por ejemplo, en el año 2012 el Movimiento de Integración y Liberalización Homosexual (Movilh) demandó al Estado chileno ante la Comisión IDH luego de que la Corte Suprema de dicho país rechazase la petición de acceso de tres parejas del mismo sexo al matrimonio⁴³. Actualmente, el gobierno de Chile mantiene reuniones con esta organización en orden a arribar a una solución amistosa. De variar la situación y llegar este caso a la Corte IDH, ¿podría la misma determinar que en la CADH se prevé también esta figura, haciéndola obligatoria para todos mediante del control de convencionalidad, a pesar de que hay Estados que luego de una debate democrático han decidido no equipararlas al matrimonio?

Para la Comisión IDH pareciera ser que sí⁴⁴. Ello pues luego de señalar que la CADH protege a otros tipos de familia –las conformadas por parejas del mismo sexo, según el *Caso Atala Riffo vs. Chile*–, apunta que, por medio del control de convencionalidad, el Estado Colombiano debió seguir tales directrices y otorgar una pensión de sobrevivencia al señor Alberto Duque, quien convivió con su par del mismo sexo durante diez años y cuya solicitud de pensión fue denegada por la compañía colombiana Colfondos, pues la legislación en materia de seguridad social vigente no preveía como beneficiarios a aquellos distintos del cónyuge o el compañero(a) permanente supérstite. En ese sentido, la Comisión IDH consideró que el Estado Colombiano, al realizar una exclusión arbitraria a un diverso tipo de familia, violó el principio de igualdad ante la ley y no discriminación previsto en el art. 24 de la CADH. Actualmente, el caso se encuentra pendiente ante la Corte IDH, la cual el pasado 2 de julio convocó a las partes a una audiencia.

En tercer y último lugar, la sentencia no debe ser arbitraria ni su proceso presentar irregularidades, de lo contrario no debería encontrar amparo en el Derecho.

37 Corte EDH. *Caso Demir y otros vs. Turquía*, párr. 43.

38 Corte EDH. *Caso Jahn vs. Alemania*, párr. 91.

39 Corte EDH. *Caso Lautsi vs. Italia*, párr. 70.

40 Corte EDH. *Caso A, B y C vs. Irlanda*, párr. 249.

41 Corte EDH. *Caso R.R. vs. Polonia*, párr. 186.

42 Corte EDH. *Caso Alekseyev vs. Rusia*, párr. 83.

43 Véase más información en los siguientes enlaces electrónicos: <http://www.emol.com/noticias/nacional/2015/03/04/706461/movilh-por-matrimonio-igualitario.html> o <http://www.latercera.com/noticia/nacional/2015/02/680-617225-9-movilh-se-reune-con-el-gobierno-por-demanda-ante-la-cidh-por-prohibicion-de.shtml> (consultado el 17 de agosto de 2015).

44 Cf. Comisión IDH. Informe de Fondo N° 5/14. Caso 12.841. *Ángel Alberto Duque vs. Colombia*. 2 de abril de 2014. Párrs. 77-81.

Esto último podría parecer una verdad de perogrullo, pero creemos que debe ser necesariamente incorporado como criterio de aplicabilidad de la jurisprudencia de la Corte IDH. Es decir, de probarse que un proceso o sentencia adolecen de estos últimos, no deberían ser siquiera considerados por un juez o autoridad local.

En este criterio, por ejemplo, las graves irregularidades que presentó el *Caso Atala vs. Chile* cuando deliberadamente no escuchó a una de las partes en el proceso, cuando notificó tardíamente a las menores –ratificando con ello la falta de emplazamiento–, cuando designó a un perito de parte al momento de realizar una instancia jurisdiccional, o cuando omitió pronunciarse sobre los vicios procesales de la tramitación ante la Comisión IDH, no deberían ser pasadas por alto⁴⁵. Esto último dado que, según la ONU, por el principio de *rule of law* o Estado de Derecho, que contiene a los estándares internacionales de protección de los Derechos Humanos, se exige –entre otros– la prohibición de la arbitrariedad en la aplicación del derecho, garantía de las libertades esenciales de todo ciudadano que resulta inherente también a los textos internacionales, entre ellos, la propia CADH⁴⁶.

En suma, será la transparente labor de la Corte IDH, la solidez argumentativa de sus sentencias, el grado de incidencia que le otorgue internamente cada Estado y la idoneidad aplicativa resultante del tamiz analítico los que hagan que sus interpretaciones sean ejemplares pautas de interpretación. Todo ello pues “la afirmación de que los tribunales nacionales necesariamente deben seguir la pauta jurisprudencial emanada de los fallos de la Corte –o sea que éstos revisten el carácter de fuente de seguimiento obligatorio– carece de sustento suficiente, reflejando simplemente una intención de deseos, un ‘querer ser’ que no encuentra fundamentación, ni desde la óptica del Derecho Interno (al menos para la República Argentina), ni desde la del Derecho Internacional, siendo una construcción novedosa que incluso contradice pronunciamientos previos de la propia Corte, la cual no ha brindado razones ni argumentación suficiente para el cambio de posición”⁴⁷.

De esta manera, tendríamos también un auténtico diálogo jurisprudencial, donde –por ejemplo– un tribunal nacional, en favor de la protección de derechos fundamentales y luego de apreciar una determinada jurisprudencia interamericana, deba contar con la posibilidad de apartarse de lo allí señalado si descubre un mejor contexto de aplicación del principio *pro homine* o si el tema a abordarse aclama la intervención del margen de apreciación nacional. Esto último sin olvidar que, si la sentencia fuese arbitraria, no debería ser considerada siquiera como pauta de orientación para la judicatura doméstica.

45 Ferrer, Domínguez, Romero y Bustamante (2012). Loc. cit.

46 Galain, P. (2013). “La influencia de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos en el Derecho Penal de Uruguay”. En Grupo de Estudios sobre Derecho Penal Internacional (Coord.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Bogotá. Konrad Adenauer Stiftung, 424.

47 Vítolo, A. (2013). “Una novedosa categoría jurídica: el ‘querer ser’ – acerca del pretendido carácter normativo *erga omnes* de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del ‘control de convencionalidad’”. En *Revista Pensamiento Constitucional*. Vol. 18, N° 18, 7. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8961/9369> (consultado el 15 de agosto de 2015).

7. Conclusiones

- a) La doctrina del control de convencionalidad nace explícitamente en la jurisprudencia de la Corte IDH en el año 2006, a partir del Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile. Desde entonces, este órgano judicial ha ido desarrollando y ampliando su contenido teórico.
- b) Entre los aspectos más resaltantes de esta doctrina se encuentra el valor *erga omnes* que se concede a la jurisprudencia de la Corte IDH. Es decir, el carácter de precedente de obligatorio cumplimiento que tiene para todos aquellos Estados que han aceptado su competencia contenciosa.
- c) Sin embargo, una revisión de la CADH nos lleva necesariamente a concluir que, si bien puede encontrarse sustento para un control de convencionalidad referido únicamente a la letra del pacto, no existe disposición en el tratado que secunde el carácter vinculante que la Corte IDH otorga a sus propias sentencias. Asimismo, los escasos fundamentos jurídicos que se desprenden de la propia jurisprudencia de la Corte IDH resultan equívocos o insuficientes para sostener tal pretensión.
- d) Lo anterior no comporta la inutilidad de sus sentencias, sino el estricto orden que les corresponde según la naturaleza jurídica que poseen. Dicha jurisprudencia representa un vital componente para la consolidación y fortalecimiento del sistema de protección de los Derechos Humanos en la región. Por tanto, si bien no obligan, sí orientan y deben ser tenidas en cuenta por los jueces y autoridades nacionales, aunque puedan apartarse de encontrar motivos jurídicos razonables.
- e) Los Estados, por voluntad propia, pueden o no otorgar internamente un mayor grado de incidencia a la jurisprudencia interamericana siempre que las autoridades que así lo determinen tengan las facultades necesarias para ello. No obstante, esto no debe significar, en uno u otro caso, la aplicación acrítica de toda interpretación dada por la Corte IDH en sus sentencias.
- f) Los criterios de aplicabilidad propuestos nos permiten sostener que para considerar la jurisprudencia de la Corte IDH debemos tener en cuenta que:
 - 1) Ésta debe ser más favorable para la protección de los Derechos Humanos de las personas, de lo contrario vulneraría el principio de no regresividad y el principio *pro homine*;
 - 2) En temas controvertidos éticamente o más idóneos para la autoridad local, debe considerarse la aplicación de la doctrina del “margen de apreciación”, caso contrario se cercenaría un democrático debate a nivel interno;
 - 3) La sentencia no debe ser arbitraria ni su proceso irregular; de lo contrario no debería encontrar amparo en el Derecho.
- g) De esta manera, podría ser realmente fecundo un intercambio generado a raíz del diálogo jurisprudencial entre la Corte IDH y las cortes nacionales. Lo contrario, esto es, un contexto que busque la aplicación obligatoria y acrítica de la jurisprudencia interamericana por parte de los jueces y autoridades internas, representaría no solo una imposición jurisprudencial, sino también un cercenamiento a los esfuerzos por realizar un auténtico diálogo entre cortes.

8. Bibliografía

Obras, artículos y ponencias

- Bach de Hazal, R. (2013). “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. Un revés para el derecho”. *EDCrim*, 22-5-2013, N° 13.243
- Bandeira, G. (2015). “El valor de la jurisprudencia de la CIDH”. En *Los sistemas interamericano y europeo de los Derechos Humanos: Una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales*. Lima. Palestra.
- Bazán, V. (2012). “Estimulando sinergias: de diálogos jurisdiccionales y control de convencionalidad”. En *El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Jueces Nacionales*. México. FUNDAp.
- Bianchi, A. (2010). “Una reflexión sobre el llamado ‘control de convencionalidad’”. En *La Ley* -E, 1090. Buenos Aires, 23 de septiembre de 2010.
- Carbonell, M. (2013). *Introducción al Control de Convencionalidad*. México. Editorial Porrúa.
- De Martini, S. (2013). “La renovada tentación de Prometeo”. *EDCrim*, 22-5-2013, N° 13.243
- Ferrer, Á. (2012). “El caso Atala”. *El Mercurio*. Puede apreciarse en el siguiente enlace electrónico: http://www.elmercurio.com/blogs/2012/02/26/2702/caso_atala.aspx
- Ferrer, Domínguez, Romero y Bustamante (2012). “Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Razones para afirmar la nulidad del proceso y la sentencia”. En *Revista Derecho Público Iberoamericano*. Santiago de Chile. Universidad del Desarrollo.
- Ferrer, E. y Pelayo, C. (2012). “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los Derechos Humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana”. En *Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, Año 10, Número 2, 141-192.
- Galain, P. (2013). “La influencia de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos en el Derecho Penal de Uruguay”. En Grupo de Estudios sobre Derecho Penal Internacional (Coord.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Bogotá. Konrad Adenauer Stiftung, 399-443.
- Gelli, M. (2012). “El plazo razonable de la prisión preventiva y el valor de la jurisprudencia internacional (en el caso ‘Acosta’)”. En *La Ley* T. 2012-D. Buenos Aires.
- Gil, A. (2013). “El control de constitucionalidad concentrado: ¿es incompatible con el control de convencionalidad?”. En *La Ley*. Buenos Aires, 8 de agosto.
- Herrera, D. y Lafferriere, N. (2013). “¿Hacia un positivismo judicial internacional? Reflexiones sobre un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la relativización del derecho a la vida”. Suplemento Constitucional, 9 de abril de 2013, 16 - *La Ley* 2013-B.
- Hitters, J. (2012). “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”. En *El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Jueces Nacionales*. México. FUNDAp.

- Landa, C. (2014). “El impacto del control de convencionalidad en el ordenamiento peruano: entre la época de la dictadura y la consolidación de la democracia”. En *Constitucionalismo y democracia en América Latina: controles y descontroles*. Lima. Adrus Editores, 219-254.
- Malarino, E. (2011). “Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de Derechos Humanos para los Tribunales Nacionales”. En *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Tomo II. Montevideo. Konrad Adenauer Stiftung.
- Nikken, P. (1994). “El concepto de Derechos Humanos”. En *Estudios básicos de Derechos Humanos*. Tomo I. San José, Costa Rica. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 24.
- Paul, Á. (2013). “La Corte Interamericana *in vitro*: Comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del *Caso Artavia*”. En *Revista Derecho Público Iberoamericano*. Santiago de Chile. Universidad del Desarrollo. Volumen II.
- Remotti, J. (2004) *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 2ª edición. Lima. IDEMSA, Editorial Moreno.
- Sabsay, D. (2013). “El bloque de constitucionalidad federal y el control de convencionalidad”. En *La Ley* –B, 944. Buenos Aires, 28 de marzo.
- Sagüés, P. (2011). “La incidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la jurisprudencia peruana”. Ponencia presentada durante la VII sesión de la Cátedra de la Corte Suprema de Justicia del Perú. Lima. Puede consultarse sobre el mismo en el siguiente enlace web: http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuprema/s_cortes_suprema_home/as_inicio/as_enlaces_destacados/as_imagen_prensa/as_notas_noticias/as_notas_noticias_2011/cs_n_defectos+_de+_doctrina.
- Sagüés, N. (2010). “Dificultades operativas del ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano”. En *La Ley*-D, 1245. Buenos Aires, 11 de agosto de 2010.
- Salvioli, F. (2007). “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”. Conferencia dictada en la Sesión de Enseñanza XXXVIII de julio de 2007. Instituto Internacional de Derechos Humanos. Estrasburgo – Francia.
- Scala, J. (2013). “¿Quo vadis Corte Interamericana de Derechos Humanos?”. *ED-Crim*, 23-5-2013, N° 13.244.
- Sodero, E. (2012). “Precedente e internalización del Derecho Constitucional”. En *Internalización del Derecho Constitucional, Constitucionalización del Derecho Internacional*. Buenos Aires. Eudeba.
- Thury Cornejo, V.. “La revisión del control de convencionalidad difuso y la identidad institucional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Ponencia presentada en las Jornadas Argentino-Chileno-Peruano-Uruguayas de Derecho Constitucional, Montevideo, Uruguay, 14 y 15 de octubre de 2011 [EDCO (22-3-2012, nro. 12.963)].
- Vítolo, A. (2013). “Una novedosa categoría jurídica: el ‘querer ser’ – acerca del pretendido carácter normativo *erga omnes* de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del ‘control de convencionalidad’”. *Revista Pensamiento Constitucional*. Vol. 18, N° 18, 7. Recuperado

de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8961/9369>.

Jurisprudencia o doctrina comparada

- Comisión IDH. Informe de Fondo N° 5/14. Caso 12.841. *Ángel Alberto Duque vs. Colombia*. 2 de abril de 2014.

Tribunal Constitucional del Perú

- *Caso Arturo Castillo Chirinos*. Proceso de Amparo. Sentencia de 21 julio de 2006. Exp. N° 2730-2006-PA/TC.

Corte Suprema de Justicia de la Nación - Argentina

- *Caso Horacio Girolidi y otro*. Sentencia de 7 de abril de 1995.
- *Caso Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad*. Sentencia de 14 de junio de 2005.
- *Caso Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Rec. de casación e inconstitucionalidad*. Sentencia de 13 de julio de 2007.
- *Caso Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo*. Sentencia de 31 de agosto de 2010.
- Cámara Federal de Salta (Argentina). *Caso L.O., A. y ot. c/ Swiss Medical. Proceso de Amparo*. Sentencia de 8 de julio de 2013. Expte. W 007/13, apartados V11.2.A y V11.2.B. Puede accederse a la sentencia en el siguiente enlace electrónico: <http://es.scribd.com/doc/222653400/Partes-L-O-A-y-Otros-c-Swiss-Medical-s-Amparo#scribd>.
- Sala Primera de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro (Buenos Aires - Argentina). *Caso C.K.J. y o c/ M.S.A. s/ amparo*. Sentencia de 12 de noviembre de 2013. Apartado N° 3.
- Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza. *Caso L., E.H. c/ O.S.E.P. p/ acción de amparo p/ apelación s/ inc*. Sentencia de 31 de julio de 2014. Apartado B (Voto del juez Nanclares) y apartado N° 5 (Voto del juez Pérez Hualde). Puede accederse a la sentencia en el siguiente enlace electrónico: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2014-fallo-leh.pdf>

Suprema Corte de Justicia del Uruguay

- *Caso M. L., J. F. F., O.* Excepción de inconstitucionalidad. Sentencia de 22 de febrero de 2013. Caso 16474. Apartado III.A.

Corte Suprema de Justicia de la Nación de México.

- Acta de Sesión Pública N° 89. Martes 3 de septiembre de 2013. Parte de la intervención del señor ministro Zaldívar Lelo con la que coincidimos, no necesariamente con la totalidad de la misma.
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro III, diciembre de 2011, Tomo I, tesis P. LXV/2011 (9a.)

Corte IDH

- *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.
- *Caso Durand y Ugarte vs. Perú.* Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68.
- *Caso Las Palmeras vs. Colombia.* Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90
- *Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) v. Chile.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.
- *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144
- *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.
- *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158.
- *Caso La Cantuta vs. Perú.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.
- *Caso Boyce y otros vs. Barbados.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169.
- *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186.
- *Caso Radilla Pacheco vs. México.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.
- *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214.
- *Caso Fernández Ortega y otros vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215.
- *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.
- *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1° de septiembre de 2010. Serie C No. 217.
- *Caso Vélez Loor vs. Panamá.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.
- *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil.* Excepciones Pre-

liminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

- *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.
- *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.
- *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1° de julio de 2011. Serie C No. 227.
- *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1° de septiembre de 2011. Serie C No. 233.
- *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.
- *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.
- *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.
- *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250.
- *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252.
- *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253.
- *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259.
- *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260.
- *Caso Gutiérrez y Familia vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 271.
- *Caso Osorio Rivera y Familiares vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274.
- *Caso J. vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275.
- *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276.
- *Caso Brewer Carías vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de mayo de 2014. Serie C No. 278.
- *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.
- *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2014. Serie C No. 281.
- *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285.

Corte EDH

- *Caso Demir y otros vs. Turquía*. Sentencia de 23 de septiembre de 1998.
- *Caso Jahn vs. Alemania*. Sentencia de 30 de junio de 2005.
- *Caso A, B y C vs. Irlanda*. Sentencia de 16 de diciembre de 2010.
- *Caso Lautsi vs. Italia*. Sentencia de 18 de marzo de 2011.
- *Caso Alekseyev vs. Rusia*. Sentencia de 11 de abril de 2011.
- *Caso R.R. vs. Polonia*. Sentencia de 26 de mayo de 2011.

PARTE IV

NOTAS Y COMENTARIOS

HABLA AHORA O CALLA (FORZOSAMENTE) PARA SIEMPRE: LAS CONVENCIONES EN CONTRA DE TODA FORMA DE DISCRIMINACIÓN E INTOLERANCIA Y SU AMENAZA A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LOS ESTADOS AMERICANOS

Speak now or shut up (necessarily) forever: the Convention against all forms of discrimination and intolerance and its threat to Freedom of Expression in the American States

Tomás Henríquez C.*

Introducción

En junio de 2013, la Organización de Estados Americanos (en adelante, la “OEA”) adoptó las Convenciones Interamericanas en Contra del Racismo, la Discriminación Racial y Todas las Formas Relacionadas de Intolerancia (en adelante, “CCDI”)¹. Entre otras cosas, estos nuevos instrumentos –que al tiempo de escribir estas líneas no han sido ratificados por ningún Estado de la región²– tendrán el

* Abogado. Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. LL.M. en Derecho Internacional Público y Certificado en Derechos Humanos, Georgetown University. Becario Fulbright. Director Ejecutivo de Corporación Comunidad y Justicia. Correo electrónico: tomas.henriquez@fulbrightmail.org. El autor agradece los valiosos comentarios prestados por Álvaro Paúl y Ligia de Jesús.

1 Organización de Estados Americanos. (2013). *Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia*, adoptada en el Cuadragésimo Tercer Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General, junio 5, 2013, disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.asp; y Convención Interamericana Contra el Racismo, la Discriminación Racial y Otras Formas Conexas de Intolerancia, disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-68_racismo.asp.

En lo sucesivo, el ensayo se refiere específicamente a la Convención Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, salvo expresión en contrario. A pesar de que ambas convenciones contienen prácticamente el mismo articulado, ésta se destaca por su extenso listado de llamadas “categorías sospechosas” de discriminación contenidas en el art. 1.1.

2 Al tiempo de escribir estas líneas, la Convención A-68 Contra el Racismo, Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia ha sido firmada por diez Estados miembros de la OEA. Organización de Estados Americanos (2015). “Estado de Firmas y Ratificaciones - Convención Interamericana Contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia”. En http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-68_racismo_firmas.asp; y la Convención A-69 ha sido suscrita por ocho Estados miembros de la OEA. Organización de Estados Americanos (2015). “Estado de Firmas y Ratificaciones - Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia”. En http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia_firmas.asp.

efecto de ampliar enormemente la extensión de las llamadas categorías prohibidas de discriminación más allá de lo que hoy existe en los tratados vigentes que tocan la materia, además de crear un amplio rango de nuevas obligaciones y deberes para los Estados partes en el sentido de promover la igualdad y eliminar la discriminación y la intolerancia.

Aún cuando existen múltiples aspectos de esta convención que son susceptibles de ser criticados desde una perspectiva jurídica y de política pública³, este ensayo lidia exclusivamente con la cuestión de la novel definición legal de la “intolerancia” como un acto o expresión prohibida, y con los deberes que asumirán los Estados en relación con la misma⁴.

El argumento central de este trabajo es que la definición de la intolerancia y los deberes del Estado en combatirla –en ambas convenciones– tendrán el efecto de alterar fundamentalmente el contenido y la protección de la libertad de expresión y opinión en cuanto ha sido conocida y protegida por la Convención Americana de Derechos Humanos (la “Convención Americana”) y el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (el “Sistema de Protección”).

Al analizar las convenciones propuestas en los estándares delineados por los

www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia_firmas. Ninguna de las dos ha sido ratificada por los Estados de la región.

³ Aquí podemos mencionar sólo algunos. Tal y como hiciera ver la delegación canadiense, la convención genera un potencial conflicto con múltiples libertades además de la libertad de expresión, incluyendo la libertad religiosa, de asociación y el derecho a educar a los hijos conforme a las propias convicciones morales, éticas y religiosas. La decisión de los negociadores de establecer un umbral de apenas dos ratificaciones para la entrada en vigencia del tratado –de conformidad con el art. 20– es ridículamente baja, sin que refleje un acuerdo amplio entre los Estados Americanos en torno a los temas tratados por el instrumento, ni justifica que pase en ese momento a engrosar el corpus jurídico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tal vez la propuesta más radical de todas es la contenida en el art. 4.viii, que involucra una consagración de texto expreso de una especie de “control de convencionalidad”. Dicha disposición exige a los Estados prohibir cualquiera restricción discriminatoria, no sólo de los Derechos Humanos consagrados en instrumentos internacionales, sino que también de aquellos “*consagrados [...] en la jurisprudencia de las Cortes Internacionales y Regionales de Derechos Humanos*” (el destacado es nuestro) y, en especial, aquellos aplicables a minorías. En otras palabras, esta cláusula le otorgará a los tribunales internacionales un rol legislativo propiamente tal, en cuanto podrán reconocer/crear/descubrir derechos que se volverán, a través de este artículo, vinculantes para los Estados partes de esta convención. Además se debe notar que el texto del artículo no se limita sólo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y es posible que por ello se entienda comprendida también la jurisprudencia de la Corte Europea y la Africana de Derechos Humanos, que deciden y adjudican en base a un ordenamiento jurídico y circunstancias jurídico-políticas distintas a las de América.

⁴ Es cierto que existen diversos instrumentos que en el pasado se han referido a la intolerancia. Sin embargo, es del caso que ninguna resolución, declaración o instrumento jurídicamente vinculante han intentado definir la intolerancia como un concepto legal. Lo más cercano a esto es la Declaración de Principios sobre la Tolerancia de la UNESCO, con fecha de 1995, que en cualquier caso se abocó a definir la tolerancia en forma positiva, más que la intolerancia. Ver: UNESCO (1995). “Declaration of Principles on Tolerance”. En http://www.unesco.org/webworld/peace_library/UNESCO/HRIGHTS/124-129.HTM; Ver, también, Naciones Unidas (1981). “A/RES/36/55. Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief”. En <http://www.un.org/documents/ga/res/36/a36r055.htm>, la que consideraba la “intolerancia y discriminación” como una sola acción y adoptó un lenguaje comúnmente utilizado para la conceptualización de la discriminación; Naciones Unidas (2001). “UN World Conference Against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance: Declaration and Programme of Action. UN Doc. A/CONF.189/5”; Consejo de Europa (2007). “ECRI General Policy Recommendation No. 11, on Combating Racism and Racial Discrimination in Policing. COE Doc. CRI”.

organismos del sistema, a lo largo del tiempo, se vuelve claro que estas propuestas jamás resistirían un juicio de convencionalidad⁵ si fueran adoptadas como normas de la legislación doméstica de cualquiera de los Estados Americanos, pues infringirían el núcleo mismo del derecho a la libertad de expresión.

El trabajo se encuentra dividido en tres secciones. En la primera parte, se pasará de forma breve la historia legislativa de las convenciones en comentario, a fin de ilustrar para el lector las preocupaciones expresadas por los Estados negociadores sobre el impacto que estos instrumentos tendrían en la libertad de expresión, y el hecho de que ellas fueron completamente ignoradas a lo largo del proceso.

La segunda sección realiza un ejercicio interpretativo de la CCDI y muestra en forma prospectiva cómo ella se habrá de aplicar en los Estados que se hagan parte de la misma, demostrando la manera en que sus disposiciones transgredirán de forma directa el núcleo fundamental de la libertad de expresión, como ha sido entendido y desarrollado por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La tercera y última parte desarrolla la manera en que las nuevas convenciones interactuarán con la Convención Americana, mostrando el modo en que su vigencia alteraría fundamentalmente el derecho humano básico de la libertad de expresión, en cuanto reconocido y protegido hasta hoy, y lo que esto significaría para el proyecto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en su conjunto.

I. Antecedentes de las convenciones y los desacuerdos respecto de su creación

La Asamblea General de la OEA (la “Asamblea”) adoptó, en el año 2000, por primera vez, una resolución en la que llamó a la Comisión Permanente de Asuntos Políticos y Jurídicos (la “Comisión Permanente”) a “considerar la necesidad” de redactar un instrumento para “prevenir, sancionar y erradicar el racismo y toda forma de discriminación e intolerancia”⁶. Esta primera resolución se constituyó en el mandato para que la Comisión Permanente analizara si existía voluntad política por parte de los Estados Americanos para crear tal instrumento.

A través de la Resolución No. 1774⁷, la Asamblea General instruyó a su vez al Comité Jurídico Interamericano (el “Comité Jurídico”) para que realizara un borrador de análisis sobre la cuestión de la discriminación en el Derecho Internacional, en apoyo al trabajo que ya había sido previamente encomendando al Comité Permanente. Este análisis debía de tomar en consideración las respuestas proporcionadas

5 Me refiero en este caso a la adecuación de la norma jurídica a la Convención Americana en el sentido análogo al juicio de adecuación entre cualquier norma de Derecho Interno y el texto Constitucional.

6 Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (2000). “AG/RES. 1712 (XXX-O/00), Elaboración de un Proyecto de Convención Interamericana Contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia”, 2. En http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_1712_XXX-O-00.pdf.

7 Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (2001). AG/RES. 1774 (XXXI-O/01), “Elaboración de un Proyecto de Convención Interamericana Contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia”. En http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_1774_%28XXXI-O-01%29.htm.

por los Estados al cuestionario remitido previamente por la Comisión Permanente⁸, con el fin de recibir sus opiniones y puntos de vista sobre la materia.

Los Estados Unidos de América –de forma poco sorprendente, dada su aproximación general aislacionista al Derecho Internacional– fueron enfáticos en señalar que no consideraban necesario crear una nueva convención y que la OEA debería en vez concentrarse en la ejecución efectiva de los instrumentos ya existentes en la materia⁹. Esta posición fue respaldada en forma similar por los representantes de Antigua y Barbuda¹⁰. Es notable que tan solo trece Estados de toda la región dieron respuesta al cuestionario referido, y que de ellos sólo once afirmaron considerar como meritoria la idea de generar esta nueva convención¹¹.

Las conclusiones que el Comité Jurídico remitió a la Comisión Permanente rezan en parte que “[...] no es aconsejable acometer la empresa de negociar y concluir una convención general para prevenir, sancionar y erradicar el racismo y toda forma de discriminación e intolerancia, en la medida en que podría ser redundante, produciría superposiciones suscitando consecuentemente serios e inevitables problemas de interpretación, y generaría dudas y confusión en la determinación de cuáles serían las obligaciones y los derechos de los Estados que fueran parte de las convenciones anteriores y de la nueva convención [...]”¹².

Con respecto a la definición de intolerancia, las propuestas preliminares para la convención atravesaron tres etapas distintivas. Una cuestión que resulta ser notoria a lo largo del proceso de negociaciones es la exigua atención que se le prestó a la definición del término durante los ocho años que demoró el mismo. Esto es especialmente preocupante tomando en consideración que la prohibición y erradicación de la intolerancia es uno de los elementos centrales de la propuesta y se encuentra directamente vinculado a los deberes de los Estados de prohibir y castigar las expresiones de intolerancia.

En definitiva, las inquietudes o los reparos respecto de la vaguedad y extensión de la definición propuesta y de los potenciales conflictos entre el castigo de la intolerancia y el ejercicio de la libertad de expresión fueron manifestados por tan

8 Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos OEA (2001). “Preparation of a Draft Inter-American Convention against Racism and All Forms of Discrimination and Intolerance (Background and Questionnaire) (Document Prepared by the Department of International Law of the Secretariat for Legal Affairs). OEA/Ser.G CP/CAJP-1687/00 rev. 2”. En http://scm.oas.org/doc_public/ENGLISH/HIST_01/CP07840E07.doc.

9 Departamento de Derecho Internacional de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos OEA (2001). “Elaboración de un proyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia. Estudio del tema en el sistema interamericano y en otros sistemas internacionales. SG/SLA DDI/doc.6/001”, 10. En <http://www.oas.org/consejo/sp/cajp/docs/DDI%20doc6.esp.%20Cuestionario%20y%20otros.doc>.

10 Ídem, 4.

11 Departamento de Derecho Internacional de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos OEA (2001). “Elaboración de un proyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia. Estudio del tema en el sistema interamericano y en otros sistemas internacionales. SG/SLA DDI/doc.6/001”.

12 Comité Jurídico Interamericano OEA (2002). “Elaboración de un proyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia. Informe del CJI (Relator: Dr. Felipe H. Paolillo). OEA/Ser.Q CJI/doc.80/02 rev. 3”, 12. En <http://www.oas.org/consejo/sp/cajp/docs/DDI%20Opinion%20CJI.esp.doc>.

sólo un puñado de Estados y organizaciones de la sociedad civil, y no parecen haber sido considerados en lo absoluto por el Grupo de Trabajo de Redacción (el “Grupo de Trabajo”) o por el resto de las partes del proceso de negociación. Los *travaux préparatoires* muestran que múltiples Estados solicitaron en distintas etapas del proceso que se recibiera la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la “Comisión”) sobre el potencial conflicto entre la libertad de expresión y la prohibición de la intolerancia a fin de considerarla al tiempo de adoptar definitivamente el concepto a consagrar en la convención. Sin embargo, no existe registro alguno que muestre que el Grupo de Trabajo recibió, ni mucho menos consideró, las nociones de la Comisión sobre el asunto.

1.1. Primer borrador y las objeciones canadienses

El Grupo de Trabajo adoptó un primer borrador de la definición de intolerancia en abril del año 2006, luego de la ronda preliminar de consultas con los Estados. Este señala que “actos o manifestaciones de intolerancia son aquellos que expresan irrespeto, rechazo o desprecio por la dignidad humana y por la riqueza y diversidad de las culturas del mundo y los modos de expresar las cualidades de los seres humanos”¹³.

La respuesta (o más bien, la falta de la misma) por parte de los Estados negociadores a esta propuesta no contribuye a elucidar sus impresiones al respecto. Si acaso existían reparos o dudas sobre su adecuación o utilidad, los *travaux préparatoires* no lo demuestran. La única aprensión registrada oficialmente es aquella expresada por la delegación de Argentina, la cual señala que “la propuesta noción de intolerancia del art. 1º, párrafo 5, es tan amplia que puede comprender actos delictivos y otros discriminatorios que no lo son”¹⁴. De esta breve objeción se colige que, al menos para la Argentina, se encontraba ya latente en esta primera etapa la preocupación por el riesgo de extenderse indebidamente al punto de sancionar actos que no debieran recibir castigo¹⁵.

Aún cuando los registros oficiales no individualizan a otros Estados manifestando inquietudes sobre la materia, los sucesivos informes consolidados preparados por el Grupo de Trabajo respecto de los borradores sí contienen una anotación en referencia a las preocupaciones expresadas por “algunas delegaciones”¹⁶ y sugieren

13 Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos OEA (2006). “Anteproyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia”, propuesta de art. 1.5.

14 Misión Permanente de la República Argentina (2006). “Comentarios de los Estados Miembros al anteproyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia. OEA/Ser.G CAJP/GT/RDI-31/06”, 5, Comentario N° 12. En scm.oas.org/doc_public/.../HIST.../CP17076S06.doc.

15 Aunque la breve objeción Argentina tampoco señala con qué criterio los actos han de ser criminalizados. En definitiva, plantea más dudas que respuestas.

16 Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos OEA (2007). “Anteproyecto de Convención Interamericana Contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia. OEA/Ser.G CP/CAJP-2357/06 rev. 7”, 8. En http://scm.oas.org/doc_public/SPANISH/HIST_07/CP18368S04.doc. Esta versión corresponde al primer borrador con anotaciones a partir de los comentarios hechos por los Estados durante la primera ronda de discusiones.

que el problema planteado por la definición de intolerancia y sus antecedentes ha de ser sometido a consulta con la Oficina de Derecho Internacional. No existe, sin embargo, registro alguno de que dicha consulta se haya realizado o de un pronunciamiento por parte de la antedicha oficina.

Los comentarios oficiales de la delegación canadiense son particularmente iluminadores respecto de los reparos a los cuales hacemos referencia. Desde un inicio Canadá se opuso consistentemente a la inclusión de una definición de intolerancia en el borrador de la convención. Sus comentarios y propuestas durante el proceso muestran una preocupación específica sobre el conflicto que se generaría entre la propuesta y los instrumentos de Derechos Humanos existentes y en vigencia.

A inicios del año 2008 el Grupo de Trabajo había preparado una borrador consolidado que incorporaba los comentarios y las recomendaciones realizados por los Estados a la primera versión. Por ese entonces, Canadá abogaba por la eliminación del término “intolerancia” como un concepto operativo. Discutiendo el otrora art. 5º –que luego terminaría consagrado oficialmente como el actual art. 4º de la CCDI, relativo a los deberes y obligaciones del Estado–, Canadá propuso la inclusión de una nueva cláusula en la cual la identificación de los actos discriminatorios y las medidas de respuesta apropiadas debían de adoptarse “tomando en consideración los Derechos Humanos y libertades fundamentales”¹⁷. Los pies de página del Informe de Comentarios de Canadá claramente ilustran sus aprensiones al marco jurídico propuesto, que favorecía la prohibición por sobre otros posibles medios de combate a la discriminación e intolerancia¹⁸. Canadá sostuvo que la razón de ser de la nueva cláusula que proponía era el “asegurar que toda las medidas adoptadas sean consistentes con las demás obligaciones de Derechos Humanos del Estado”¹⁹.

En referencia a la propuesta de art. 5.i²⁰ –que luego se convertiría en el actual art. 4.i–, Canadá comentó en forma negativa su contenido y sugirió reescribir gran parte del mismo, pues “las extensivas limitaciones que se exigen mediante este párrafo podrían llevar a una colisión con otros Derechos Humanos, incluyendo la libertad de expresión (y en algunos casos la libertad de religión) [...] ¿Qué queda de las visiones personales al efecto?”²¹

Aún más, Canadá realizó una observación general de que la Convención no debía contemplar el concepto de “actividades privadas” en el sentido en el cual estaba siendo utilizado en el proyecto, pues “su alcance es demasiado amplio y podría

17 Misión Permanente de Canadá (2008). “Comments of the Permanent Mission of Canada on the Consolidated Text of the ‘Draft Inter-American Convention against Racism and All Forms of Discrimination and Intolerance’.” OEA/Ser.G CAJP/GT/RDI-71/08”, 1. En <http://scm.oas.org/IDMS/Redirectpage.aspx?class=CAJP/GT/RDI&classNum=71&lang=e> (todas las traducciones del inglés son del autor).

18 *Ibidem*, 2, nota ii.

19 *Ibidem*, nota ii.

20 *Ídem*, citando el texto consolidado del borrador de la convención, “[...] para los efectos de esta Convención, y basados en las definiciones del artículo precedente y en los criterios establecidos en el art. 1.1, las siguientes son algunas de las medidas o prácticas que deben ser calificadas como discriminatorias y prohibidas por el Estado: (i) Apoyo público o privado entregado a actividades racistas y discriminatorias; o que promueven la intolerancia, incluyendo el financiamiento de las mismas”. Canadá sugirió enmendar dicha cláusula para prohibir únicamente el financiamiento estatal de actividades discriminatorias ilícitas.

21 *Ibidem*, 3, nota iii.

interpretarse como aceptando, e incluso exigiendo, acción gubernamental que iría mucho más allá de la protección de las personas de actos discriminatorios y sus consecuencias, infringiendo las garantías de la libertad de expresión y de creencias, además de aumentar el rol del gobierno en las vidas privadas de las personas a niveles inaceptables”²².

Las preocupaciones canadienses fueron manifestadas infructuosamente, como se ve reflejado en la versión final de la CCDI que surgió del proceso de negociación. La falta de recepción a sus sugerencias e inquietudes llevó a la decisión canadiense de retirarse oficialmente del proceso de negociaciones en noviembre de 2010. Al notificar su decisión, Canadá la justificó en base a su “subsistente inquietud en cuanto muchas de las disposiciones del proyecto podrían socavar o ser incompatibles con la protección internacional de los Derechos Humanos como la libertad de pensamiento, creencia y expresión”²³.

1.2. Segunda versión luego del período 2007-2008

Para mayo de 2008, los borradores del tratado habían pasado por una serie de modificaciones propiciadas por los comentarios emitidos por las delegaciones oficiales de los Estados y las organizaciones de la sociedad civil. Sin embargo, el concepto original de intolerancia incorporado en el borrador preliminar se mantenía casi sin alteraciones. Así, la segunda versión de la definición de intolerancia señalaba que ella “es el conjunto de los actos o manifestaciones que expresan irrespeto, rechazo o desprecio por la dignidad de los seres humanos, la rica diversidad de las culturas del mundo, la religión, la ideología, las tradiciones y las formas de expresión, cualidad y modos de ser humanos”²⁴.

Como hemos visto, en aquél entonces Canadá había solicitado la eliminación del concepto en su totalidad, y sólo algunas delegaciones no identificadas habían expresado su inquietud de que “las limitaciones en este artículo pueden ser consideradas como restrictivas de la libertad de expresión”²⁵.

En enero de 2009, el Grupo de Trabajo recibió a Ariel Dulitzky –otrora Secretario Ejecutivo Adjunto de la Comisión–, quien ofreció sus comentarios sobre el documento de trabajo. En cuanto a las definiciones del proyecto, Dulitzky advirtió que si se tomaba la decisión de mantener la definición propuesta hasta entonces, “se requiere un mayor esfuerzo conceptual para otorgarle contenido específico y no

²² *Ibidem*, 4, nota (*).

²³ Misión Permanente de Canadá (2010). “Note by the Permanent Mission of Canada Withdrawing From the Negotiations on the Draft Inter-American Convention against Racism and All Forms of Discrimination and Intolerance. OEA/Ser.G CAJP/GT/RDI/ONF. 21/10”, 1. En <http://scm.oas.org/IDMS/Redirectpage.aspx?class=CAJP/GT/RDI/INF&classNum=21&lang=e>.

²⁴ Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos OEA (2008). “Actividades del Grupo de Trabajo Durante el Período 2007-2008 (Informe de la Presidencia ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos). OEA/Ser.G CAJP/GT/RDI-82/08”, 14. En <http://scm.oas.org/IDMS/Redirectpage.aspx?class=CAJP/GT/RDI-&classNum=82&lang=s>.

²⁵ *Ibidem*, 14.

transformarlo en un concepto omnicomprendivo que devenga en la prohibición de muchos comportamientos legítimos en sociedades democráticas²⁶, en que el disenso político terminaría siendo una forma prohibida de intolerancia.

De forma similar, y en referencia a la misma definición de intolerancia del documento de trabajo, el Comité Jurídico emitió su dictamen sobre la cuestión mediante una nota escrita dirigida al Grupo de Trabajo en marzo de 2010. En ella el Comité Jurídico hizo eco de la crítica de Dulitzky en el sentido de que la definición propuesta era “demasiado amplia, pudiendo dar lugar a que se comprenda en ella al disenso, que es más bien una característica de cualquier sistema democrático”²⁷.

Estas observaciones fueron las primeras y más frontales críticas hechas a la propuesta hasta entonces. La preocupación era evidente. Como hemos dicho, la prohibición de la intolerancia sin duda implicaría un choque con el ejercicio de la libertad de expresión y posiblemente respecto de otras libertades. Y sin embargo, confrontados directamente con estas advertencias, el Grupo de Trabajo y los Estados negociadores no sólo rehusaron dar pie atrás sino que optaron por avanzar hacia una tercera versión que en cuanto su contenido resultaba ser aún más restrictiva de la libertad de expresión.

1.3. Versión final del concepto de intolerancia

Aunque no tiene relación directa con nuestro tópico de discusión, ha de notarse que para 2010 las negociaciones habían llegado a un punto muerto. El asunto más contencioso de las tratativas consistía en el contenido y alcance del art. 1º del proyecto con respecto de las categorías prohibidas o sospechosas de discriminación que serían incluidas en el instrumento final, sin que existiera posibilidad de acuerdo entre los Estados. Es por esta razón que Antigua y Barbuda elevó una moción en la cual el proyecto de convención existente hasta entonces sería separado en dos instrumentos diferentes: una convención enfocada en el combate del racismo y la discriminación racial y un protocolo adicional enfocado en la discriminación y todas las formas de intolerancia. Así, los Estados negociadores adoptaron la decisión de dividir el proyecto, lo que devino en la adopción de las dos convenciones hermanas²⁸.

26 Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos OEA (2009). “Analysis of and Commentary on the Draft Inter-American Convention Against Racism and All Forms of Discrimination and Intolerance. Dr. Ariel E. Dulitzky. OEA/Ser.G CAJP/GT/RDI-108/09”, 4. En http://www.oas.org/dil/esp/XXXVII_Curso_analisis_CAJP-GT-RDI_108-09_eng_Diego_Moreno.pdf, (la traducción del inglés es del autor).

27 Comité Jurídico Interamericano OEA (2010). “Comentarios al Proyecto de Convención Interamericana Contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia (presentado por el doctor Fabián Novak Talavera). CoimeOEA/Ser.Q CJI/doc.339/09 rev. 2”, 2, párr. 3. En http://www.oas.org/cji/CJI_doc_339-09_rev2.pdf.

28 Ver Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos OEA (2011). “Activities of the Working Group During the Period 2010-2011 (Report of the Chair, Presented to the Committee on Juridical and Political Affairs at the Meeting of May 3, 2011). OEA/Ser.G CAJP/GT/RDI-175/11 Rev. 5”. En http://www.oas.org/dil/CAJP-GT-RDI-175-11_rev5_eng.pdf.

Aunque los documentos oficiales no reflejan la naturaleza del desacuerdo, algunos comentaristas han afirmado que el *impasse* fue alcanzado debido a la inclusión de los conceptos de “orientación sexual” e

En abril de 2012, cerca de un año antes de la adopción definitiva de las convenciones, el Grupo de Trabajo continuó su avance en la preparación de los proyectos mediante “reuniones informales” sostenidas en Washington, D.C. En aquel entonces, la definición de intolerancia se mantenía sin cambios desde la versión anterior adoptada en 2008²⁹, y los representantes de México, una vez más, hicieron hincapié en que las delegaciones estaban a la espera de un pronunciamiento de parte de la Comisión respecto de los alcances de la libertad de expresión y cómo ella encajaba en torno a este proyecto³⁰.

Para marzo de 2013, la delegación mexicana había presentado su enmienda final, la que se convertiría en el texto definitivo de la definición de intolerancia consagrada en la CCDI. La propuesta consideraba la intolerancia no sólo como el irrespeto, rechazo o desprecio por la dignidad de los seres humanos, sino también por sus “características, convicciones u opiniones”. Esta versión sería finalmente aceptada y acordada por todos los Estados negociadores en abril de 2013³¹.

El proceso de negociación llegó a su fin luego de ocho años con la adopción de las convenciones hermanas en junio de 2013 por parte de la Asamblea General de la OEA. Como hemos visto, a través de este breve recuento existieron múltiples instancias en las cuales los redactores fueron advertidos, tanto por los Estados involucrados en las negociaciones como por terceras partes independientes, de que existían serios reparos respecto del inminente conflicto entre la prohibición de la intolerancia y el ejercicio de la libertad de expresión.

Llama la atención que, a menos de un año de la finalización del proceso, y siete años dentro del mismo, el Grupo de Trabajo aún se mantenía a la espera de un pronunciamiento de parte de la Comisión sobre la pregunta de si la nueva convención sería compatible con los demás instrumentos de Derechos Humanos existentes. No obstante, el Grupo de Trabajo ignoró estas inquietudes y empujó hacia la adopción de una definición final que terminó siendo más restrictiva que todas las versiones anteriores.

“identidad y expresión de género” como categorías prohibidas de discriminación. Los Estados que componen la Comunidad del Caribe (CARICOM, conforme a sus siglas en inglés) no estaban abiertos a apoyar la inclusión de estas categorías debido a la falta de consenso sobre las cuestiones vinculadas a la homosexualidad en sus respectivos países, por lo que se opusieron persistentemente a lo largo de las negociaciones. Ver Raouf, A. (2013). “The Inter-American Anti-Discrimination Conventions and the Concealed Challenges Ahead”. Oxford Human Rights Hub. En <http://ohrh.law.ox.ac.uk/the-inter-american-anti-discrimination-conventions-and-the-concealed-challenges-ahead/>.

29 Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos OEA (2008). “Actividades del Grupo de Trabajo Durante el Período 2007-2008 (Informe de la Presidencia ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos). OEA/Ser.G CAJP/GT/RDI-82/08”, *supra* nota 25.

30 No tenemos conocimiento de si la Comisión alguna vez se pronunció al respecto, pero si acaso existe, dicho pronunciamiento no se encuentra disponible junto con el resto de la documentación publicada sobre el proceso de negociaciones. Ver Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos OEA (2012). “Informe de la Reunión Informal del Grupo de Trabajo Encargado de elaborar un Proyecto de Convención Interamericana (sic) sobre el racismo y toda forma de discriminación e intolerancia celebrada el 2 de abril de 2012 (presentado por la Vicepresidencia del Grupo de Trabajo). OEA/Ser.G CAJP/GT/RDI/INF. 25/12”, 2. En <http://scm.oas.org/IDMS/Redirectpage.aspx?class=CAJP/GT/RDI/INF&classNum=25&lang=s>.

31 Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos OEA (2013). “Proyecto de Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia (presentado por la Presidencia y acordado en la sesión celebrada el 24 de abril de 2013). OEA/Ser.G CAJP/GT/RDI-180/ Rev. 17”, 4. En <http://scm.oas.org/IDMS/Redirectpage.aspx?class=CAJP/GT/RDI-&classNum=180&lang=s>.

1.4. Prohibición de acciones y expresiones de intolerancia: ¿legítimas restricciones de la libertad de expresión?

Pareciera ser que la mayoría de los Estados involucrados en la negociación estaban a favor de la inclusión de la intolerancia como una acción o manifestación prohibida por la convención³², o eran al menos indiferentes o ajenos a sus potenciales efectos. Los trabajos preparatorios no dan testimonio de ningún Estado que haya defendido la propuesta ante las críticas expresadas a lo largo del proceso. Según entendemos, la única organización que registró una defensa formal de la definición de intolerancia como un acto o expresión prohibida en la CCDI fue el Instituto Interamericano para los Derechos Humanos (el “IIDH”), una institución con base en Costa Rica y con lazos directos a la Corte y la Comisión, en cuanto estas dos instituciones forman parte de su asamblea general de miembros.

El IIDH formuló un extenso comentario sobre el documento de trabajo y la segunda versión de la definición de intolerancia adoptada en 2008³³. El comentario reconocía que el concepto tenía una extensión tal que la haría difícil de implementar; que el racismo y discriminación podrían expresar o ser ellos mismos manifestaciones de intolerancia; y que sería preferible que, en vez de intentar conceptualizar la intolerancia, la convención se enfocara en reprimir manifestaciones específicas denominadas *a priori* como intolerantes³⁴.

Más importante aún, el IIDH defendió que la prohibición de las manifestaciones de intolerancia no constituiría una restricción ilegítima de la libertad de expresión dado que ellas caerían dentro de lo previsto en el art. 13.5 de la Convención Americana³⁵ y que “la expresión ‘cualquier otra acción (ilícita)’ encontrada en la Convención ampliaría el alcance de este estándar y trascendería cualquier apología, extendiéndose a otras manifestaciones”³⁶.

¿Tiene razón el IIDH? ¿Es correcto su juicio respecto de la relación entre la

32 Por ejemplo, la delegación mexicana apoyó su incorporación y consideraba indispensable lograr una adecuada definición del término puesto que no existía precedente alguno en el marco de las Naciones Unidas y consideraba que su inclusión podría constituir una contribución “de alto nivel” de parte del Sistema Interamericano al Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos. Ver Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos OEA (2008). “Informe Final de la Sesión Especial del Grupo de Trabajo Encargado de elaborar un Proyecto de Convención Contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia (documento preparado por el Departamento de Derecho Internacional). OEA/Ser.G CAJP/GT/RDI-104/08 corr. 1”, 5–6. En <http://scm.oas.org/IDMS/Redirectpage.aspx?class=CAJP/GT/RDI-&classNum=104&lang=s>.

33 Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos OEA (2008). “Actividades del Grupo de Trabajo Durante el Período 2007-2008 (Informe de la Presidencia ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos). OEA/Ser.G CAJP/GT/ RDI-82/08”, *supra* nota 25.

34 Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2008). “Draft Inter-American Convention against Racism and All Forms of Discrimination and Intolerance. Comments, Suggestions and Recommendations. Working Document. OEA/Ser.G CAJP/GT/RDI/INF. 8/08”, 17. En <http://scm.oas.org/pdfs/2008/CP20987e.pdf>.

35 Organización de Estados Americanos (1969). *Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica*, art. 13.5. “Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

36 Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2008). “Comments, Suggestions and Recommendations on the Working Document”, *supra* nota 35, 18.

Convención Americana y la nueva convención? Su argumento a favor de la penalización de la intolerancia nos lleva a preguntarnos respecto de cuáles son los límites o restricciones permitidos a la libertad de expresión en el marco de la Convención Americana, y si acaso las restricciones contempladas en la CCDI se encuentran conforme al mismo, o si ellas van más allá, “infringiendo”³⁷ el derecho consagrado a la libertad de expresión.

II. La libertad de expresión y sus restricciones permisibles

El marco de reconocimiento y regulación de la libertad de expresión en la Convención Americana es “probablemente el sistema internacional que da mayor alcance y rodea de mejores garantías a la libertad de pensamiento y expresión”³⁸ de cualquiera de los regímenes de Derechos Humanos alrededor del mundo. La Comisión ha puntualizado que la redacción del art. 13 “constituye una indicación de la importancia asignada por quienes redactaron la Convención [Americana] a la necesidad de expresar y recibir cualquier tipo de información, pensamientos, opiniones e ideas”³⁹.

El estatus privilegiado que se le da a la protección de la libertad de expresión tiene diversas justificaciones. La más importante es que esta libertad se encuentra vinculada a la primera y principal de todas las libertades: “[...] el derecho a pensar por cuenta propia y a compartir con otros nuestro pensamiento”⁴⁰. Además, tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han enfatizado que “la importancia de la libertad de expresión dentro del catálogo de los Derechos Humanos se deriva también de su relación estructural con la democracia”⁴¹ y que el ejercicio de este derecho no sólo es necesario para alcanzar el pleno desarrollo de los individuos que se expresan, sino también para la consolidación de sociedades verdaderamente democráticas en las cuales puede existir “una deliberación pública,

37 Como se discute más abajo, no es claro que sea formalmente correcto pensar en que la CCDI infringe los derechos protegidos por la Convención Americana, pues en principio este nuevo instrumento gozaría de igual jerarquía legal que la Convención Americana y, por lo mismo, se trataría tal vez de un caso de derogación o modificación.

38 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2009). “Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión. OEA Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 2/09”. Washington, D.C. Organización de Estados Americanos, párr. 3.

39 *Ibidem*, 2, citando a CIDH. Informe No. 11/96. Caso No. 11.230. “Francisco Martorell”. Chile. 3 de mayo de 1996, párr. 56.

40 *Ibidem*, , párr. 7.

41 *Ibidem*, 3, párr. 8, citando a la Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 70; Corte IDH, Caso “Claude Reyes y otros”. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 85; Corte IDH, Caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 112; Corte IDH, Caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 82; Corte IDH, Caso “Ríos y otros vs. Venezuela”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 105; Corte IDH, Caso “Perozo y otros vs. Venezuela”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 116.

plural y abierta, sobre los asuntos que nos conciernen a todos en tanto ciudadanos y ciudadanas de un determinado Estado⁴². Finalmente, y muy en línea con las objeciones de la delegación canadiense, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha explicado que la libertad de expresión es un instrumento clave para el ejercicio de todos los demás Derechos Fundamentales, como la libertad de asociación, libertad religiosa, libertad educacional y muchas otras⁴³.

Los organismos del Sistema Interamericano han realizado numerosos esfuerzos por clarificar los tipos de discursos o expresiones que se encuentran protegidos en la libertad de expresión. Ellos incluyen: “El derecho a hablar, esto es, a expresar oralmente los pensamientos, ideas, información u opiniones⁴⁴; a escribir (y en particular, a escribir columnas de opinión)⁴⁵, y a diseminar expresiones escritas u orales a fin de comunicarlas al mayor número de personas posible⁴⁶.”

En principio, todos los discursos y expresiones se encuentran protegidos por la libertad de expresión en la Convención Americana, con independencia del contenido y el grado de aceptación social o gubernamental de los mismos. Esto significa que las protecciones otorgadas se extienden a los discursos que “ofenden, chocan, inquietan, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población⁴⁷.”

A mayor abundamiento, existen ciertos tipos de discursos o expresiones que se encuentran especialmente protegidos en la Convención Americana, incluyendo los discursos políticos y aquellos que involucran cuestiones de interés público, así como también las expresiones que son elementos de la identidad o dignidad personal de la persona que los expresa. Ambos se trenzan con la CCDDI, y en particular con respecto de los discursos o expresiones religiosas —especialmente en cuanto tocan cuestiones morales—, que en las actuales circunstancias de la convivencia social son denunciados como ofensivos por algunos. Los precedentes del sistema han enfatizado que el derecho a la libertad de expresión es “el derecho del individuo y de toda la comunidad a participar en debates activos, firmes y desafiantes respecto de todos los aspectos vinculados al funcionamiento normal y armónico de la sociedad⁴⁸.”

42 *Ibidem*, 4, párr. 8.

43 *Ibidem*, párr. 9, citando a la CIDH. Informe No. 38/97. Caso No. 10.548. “Hugo Bustíos Saavedra”. Perú. 16 de octubre de 1997, párr. 72.

44 *Ibidem*, 7, párr. 22.

45 *Ibidem*, 8, párr. 24, en referencia a la Corte IDH, Caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”. Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C No. 111.

46 *Ibidem*, párr. 25.

47 *Ibidem*, 10, párr. 31, en referencia a la Corte IDH, Caso “Herrera Ulloa”. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 113; Corte IDH, Caso de “La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile”. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 69; Corte IDH, Caso “Ríos y otros vs. Venezuela”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 105; Corte IDH, Caso “Perozo y otros vs. Venezuela”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 116; CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título III. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

48 *Ibidem*, 11, párr. 34, en referencia a CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título III. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995; CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso

Por cierto, la libertad de expresión no está exenta de límites y, aún cuando se encuentra protegida de forma amplia y robusta en la Convención Americana, existen ciertos tipos de expresiones que simplemente no se encuentran protegidos al amparo de la libertad de expresión. Más aún, dentro del conjunto de expresiones que sí encuentran protección en el tratado, los Estados conservan la facultad de establecer ciertas limitantes, al menos en cuanto ellas sean aceptables en los términos de la Convención Americana.

Las excepciones que se encuentran fuera del ámbito de protección no parecen coincidir con las exclusiones que contempla la CCDI. Esto es así pues el art. 13.5 de la Convención Americana excluye de la esfera de protección específicamente “toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o a cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”⁴⁹. Se trata de una excepción con múltiples elementos. Las expresiones escrutadas deben constituir una “apología del odio” de un tipo específico y concreto (nacional, racial o religioso), y las mismas deben incitar a la violencia o cualquier otra acción similar, por lo que si se refieren a “otra acción similar” deben ser de naturaleza igualmente grave e ilícita⁵⁰. Se ve, por tanto, que el estándar para revocar la protección de la libertad de expresión a un determinado discurso conforme a la Convención Americana es mucho más alto que aquél consagrado en el CCDI.

La Comisión ha afirmado que la imposición de sanciones por el abuso de la libertad de expresión con el cargo de incitación a la violencia debe encontrarse respaldada por “la prueba actual, cierta, objetiva y contundente de que la persona no estaba simplemente manifestando una opinión (por dura, injusta o perturbadora que ésta sea), sino que tenía la clara intención de cometer un crimen y la posibilidad actual, real y efectiva de lograr sus objetivos. Si no fuera así, se estaría admitiendo la posibilidad de sancionar opiniones, y todos los Estados estarían habilitados para suprimir cualquier pensamiento u expresión crítica [...]”⁵¹.

En cuanto a las limitaciones admisibles al amparo del art. 13.2, los organismos del Sistema Interamericano han desarrollado un examen de tres partes para controlar su legitimidad. Este examen es aplicable a todas las manifestaciones de poder

“Ricardo Canese vs. Paraguay”. Transcritos en: Corte IDH, Caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 72. c).

49 Su versión oficial en inglés es ligeramente distinta y excluye de la protección “*propaganda for war and any advocacy of national, racial, or religious hatred that constitute incitements to lawless violence or to any similar action*”.

50 Se entiende que esto es necesariamente así pues el estándar que fija el artículo es de “violencia” (en su versión en inglés, “*lawless violence*”) y luego agrega “o cualquiera otra acción ilegal *similar*”. Esto es, las demás acciones incitadas deben compararse o medirse en relación al estándar de la “violencia” y en cualquier caso deben ser ilegales.

51 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, “Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión”, *supra* nota 39, p. 21, párr. 58, citando a la Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 67.

estatal que afectan el ejercicio pleno de la libertad de expresión, incluyendo, en su opinión, las normas de rango legal y constitucional⁵².

El primero de los tres elementos a examinar es que las limitaciones a la libertad de expresión deben establecer, en forma previa y “de manera expresa, taxativa, precisa y clara en una ley”⁵³, la conducta que se encuentra proscrita con amenaza de punición. “Las normas vagas, ambiguas, amplias o abiertas, por su simple existencia, disuaden la emisión de informaciones y opiniones por miedo a sanciones, y pueden llevar a interpretaciones judiciales amplias que restringen indebidamente la libertad de expresión [...]”⁵⁴. Esta advertencia resulta ser plenamente aplicable a la definición y prohibición de la intolerancia en la CCDI.

Podría objetarse que el Estado tiene un deber de domesticar o incorporar la convención a su ordenamiento jurídico nacional por medio de un acto de incorporación (legislativo, constitucional, administrativo) y que, al hacerlo, deberá de definir en forma diáfana los actos o expresiones de intolerancia que se prohíben⁵⁵. Pero se responde que incluso entonces el Estado que ha ratificado la convención se encuentra atado por las definiciones adoptadas en el art. 1º de la CCDI, de forma que no tiene libertad para alterar o restringir fundamentalmente el concepto de intolerancia que la misma convención ha acogido, o de lo contrario carecería de todo sentido que se hubiese adoptado una definición específica si los Estados la ignoraran al legislar⁵⁶. A mayor abundamiento, “las normas que limitan la libertad de expresión

52 Ver Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile”. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

53 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, “Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión”, supra nota 39, p. 24, párr. 69, citando a la Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 39-40; Corte IDH, Caso “Palamara Iribarne vs. Chile”. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 79; Corte IDH, Caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 120; Corte IDH, Caso “Tristán Donoso vs. Panamá”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 117; CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título IV. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995; CIDH. Informe No. 11/96. Caso No. 11.230. “Francisco Martorell”. Chile. 3 de mayo de 1996, párr. 55; CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”. Transcritos en: Corte IDH, Caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 72. a).

54 *Ibidem*, 25, párr. 71.

55 Organización de Estados Americanos, *CCDI*, supra nota 2, Capítulo III, art. 7º.

56 Esto parece ser especialmente cierto en el caso de Estados que adhieren a regímenes con mecanismos de incorporación o aplicación directa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en sus sistemas legales nacionales, sin necesidad de acto ulterior de domesticación. Así, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico colombiano los términos de un tratado de Derechos Humanos constituyen normas constitucionales por sí mismas, en cuanto prevalecen ante el Derecho Interno y son el criterio interpretativo de los derechos consagrados en la Constitución, conforme al art. 93 de su Carta fundamental. En el esquema de aplicación directa establecido en la Constitución colombiana, si el Estado se hace parte de la CCDI, sus tribunales se encontrarán en posición de aplicar y resguardar en forma directa el nuevo derecho a la protección contra la discriminación e intolerancia, en cuanto se entenderá parte del ya recogido derecho a la igualdad y no discriminación. *Constitución Política de Colombia* (1991), art. 93.

Por otra parte, cuando se trata de Estados que generalmente requieren actos explícitos de incorpo-

deben estar redactadas con tal claridad que resulte innecesario cualquier esfuerzo de interpretación⁵⁷ y las interpretaciones judiciales posteriores, aún siendo específicas, no compensan formulaciones inadmisiblemente amplias⁵⁸.

Segundo, para que las restricciones sean legítimas a la luz de la Convención Americana, la imposición de una sanción debe constituir una necesidad a fin de proteger los derechos de otros. La Comisión ha sido enfática en que “necesidad” no es sinónimo de “útil, razonable u oportuno”⁵⁹, sino que su imposición debe resultar ser clara e imperiosamente indispensable pues “el objetivo legítimo e imperativo no puede alcanzarse razonablemente por un medio menos restrictivo de los Derechos Humanos”⁶⁰. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión han afirmado que existe un estándar más estricto cuando se trata de examinar la necesidad de las limitaciones en cuanto ellas lidian con expresiones que conciernen cuestiones de interés público, la participación voluntaria de privados en asuntos públicos, o respecto de discursos y debate políticos⁶¹.

Tercero, los organismos del sistema han especificado que en aquellos casos en que las limitaciones a la libertad de expresión son impuestas para la protección de

ración de tratados a su derecho doméstico, como es el caso de los Estados Unidos de América o la República de Chile, existen ejemplos concretos en los que los actos de domesticación de tratados se han apartado de los términos que se habían acordado en el mismo, lo que ha sido resistido y objetado por los organismos monitores. Así sucedió, por ejemplo, con la resolución de entendimiento (“*understanding*”) emitida por el Senado de Estados Unidos al tiempo de entregar su consejo y consentimiento a la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, en la cual el Estado declaró que aplicaría la misma entendiendo que dolores o sufrimientos mentales graves se refiere a “daños mentales prolongados”, lo que difiere y altera el concepto contenido en el art. 1º de dicha convención. Este actuar fue recibido críticamente por el Comité contra la Tortura que a su vez “recomendó” a los Estados Unidos “velar por que los actos de tortura psicológica prohibidos por la Convención no se limiten a los que causan un ‘daño mental prolongado’, como se dispone en el entendimiento presentado por el Estado Parte [...]”. Comité contra la Tortura (2006), “Conclusiones y Recomendaciones del Comité Contra la Tortura respecto del Informe Presentado por los Estados Unidos de América. CAT/C/USA/CO/2”.

57 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, “Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión”, *supra* nota 39, p. 38, párr. 107.

58 *Ibidem*, párr. 107, citando a CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”. Transcritos en: Corte IDH, Caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párrs. 72. s) a 72. u).

59 *Ibidem*, 30, párr. 85, citando a la Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, párr. 46; Corte IDH, Caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”. Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107, párr. 122; CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título IV. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

60 *Ibidem*, párr. 85.

61 *Ibidem*, 34, párr. 100, citando a la Corte IDH, Caso “Ivcher Bronstein vs. Perú”. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74; Corte IDH, Caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107; Corte IDH, Caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111; Corte IDH, Caso “Palamara Iribarne vs. Chile”. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135; Corte IDH, Caso “Eduardo Kimel vs. Argentina”. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177; CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

los derechos de otros, es necesario que ellos se encuentren claramente amenazados o vulnerados, lo que de todas formas debe ser demostrado por la autoridad que impone la limitación o por la parte que la solicita, pues “si no hay una lesión clara a un derecho ajeno, las responsabilidades ulteriores resultan innecesarias”⁶².

Finalmente, una vez que se concluye que el derecho a réplica o corrección no es suficiente para asegurar el resguardo de los derechos de otros, y la imposición de una pena se torna verdaderamente necesaria para dicho fin, el recurrir a esta restricción de la libertad de expresión debe adicionalmente cumplir con los requisitos de que: i) exista genuina malicia, demostrada por la presunta víctima, y que el autor haya actuado con la intención de causar un daño efectivo y con conocimiento de estar diseminando información falsa⁶³; ii) la parte que alega el daño debe probar que las expresiones eran falsas y que han causado en forma efectiva el daño invocado⁶⁴, y iii) sólo las expresiones sobre hechos, y no las opiniones, son susceptibles de ser evaluadas y enjuiciadas como verdaderas o falsas⁶⁵. “En consecuencia, nadie puede ser condenado por una opinión sobre una persona cuando ello no apareja la falsa imputación de hechos verificables”⁶⁶.

II.1. ¿Sobrevive la CCDI al escrutinio en los estándares de la Convención Americana?

Tal y como se aprobó, la intolerancia “es el acto o conjunto de actos o manifestaciones que expresan el irrespeto, rechazo o desprecio de la dignidad, características, convicciones u opiniones de los seres humanos por ser diferentes o contrarias. Puede manifestarse como marginación y exclusión de la participación en cualquier ámbito de la vida pública o privada de grupos en condiciones de vulnerabilidad o como violencia contra ellos”⁶⁷. Los Estados que la ratifiquen adquieren una obligación de

62 *Ibidem*, 27, párr. 77.

63 *Ibidem*, 38, párr. 109.

64 *Ibidem*, 39, párr. 109, citando a la Corte IDH, Caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 132; CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el Caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”. Transcritos en: Corte IDH, “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 101.2). 1); CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el Caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”. Transcritos en: Corte IDH, Caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párrs. 72.o) y 72.p); Corte IDH, Caso “Tristán Donoso vs. Panamá”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 120.

65 *Ibidem*, 40, párr. 109, en referencia a la Corte IDH, Caso “Kimel vs. Argentina”. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 93; Corte IDH, Caso “Tristán Donoso vs. Panamá”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr.124.

66 *Ibidem*, párr. 109.

67 En su traducción de lengua inglesa, igualmente autorizada, la versión final define intolerancia como “*an action or set of actions or expressions that denote disrespect, rejection, or contempt for the dignity, characteristics, convictions or opinions of persons for being different or contrary. It may manifest itself as marginalization and exclusion of groups in conditions of vulnerability from participation in any sphere of public or private life or violence against them*”. Transcribimos aquí el texto para que el lector lo tenga nuevamente a la vista pues, como se verá, existen sutiles diferencias en ambas versiones y ellas, a su vez, tienen importantes repercusiones en la práctica interpretativa.

prohibir y castigar la intolerancia dentro de sus ordenamientos jurídicos. Si revisamos las normas de la CCDI a la luz de los estándares delineados por el Sistema Interamericano para la protección de la libertad de expresión, ¿cuál es el veredicto sobre su legitimidad?

La intolerancia es conceptualizada como un “acto o conjunto de actos o manifestaciones” que “expresan” algo. Dado que la convención distingue o diferencia entre acciones y manifestaciones (en vez de optar por definirla ya sólo como actos, o ya sólo como manifestaciones), es dable concluir que el alcance de la definición cubrirá tanto los actos no verbales (que bien podemos llamar acciones expresivas), como también las opiniones y “discursos puros” (“*pure speech*”) en cuanto son manifestaciones (“*expressions*”)⁶⁸.

La definición de la intolerancia no exige la existencia efectiva de daño o perjuicio como elemento necesario para que se verifique la conducta ilícita, por lo que se entiende que las acciones expresivas y las manifestaciones en general son ilegítimas por el solo hecho de su existencia. Este punto se encuentra reforzado por la elección de la cláusula “[p]uede manifestarse”, en referencia a los potenciales efectos o consecuencias, lo que implica que aún cuando estos resultados son posibles o probables, no es necesario que ellos existan o se verifiquen para que el acto intolerante sea considerado como tal.

En relación con los “blancos” contra los que se dirige o se basan las acciones o palabras intolerantes, la definición agrupa en un mismo conjunto “la dignidad, características, convicciones u opiniones”. La inclusión en este contexto del concepto de “dignidad” es susceptible de crítica debido a su vaguedad. Siendo cierto que la literatura especializada en Derechos Humanos reconoce que la dignidad humana es un principio básico de este ordenamiento jurídico, es del caso que este concepto/idea/principio es también uno de los más debatidos y controversiales en la disciplina. Esto se debe, fundamentalmente, a la “multiplicidad de diferentes entendimientos sobre la dignidad, los cuales difieren entre unos y otros y a ratos se contradicen”⁶⁹. Esta controversia y falta de acuerdo en lo que implica la dignidad y las formas en que ella puede ser “irrespetada o rechazada” lleva a la conclusión de que el término carece de la especificidad y precisión suficiente como para superar el examen de claridad requerido por el Sistema Interamericano al evaluar la legitimidad de las restricciones a la libertad de expresión.

La decisión de agrupar estos cuatro blancos de intolerancia es deficiente por cuanto no reconoce las diferencias de naturaleza o tipo que existen entre características personales, por un lado, y las convicciones u opiniones, por el otro. Mientras que las primeras pueden ser consideradas inmutables⁷⁰ y no susceptibles de cambiar

68 La conclusión contraria involucra asumir que los redactores incurrieron en una redundancia, puesto que todo tipo de acto distinto de la mera exteriorización del pensamiento ya se encontraría cubierto en la expresión “acto o conjunto de actos”. Por lo mismo, es razonable asumir que el uso de distintos términos es consciente y buscan cubrir situaciones distintas.

69 Carozza, P. (2013). “Human Dignity”. En Shelton, D. (ed.). *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Oxford. Oxford University Press (traducción del autor), 345-359.

70 Una proposición que no es exenta de polémica y debate, dado que características” se refiere a rasgos o cualidades distintivas e identificables en la persona, muchas de las cuales pueden no estar fijas y

mediante el uso de la voluntad humana, tanto las opiniones como las convicciones se sostienen mediante el uso de la razón y voluntad de la persona y por lo mismo están abiertos a transformaciones y cambios. No sólo es posible que ellas cambien a lo largo del tiempo, sino que el ordenamiento jurídico de los Derechos Humanos expresamente reconoce y protege el derecho de las personas a alterarlas libremente⁷¹. Esto, a su vez, presupone hasta cierto punto que los titulares del derecho puedan ser confrontados con ideas diferentes a las propias, y que experimentarán oposición, cuestionamiento y rechazo como una ocurrencia necesaria para propiciar el cambio de los puntos de vista propios. La ocurrencia de este proceso no sólo es una posibilidad sino que hemos llegado a considerarlo como un elemento axiomático de una sociedad abierta y plural.

El mensaje que se expresa (“denotes”) o transmite por medio de las acciones expresivas o manifestaciones debe ser uno de “irrespeto, rechazo o desprecio”. Pareciera ser que existen diferencias sustantivas entre las tres ideas. Rechazo, en cuanto concepto, no es un adjetivo (que sería lo necesario si se quiere calificar a la acción de algún modo), sino un sustantivo, o tal vez en sí mismo un verbo, en tanto se refiere a la acción de rechazar. Esto no es sino “*contradecir* lo que alguien expresa o no admitir lo que propone u ofrece” o “*mostrar oposición* o desprecio a una persona, grupo, comunidad”⁷². El significado de la expresión “*rejection*” utilizado en la versión de lengua inglesa del texto —que goza de igual autoridad que la versión de lengua castellana⁷³—, derivado de la acción “*to reject*”, significa meramente “rehusarse a creer, aceptar o considerar” algo⁷⁴. En cualquiera de los dos casos, el término utilizado no califica la acción o manifestación, ni denota animadversión u hostilidad. Simplemente se refiere a una acción. Además, ello es la esencia misma de lo que involucra cualquier debate o discusión.

“Desprecio” e “irrespeto” tampoco se muestran como mejores alternativas. En su versión castellana, la definición de “desprecio” aparece simplemente como “desestimación, falta de aprecio”, que a su vez es la “estimación afectuosa de alguien”⁷⁵. Es notable que los términos elegidos en el castellano y el inglés no parecen transmitir el mismo significado o gravedad. La versión inglesa acoge el término “*contempt*”, que se define como “un sentimiento de que alguien o algo no es meritorio de respeto

encontrarse abiertas a modificaciones o variación por medio de la voluntad de la persona, como es el caso de la personalidad, virtudes, vicios, etc.

71 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica, *supra* nota 36, art. 12.1 de la libertad de conciencia y religión. Lo mismo puede decirse respecto de la libertad de pensamiento y expresión, que sólo puede ser verdadera libertad en cuanto permiten cambiar ante el error y en pos de la búsqueda de la verdad.

72 Real Academia Española (2014). *Diccionario de la Lengua Española*, Rechazo. En <http://lema.rae.es/drae/?val=rechazo>.

73 Naciones Unidas (1969). *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*, art. 33.1.

74 “*To refuse to believe, accept, or consider (something)*”. Merriam-Webster (Encyclopaedia Britannica) (2015). *Merriam-Webster Online Dictionary*, Reject. En <http://www.merriam-webster.com/dictionary/rejecting>.

75 Real Academia Española (2014). *Diccionario de la Lengua Española*, Desprecio. En <http://lema.rae.es/drae/?val=desprecio>.

o aprobación⁷⁶. Por tanto, el sentido del término se vincula al irrespeto o desaprobación de alguien o algo. Coloquialmente, la palabra se utiliza para transmitir un grado más alto de disgusto por aquello a lo que se refiere, o incluso desdén o repulsión. En este sentido, pareciera ser un concepto más calificado que el mero rechazo, pero se mantiene la ambigüedad de la noción para efectos de delimitar qué tipo de acciones y manifestaciones caen dentro y fuera de los límites de la prohibición, sin extenderse indebidamente.

Finalmente, tanto “irrespeto” o “*disrespect*”, en sus versiones de lengua castellana como inglesa, respectivamente, se refieren a la falta de respeto que consiste en el tener sentimientos de admiración hacia alguien o algo que es bueno o valioso, o respecto de quien se debe deferencia⁷⁷. El respeto es ciertamente una actitud (aún cuando se define como un sentimiento) que razonablemente se le debe a todas las personas *en cuanto personas*. Pero utilizar el término en referencia a las opiniones o convicciones que sostienen dichas personas es extender una invitación al abuso pues, aplicado en términos estrictos, requeriría el dar o tener deferencia, o sostener admiración en cuanto bueno o valioso, respecto de cualquier idea u opinión por el solo hecho de que ella es diferente a aquellas que son propias.

Dentro de los deberes y obligaciones de los Estados incluidos en el Capítulo III de la CCDI, las partes “se comprometen a [...] prohibir y sancionar, de acuerdo con sus normas constitucionales y con las disposiciones de esta Convención, todos los actos y manifestaciones de [...] intolerancia [...]”⁷⁸, entre otras, el apoyo privado a actividades que “promuevan” la intolerancia, incluyendo el financiamiento de las mismas, o la publicación, circulación y diseminación, incluyendo por medio de internet, de todo material que “defienda, promueva o incite” la intolerancia; y adoptar legislación que defina y prohíba de forma clara la intolerancia, aplicable

76 “[...] a *feeling that someone or something is not worthy of any respect or approval*”. Merriam-Webster (Encyclopaedia Britannica) (2015). *Merriam-Webster Online Dictionary*, Contempt. En <http://www.merriam-webster.com/dictionary/contempt>.

77 Real Academia Española (2014). *Diccionario de la Lengua Española*, Respeto. En <http://lema.rae.es/drae/?val=respeto>.

78 Organización de Estados Americanos CCDI, *supra* nota 2, art. 4°. Ha de notarse que la Convención utiliza la expresión “sancionar” (“*punish*”) y no hace referencia alguna a qué rama del Derecho ha de aplicarse a fin de cumplir este deber. Comparativamente, la Convención contra el Genocidio –de claro corte punitivo– se refiere en su art. I al deber del Estado de “sancionar” (“*punish*”) el genocidio y de la necesidad de que los Estados establezcan “sanciones penales eficaces” (“*effective penalties*”), en clara referencia al Derecho Penal, según lo ordena el art. V. Naciones Unidas (1948). *Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio*.

La Convención contra la Tortura requiere más explícitamente que los Estados velen por que todo acto de tortura constituya delito conforme a su legislación penal (“*offences under criminal law*”) y que se “castigarán esos delitos con penas adecuadas” (“*make these offences punishable by appropriate penalties*”). Naciones Unidas (1984). *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes*.

Mencionamos todo esto para ilustrar que la comparación de la CCDI con el resto del ordenamiento de los Derechos Humanos muestra que el uso del término “sanción” (“*punish*”), en contraposición a “prevención, prohibición y erradicación de una práctica” (los términos usados, por ejemplo, por la Convención para la Erradicación de la Discriminación Racial), conlleva un claro tinte de persecución por la vía penal como medio necesario al fin perseguido. Esto además se ve reforzado por el hecho de que ninguna disposición de la CCDI apunta a limitar el tipo de responsabilidad que se ha de imponer a los potenciales autores.

a los sectores públicos y privados, y a todas las autoridades y personas naturales y jurídicas⁷⁹.

Teniendo a la vista todos los elementos previamente reseñados, la aplicación doméstica y la ejecución de los términos de la CCDI tendrán un efecto claro y preciso. Volverá ilegítima toda acción o manifestación de oposición o desacuerdo, falta de aprecio o deferencia hacia las convicciones u opiniones sostenidas por otros por el hecho de ser diferentes o contrarias a las de la persona que se expresa a sí misma, sin que exista un criterio discernible de gravedad o malicia que permita limitar o restringir su alcance y efectos. Aún más, proscribiremos cualquier acción de diseminación, por cualquier medio, de aquellas manifestaciones o acciones expresivas que el Estado califica como intolerantes. Y prohíbe el apoyo por cualquier medio, incluyendo el financiamiento, de aquellas actividades que el Estado define desde ahora como actos de intolerancia.

¿Era este el objetivo que tenían en mente los redactores del tratado? Tal vez no. Pero ya sea que el marco legal de la CCDI es el resultado de su actuar consciente y deliberado —que no se puede descartar considerando que, como hemos visto, existieron numerosas advertencias no correspondidas para evitar estos problemas— o de una redacción jurídica deficiente o desprolija, lo cierto es que este es el lenguaje final que la convención acogió, y se encuentra a disposición de quienes la esgriman para efectos de su ejecución y adjudicación jurisdiccional futura.

Al tiempo de aplicar la convención los Estados podrían realizar un esfuerzo por armonizar la Convención Americana y las disposiciones de la CCDI de forma que se castiguen sólo los actos de intolerancia que impliquen un “nivel superior” de “rechazo, desprecio o irrespeto”, pero hacer esto significaría privar a la CCDI de su pleno efecto. Implicaría también que habría de incurrirse en un considerable esfuerzo interpretativo y delimitador de parte de los tribunales en aplicar la convención, que es precisamente el tipo de peligros de abuso que los órganos del Sistema Interamericano han buscado evitar⁸⁰.

Debemos además tener en mente que, como es común, el impulso para adoptar legislación que incorpore estos deberes y estándares en el ordenamiento jurídico doméstico vendrá probablemente de parte de múltiples individuos y grupos activistas o de interés. Por definición, estos grupos abogan por aquellas posiciones que son más favorables a sus causas, intereses y cosmovisiones, y no necesariamente por aquellas que son más ecuanímes o que armonizan de mejor forma las disposiciones en tensión. Algo similar puede afirmarse respecto de regímenes de gobierno populistas que bien podrían utilizar y abusar de la CCDI con el fin de favorecer sus agendas político-ideológicas. Así, no es antojadizo esperar que se empuje a favor de la aplicación de estos estándares, deberes y obligaciones en la forma más estricta posible, castigando incluso desacuerdos menos graves o leves, lo que bien puede llevar a un abuso persecutorio en el futuro próximo.

79 Organización de Estados Americanos, *CCDI*, *supra* nota 2, art. 7°.

80 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, “Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión”, *supra* nota 39, 38, párr. 107.

II.2. Resultados poco razonables como cuestión de política pública

Otro potencial foco de conflicto en la aplicación de la CCDI es que, debido a la definición de intolerancia y la excesiva extensión de su alcance –al carecer de elementos que permitan discernir entre diferentes expresiones para establecer si caen en un lado y otro del binario de aceptabilidad/rechazo–, se genera un “círculo vicioso de la intolerancia” que inevitablemente se dará en todas las discusiones, desacuerdos y debates.

En su nivel más básico, la convención proscribió discusiones relevantes para el debate político. A modo de ejemplo, la convención prohibiría el argumentar que personas inmigrantes en condiciones ilegales (o incluso residentes legales que no son ciudadanos, en cuanto esto es una característica de la persona que es diferente a la del individuo que es ciudadano o nacional) no debieran tener participación en los procesos políticos del país o recibir beneficios reservados exclusivamente para los ciudadanos⁸¹. El ejemplo se extiende por analogía a todo otro caso en que la situación concreta de uno o más individuos o grupos es discutida para efectos de tomar decisiones, o por el simple hecho de discutirla en términos “negativos”.

Yendo un paso más allá, consideremos ahora un caso hipotético típico. En una reunión de padres de un colegio privado católico (o judío, musulmán, mormón o evangélico, que para estos efectos son lo mismo), la rectora del establecimiento da una charla que toca los puntos centrales de la “teología del cuerpo” en los escritos de Juan Pablo II. En el transcurso de la charla la oradora se refiere al punto 2357 del Catecismo de la Iglesia Católica, que califica los actos sexuales entre personas del mismo sexo como “intrínsecamente desordenados”⁸² y reitera que los mismos constituyen, en la doctrina de la Iglesia, “depravaciones graves”⁸³.

La charla es grabada y luego subida al sitio web del colegio, desde donde es recogida por agrupaciones LGBT, quienes se muestran encolerizadas por lo que califican como una opinión homofóbica y de desprecio hacia sus personas, sus características y, para muchos, sus propias convicciones y opiniones sobre quiénes son, cómo deciden identificarse y de que su condición es, a su parecer, un don de Dios. Enfurecido, el vocero de la organización imaginaria afirma ante los medios de comunicación que “las palabras de la rectora y sus opiniones son verdaderamente abominables y asquerosas. Ella carece de toda autoridad moral y estatura para decir cosas como estas, pues pertenece a la institución más moralmente corrupta de la faz de la tierra, como lo es la Iglesia Católica. Espero impacientemente que pronto llegue el día en

81 Al tiempo de escribir este ensayo, el sistema de Universidades de California se aprestaba a discutir una propuesta muy similar a la que analizamos acá. Este escenario es uno de los que imagina Volokh al pensar en los efectos nocivos que la política tendría en el contexto de las universidades públicas. Ver Volokh, E. (2015). “University of California Considering Recognizing a ‘right’ to Be ‘free from ... Expressions of Intolerance’”. En *The Volokh Conspiracy*, disponible en <https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2015/09/11/university-of-california-considering-recognizing-a-right-to-be-free-from-expressions-of-intolerance/>.

82 Catecismo No. 2357. Iglesia Católica Apostólica Romana (2015). *Castidad y Homosexualidad. Catecismo de la Iglesia Católica*, disponible en http://www.vatican.va/archive/catechism_sp/p3s2c2a6_sp.html.

83 Ídem.

que no existan más personas como ella en este mundo”. Estos dichos son seguidos por un vendaval de mensajes publicados en línea por medio de Twitter, Facebook y el sitio web del establecimiento educacional, los cuales contienen impropiedades de diverso calibre dirigidos en contra de la rectora y en rechazo a sus convicciones.

Nuestro caso hipotético es más real⁸⁴ que imaginario en el estado actual de nuestra sociedad. Dados los términos de la CCDI, la misma se podría aplicar en contra de todas las partes involucradas. Los grupos LGBT podrían exigir el castigo de la rectora pues las expresiones privadas (no-gubernamentales) –emitidas incluso en privado– se encuentran plenamente cubiertas y el Estado tendría un deber de castigarlas. Pero dado que el umbral de tolerancia de la convención para activar sus mecanismos de sanción es simplemente que se exprese rechazo de la opinión o convicciones de otros, entonces todas las partes del incidente –incluyendo todos los activistas LGBT que publicaron expresiones en internet⁸⁵– superan el mismo, de forma que todos han actuado intolerantemente respecto de los unos a los otros. El resultado es absurdo⁸⁶.

84 Ver, por ejemplo, el recurso de protección interpuesto por un grupo de activismo LGBT en contra de Senadores y Diputados del Congreso de Chile por sus expresiones y argumentos en oposición a la reforma de la ley de adopción chilena para permitir la adopción conjunta de niños por parte de parejas del mismo sexo. El grupo Movilh tildaba sus razonamientos como “violencia verbal, que incita y justifica el actuar de quienes atacan físicamente a las personas con orientación sexual e identidad de género diversa” y como muestra de “[...] un odio y una falta de respeto extremo, que violenta especialmente a hijos e hijas de parejas del mismo sexo. La liviandad, la falta de respeto al prójimo, que llega al extremo de ofender a niños y niñas, no está a la altura de un país civilizado. La libertad de expresión no tiene nada que ver con la incitación al odio y ya es tiempo de que la sociedad vaya entendiendo las diferencias entre una y otra, no tolerando desde ningún punto de vista la violencia verbal o física que denigra a personas sólo por ser diferentes a una mayoría”. Cambio21.cl (2014). *Movilh prepara demanda contra miembros de la UDI acusados de “homofobia”*, disponible en <http://www.cambio21.cl/cambio21/site/artic/20140219/pags/20140219121839.html>.

85 Entre nosotros, Colombia avanza a paso firme hacia la persecución de las expresiones vertidas en redes sociales. Se ha hecho conocido ya el ejemplo de Jorge Alejandro Pérez, quien ha sido procesado bajo la ley penal colombiana a raíz de un mensaje desatinado y de mal gusto que publicó en la red social de Twitter. En este se burlaba de la trágica muerte de 32 niños en un accidente de tránsito. Sus mofas han sido consideradas por la Fiscalía General de la Nación de Colombia como delictuales en la legislación colombiana contra la discriminación. Ver KienyKe (2014). “Estudiante que se burló de niños de Fundación se salvó de ser linchado”. En <http://www.kienyke.com/noticias/jorge-alejandro-perez-fundacion-ninos-burla-linchamiento-ibague/>. La Corte Constitucional de Colombia ha insinuado que esta calificación jurídica es correcta. Corte Constitucional de Colombia (2014). *Decisión C-671/2014*, 75.

86 Y la estructura del ejemplo propuesto obviamente se extiende más allá de aquellos temas que involucran cuestiones de moral y sexualidad. Para todos los efectos, la charla hipotética a la que hacemos referencia podría tener por objeto una argumentación que renuncie la supuesta incompatibilidad entre la fe musulmana y los presupuestos de la democracia liberal, o un argumento en contra de la legitimidad del Estado de Israel y la continuación de su existencia como entidad política. Estos supuestos serían seguramente calificados como expresiones de “islamofobia” o anti-semitismo, respectivamente. Es del caso que la política propuesta por el sistema de Universidades de California a la que hacemos referencia ha sido criticada por grupos activistas de estudiantes Judíos pues entienden que ella no es suficientemente severa, y han solicitado en forma explícita que ella considere como intolerancia cualquier crítica al Estado de Israel y argumentos contra su existencia. Otros ejemplos de expresiones que cabrían la prohibición de la CCDI (y la propuesta de California) son el uso de vestimentas con leyendas o imágenes que transmitan un mensaje, como la bandera de los Estados confederados, o aquellas que celebren el “poder negro”. Ver Kingcade, T. (2015). “The University Of California May Violate The First Amendment To Outlaw Intolerance”. En *The Huffington Post*, en http://www.huffingtonpost.com/entry/university-of-california-intolerance_55f71809e4b0

Podría argumentarse que, a fin de que las expresiones castigadas sean intolerantes en el sentido que busca sancionar la CCDI, ellas deben estar dirigidas no sólo en contra de la “dignidad, características, convicciones y opiniones” de una persona, sino que adicionalmente deben estar basadas en alguna de las “categorías sospechosas” de discriminación recogidas en el art. 1.1. Sin embargo, esto no resolvería el problema puesto que estas categorías o criterios fueron ampliados a tal punto que hoy incluyen “opiniones políticas o *de cualquier otra naturaleza*” (el destacado es nuestro) como criterios igualmente prohibidos de discriminación.

Además, la CCDI no clarifica de ninguna forma si las expresiones de intolerancia deben estar dirigidas en contra de personas específicas e individualizadas o si cubren todas las expresiones, incluso cuando son hechas en un sentido general y sin referencia a un individuo en particular, pero que podrían ser igualmente reclamadas como intolerantes por cualquier persona que se encuentre a sí misma objetivamente –o se auto-identifique– dentro de una categoría específica de personas aludidas por las mismas.

Así, como hemos visto, los términos de la CCDI son incapaces de sobrevivir a un mínimo escrutinio en los estándares de protección de la libertad de expresión en la Convención Americana y a cómo ellos han sido desarrollados por la Corte, la Comisión y los Estados Americanos hasta esta fecha. La definición de intolerancia es de una amplitud que lleva al absurdo, cubriendo toda forma de expresión –incluidas opiniones– bajo su deber de penalización, y carece de la claridad y precisión necesaria como para constituir un aviso previo sobre el tipo de mensajes que estarán sujetos a punición. Finalmente, en relación al impacto que tendría la convención como una política pública de los Estados, ella producirá resultados insensatos y aberrantes, y traerá consigo la paralización del debate y discusión en el foro público por su amenaza latente de persecución y castigo.

III. ¿Derogará la CCDI el derecho a la libertad de expresión como lo conocemos? ¿Es eso posible siquiera?

Por lo que hemos visto hasta aquí, la CCDI se presenta como un reto directo a nuestra forma de entender y proteger la libertad de expresión, yendo mucho más allá de los límites y las restricciones reconocidas y aceptables en el marco de la Convención Americana. Si es que la CCDI llega a entrar en efecto, el deber de los Estados de prohibir y sancionar las acciones y expresiones de intolerancia los pondría en una posición por la cual su pleno cumplimiento con la CCDI implicaría al mismo tiempo una transgresión a la libertad de expresión. Así, da la impresión de que existe un conflicto o colisión entre el nuevo “derecho a ser protegido de toda forma de

63ecbfa529ec. Ver, también, McGough, M. (2015). “Opinions Can Be as Hurtful as Slurs and Insults, but They Should Be Protected”. En *Los Angeles Times*, en <http://www.latimes.com/opinion/opinion-la/la-ol-uc-intolerance-antisemitism-20150922-story.html>.

intolerancia”⁸⁷ y el derecho a la libertad de expresión, los cuales –ambos– deben ser protegidos por el Estado.

El problema es que esto no parece ser en realidad un conflicto de derechos, ni menos de normas⁸⁸. Dado que la libertad de expresión se encuentra siempre sujeta a la posibilidad de ser restringida cuando ello sea necesario para asegurar el respeto por los derechos y reputaciones de otros⁸⁹, es posible argumentar que el aparente conflicto se evita si se interpreta que las restricciones que exige la CCDI son admisibles al alero del art. 13.2 de la Convención Americana. Cualquier nuevo derecho que sea “creado” o “reconocido” puede eventualmente considerarse como una nueva justificación de restricción a la libertad de expresión. El problema con esta aproximación es que no hay nada que detenga a los Estados de eviscerar la libertad de expresión, la libertad de conciencia y religión (art. 12), reunión (art. 15), asociación (art. 16), movimiento y residencia (art. 22), al menos desde una perspectiva formal. Todos ellos han sido consagrados en la Convención Americana con sujeción a una “cláusula de restricción” incorporada en su regulación. Así, la adopción de nuevos instrumentos que contentan nuevos derechos daría pie para imponer más y más profundas restricciones, justificadas con el pretexto de ser necesarias para la protección de otros derechos⁹⁰.

En el Derecho Internacional –y a diferencia de lo que sucede con los ordenamientos jurídicos domésticos– todas las fuentes del derecho se consideran, en general, como de igual jerarquía. Decimos en general pues existen al menos dos reglas de jerarquía o preferencia explícita que se han insertado en el sistema legal internacional y que son reconocidas por la comunidad de naciones⁹¹. La primera

87 Así lo sugiere el art. 2º, con el encabezado de “Derechos Protegidos” del Capítulo II. Organización de Estados Americanos, *CCDI*, *supra* nota 2. Es además la misma conclusión a la que llega Volokh analizando el caso análogo de la propuesta de política para las Universidades de California. Volokh, E. “University of California Considering Right to Be Free from Intolerance”, *supra* nota 82.

88 Un conflicto de leyes o de normas puede ser definido en términos amplios como la relación por la cual “una norma constituye, ha llevado o puede llevar a la infracción de la otra” o bien restrictivamente, como la situación por la cual el Estado se encuentra obligado por dos deberes contradictorios. Ver Milanovic, M. (2009). “Norm Conflict in International Law: Whither Human Rights?” En *Duke Journal of Comparative & International Law* 20, 69-131 (traducción del autor).

89 El IIDH tocó este punto al sugerir que la propuesta estaría justificada en el alero del art. 13.5 de la Convención Americana. Consideró que la intolerancia no es una expresión protegida pues ella constituiría una apología del odio e incitación a la violencia o acciones ilegales similares. Sin embargo, como hemos desarrollado, el estándar que fija el texto de la CCDI es diferente y más bajo, y las expresiones que caerían en el alcance de su prohibición son muchas más que aquellas que efectivamente constituyen apología del odio e incitación a la violencia a la luz de la Convención Americana. Parece más adecuado caracterizar esto como un caso de restricciones para la protección de los derechos de otros –y en concreto, el derecho a ser protegido de la intolerancia– antes que una exclusión por contenido. Ver Instituto Interamericano de Derechos Humanos, “Comments, Suggestions and Recommendations on the Working Document”, *supra* nota 35.

90 Así, el derecho a vivir en una comunidad exenta de toda forma de intolerancia puede traducirse en regulaciones restrictivas de la libertad de desplazamiento y residencia de individuos o de instituciones. El Estado podría invocar la protección del derecho a vivir libre de intolerancia para adoptar decisiones de regulación urbanística que impidan a denominaciones religiosas establecer templos, capillas o santuarios en zonas determinadas, al concluir que esto es necesario para dar forma a una comunidad en que prime la tolerancia.

91 De la jerarquía en el Derecho Internacional: Jus cogens, obligaciones erga omnes, y el art. 103 de la Carta de las Naciones Unidas. Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (2006). “Conclu-

excepción es la Carta de las Naciones Unidas que, en virtud de su art. 103, posee un “carácter constitucional”⁹² como la piedra angular del sistema legal internacional desarrollado a partir de la Segunda Guerra Mundial. Como tal, ella prevalece por sobre cualquier otra obligación que entre en conflicto con los deberes que surgen de la Carta⁹³. La segunda excepción son las normas de *jus cogens*⁹⁴. *Ninguna de las dos excepciones daría pie para que la Convención Americana prevalezca por sobre la CCDI en la eventualidad de que ella entre en vigencia. La Convención Americana carece, al menos formalmente, del carácter constitucional del que goza la Carta de las Naciones Unidas*⁹⁵, *y el derecho a la libertad de expresión no ha sido reconocido como una norma de jus cogens* (ni en su *nomen juris*, ni en su contenido específico)⁹⁶. Aún más, incluso si vemos el asunto a través del prisma de las teorías existentes sobre jerarquía de derechos⁹⁷, no sería posible encontrar un argumento para justificar la primacía de la libertad de expresión. Ambos tratados tienen por objeto la protección de Derechos Humanos (luego, no es posible distinguirlos ni dar primacía a uno sobre otro en este criterio); y el nuevo derecho a la protección contra la intolerancia se enmarca, verosímilmente, como un corolario del derecho a la igualdad y a la no discriminación, que es también derecho de primera generación como la libertad de expresión⁹⁸ (y por lo mismo, una vez más, resultan ser indistinguibles en este aspecto).

Así las cosas, no parece existir forma alguna de sostener la primacía de la Convención Americana por sobre la CCDI ante la eventualidad de que la última entre en efecto. Si esto llega a suceder, la incorporación de este “nuevo derecho” al sistema legal interamericano significará que la libertad de expresión subsistirá pero como un espectro de sí misma, continuando su existencia en el mismo *nomen juris*, pero restringida y limitada hasta el punto de ser irreconocible, y sometida a pretexto de asegurar el derecho de todas las personas a ser protegidas de la intolerancia.

Si el escenario que hemos descrito –la existencia de un derecho humano existente y reconocido que se ve alterado al punto de verse vaciado de su contenido cen-

sions of the Work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law”, 10, párr. 30 y sigs.

92 Ver Fassbender, B. (1998). “The United Nations Charter as a Constitution of the International Community”. En *Columbia Journal of Transnational Law* 36, 531-620.

93 Milanovic, “Norm Conflict in International Law...”, *supra* nota 8, p. 76-77.

94 *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*, *supra* nota 74, art. 53: “[...] es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter”.

95 Y decimos formalmente pues en general parece contra intuitivo pensar que un nuevo tratado podría alterar o invalidar de alguna forma la Convención Americana de Derechos Humanos, que sin duda ha sido tratada en la práctica como si tuviera dicho carácter constituyente. Ello se ha manifestado en la incorporación de doctrinas constitucionalistas a la adjudicación en sede jurisdiccional internacional por la Corte Interamericana, como su discutible doctrina del control de convencionalidad.

96 Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, “Conclusions of the Work of the Study Group on the Fragmentation of International Law,” *supra* nota 92, 11, párr. 33.

97 Ver, en general, Meron, T. (1986). “On a Hierarchy of International Human Rights”. en *American Journal of International Law* 80, 1-23.

98 Ídem.

tral— se materializa, ello constituiría un desafío monumental, y tal vez insuperable, para la legitimidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La pregunta central es: ¿puede el Estado revocar y renunciar a estos Derechos Humanos ya reconocidos? Formalmente, la respuesta parece ser afirmativa. Pero si este es el caso, ¿qué queda de la “dignidad inherente”⁹⁹ y los “derechos inalienables”¹⁰⁰ del hombre? ¿No es cierto, acaso, que los Estados Americanos reconocieron y reconocen hasta hoy que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado”¹⁰¹, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”¹⁰² Y cuando el Comité de Derechos Humanos afirma en su Comentario General No. 26 que “los derechos consagrados [...] corresponden a quienes viven en el territorio del Estado Parte de que se trate [...] una vez que las personas tienen reconocida la protección de los derechos que les confiere el Pacto, esa protección pasa a ser subsumida por el territorio y siguen siendo beneficiarias de ella las personas, con independencia de los cambios que experimente la gobernación del Estado Parte, o [...] cualquiera otra medida posterior que adopte el Estado Parte con objeto de despojar a esas personas de los derechos que les garantiza el Pacto”¹⁰³. ¿Significa, acaso, que esto no era sino retórica vacía?

Es posible que una situación como esta jamás haya sido puesta a prueba desde el inicio del régimen del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en 1945. Dicho proceso se ha caracterizado hasta ahora por el reconocimiento de derechos que no se contradecían los unos a los otros, al menos en el papel. Tal vez nos encontramos en posición de presenciar un genuino caso de “primera impresión” en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pues ningún Estado había intentado hasta hoy derogar o alterar el contenido y alcance de aquellos derechos que actualmente se encuentran reconocidos y protegidos directamente por el Derecho Internacional. Y si esto ocurre finalmente, ¿qué fe y confianza debieran depositar los pueblos de América en un ordenamiento jurídico en el cual sus derechos inherentes e inalienables no son en realidad inalienables ni inherentes?

Conclusión

Como hemos visto, los nuevos estándares legales propuestos por las convenciones hermanas en contra de la discriminación racial y toda discriminación e into-

99 Como lo señalan los preámbulos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por ejemplo.

100 “[...] reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. Naciones Unidas (1948). *Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos*.

101 Lo que concede que no es el Estado quien otorga ni crea los derechos.

102 Organización de Estados Americanos (1969). *Preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos*.

103 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1997). “Comentario General No. 26. Comentarios Generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos. Continuidad de las obligaciones. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 7”, disponible en <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom26.html> (el destacado es nuestro).

lerancia se encuentran en un curso de colisión frontal con los estándares de protección, límites y restricciones de la libertad de expresión, como han sido consagrados en la Convención Americana, y desarrollados por el Sistema Interamericano a lo largo de los años. Desde su entrada en vigencia, la protección otorgada a este derecho por la Convención Americana ha coexistido pacíficamente con los derechos a la honra y la reputación, así como con el derecho a la igualdad y la no discriminación. Pero nunca ha sido el caso que el respeto por estos derechos en manos de terceros haya permitido restringir el núcleo fundamental de la libertad de expresión, como lo es la libertad de expresar la opinión propia libremente.

En caso de entrar en vigor, la CCDI golpeará directamente al corazón de la libertad de expresión, al imponer a los Estados miembros el deber de prohibir y castigar expresiones y opiniones que habían sido invariablemente protegidas hasta ahora, y que constituyen un baluarte fundamental para un debate libre y sin restricciones.

Los estándares exigidos por la CCDI carecen de la claridad y precisión suficientes como para constituir un aviso previo justo sobre aquello que se puede o no expresar, y el marco legal que se propone producirá resultados patentemente insensatos, por lo que cualquier expresión de rechazo a las convicciones u opiniones de otros puede ser sometida a persecuciones abusivas y castigo.

El resultado más perturbador que se seguiría de la entrada en vigencia de estas convenciones sería el golpe a la legitimidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. A través de la alteración fundamental del derecho a la libertad de expresión que hemos conocido hasta hoy, la ejecución de estos nuevos tratados daría la señal inequívoca de que los Derechos Humanos no son en realidad inalienables e inherentes, y que esto no es sino una ilusión o ideal que puede fácilmente superarse por los Estados con el trazo de un lápiz, al son de sus cambiantes preferencias políticas a través del tiempo.

THE ART OF HUMAN RIGHTS: ENRICHING THE LIFE OF THE LAW SCHOOL THROUGH DRAWINGS AND OTHER VISUAL RESOURCES
El Arte de los Derechos Humanos: enriquecer la vida de la Facultad de Derecho a través de dibujos y otros recursos visuales

Santiago Legarre*

I. In general

In the life of the Law School, focus on the “visual” can operate at three different levels: learning, teaching, and examining (legal concepts). My main interest in this paper is to explore the latter level, “examining”, broadly considered so as to encompass evaluation in general. Furthermore, that interest is pinned down here to the area of constitutional rights and human rights in general, even though the conclusions reached can (and should) likely be extrapolated to other areas of the law.

The following passage by psychologist Kendra Cherry sums up well the distinction between the first two levels referenced above:

While aligning teaching strategies to learning styles may or may not be effective, students might find that understanding their own learning preferences can be helpful. For example, if you know that visual learning appeals to you most, using visual study strategies in conjunction with other learning methods might help you better remember the information you are studying¹.

In effect, the first logical step regarding the relevance of the visual approach has to do with using it yourself when you study —assuming that you came to the

* Professor of Law, Universidad Católica Argentina; Visiting Professor, Notre Dame Law School (USA) and Strathmore University Law School (Kenya); independent researcher, CONICET. LL.B., Universidad Católica Argentina; M.St., Oxford; Ph.D., Universidad de Buenos Aires. A paper delivered at the IALS Annual Meeting, Mysore, March 6th-8th, 2013 and, previously, at the Third Annual Meet of The Law Schools Global League, Jindal Global Law School, Sonapat, 27-28 February 2013. Correo electrónico: santiagolegarre@uca.edu.ar

¹ Kendra Cherry, “VARK Learning Styles: Visual, Aural, Reading and Kinesthetic Learning”, at <http://psychology.about.com/od/educationalpsychology/a/vark-learning-styles.htm?r=et>, last visited on 10 December 2012.

conclusion that you are a “visual learner”. As you know, VARK theorists propose a quadripartite classification of learners. The acronym VARK stands for Visual, Aural, Read/write, and Kinesthetic sensory modalities that are used for learning information. This model was designed in the late 80s by Neil Fleming and it has received some acceptance and a lot of attention².

I am not much of an expert in educational psychology so I would rather remain agnostic as to the definitive merits of VARK theory. But you don’t need to buy into it to understand that, for example, you are a visual learner, i.e., one who “would rather see information presented in a visual rather than in written form”³. So if you come to the conclusion that you learn better by seeing than by reading, you will naturally tend to study through charts, diagrams, and illustrations —and you should!

Half way through my law degree I realized that I was a visual learner (even though I didn’t quite put it like that then). It is truly amazing for me to compare and contrast now the notes I made then in order to prepare my final exams. The notes and summaries from my first years are plagued by full sentences and paragraphs. By contrast, the notes from my last years of law school lack all proper writing and syntax; they are a bunch of arrows pointing at correlations; drawings; charts: the kind of thing, by the way, that only I could understand. Indeed, while my notes for the first years of the law degree were quite palatable to my friends, who used to borrow them, the same was not true of the later notes: no one wanted them at all for the obvious reason that they were... indecipherable.

Now, as Ms. Cherry suggests in the passage quoted above, it is one thing to accept that if you are a visual learner you are likely to be better off studying through visual resources, and quite a different one to conclude that teaching strategies ought to be aligned with students’ learning styles. This is especially the case given that you will not only have visual learners in your classroom but also, *ex hypothesi*, representatives of other VARK categories.

In any event, and without foreclosing the possibility of using visual devices for purposes of teaching some human rights questions, I will focus in the next section on the third level I had announced at the opening of the paper: the evaluation of the students’ understanding of human rights concepts.

II. Evaluation of human rights concepts through visual devices

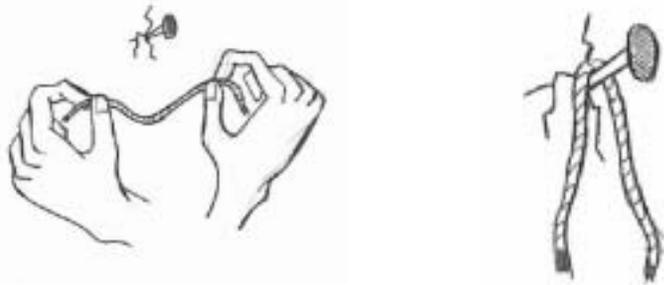
Let me share with you a real story —my own story of how I ended up using visual tools with a view to evaluating law students’ understanding of human rights concepts. I have taught full-time since 1995, which means that I have been teaching full-time for 18 years. The reason I clarify this is not for you to think that I am old; or for you to think that I look younger than I really must be. The reason is that it was about time I came up with a smart idea from my many years of teaching experience. A few years ago I came up with such an idea, I hope. This is how it happened.

² See <http://www.vark-learn.com/english/page.asp?p=categories>, last visited on 10 December 2012.

³ Kendra Cherry, *cit.*

In 2010 I found myself in the situation where, to be honest with you, I was a bit bored with my teaching. (If you have been teaching for a while, perhaps you will not find that disclosure too surprising.) I had taught Constitutional Law and Human Rights Law for many years. I decided that to not get frustrated—and for my students not to notice my incipient boredom—I had to introduce something new into the classroom. (The students are those who are more harmed by their teacher's boredom, it should be noticed in passing.) So I came up with the idea of drawings.

The idea dawned on me when, during one of the German lessons I attend at the Goethe-Institut, professor Wolfgang Tichy explained the meaning of the proverb “the extremes meet”—a proverb meaning that antagonistic positions often have much in common, a proverb more common in other languages than in English, as it seems—... by means of a drawing. He drew something like this on the board:



These pictures⁴, I think, speak for themselves—this is the nice thing about pictures...

So one day I came to class and I told the students: “For next week you will have to draw a map”. The objective of this exercise was for them to *show* me the structure of my country's judiciary, at both the local and the federal level. I had the impression that having them draw a map would: i) give them a suitable tool for explaining the concept of the judicial power and the interrelations between the local and the federal judiciary; ii) help them to better understand and remember that concept and those interrelations. Both things, I must say, proved to be true. Indeed, one student even said on reflection that what he had learnt through drawings was by far what he had remembered the most.

As an incentive for the students, I told them that I would award prizes for the best drawings. I also explained that by “drawings” I didn't mean just drawings: they could use any visual device and they would be assessed based on creativity and the limited use of words.

⁴ I thank much Max Cernello, an attorney quite interested in visual tools, for drawing these pictures at my request.

It goes without saying that I had to start thinking about good prizes. Several colleagues and friends gave me suitable books that ended up in the hands of the winners. I also got them limited subscriptions to journals and law reviews. I finally found a culminating prize for the best “drawing” of the whole year. I wrote to my colleagues who run the International Youth Leadership Conference and they generously agreed to offer a scholarship each year for one of my students to attend the extraordinary event that takes place in Prague every winter. Two of my winning students have already participated in the conference. Their feedback makes it clear that a good drawing is well worth the effort: it can be worth a visit to the most beautiful city in the world!

In my second year using drawings for the purpose of assessing comprehension of legal concepts, I introduced some additional dimensions. First, I started to use the tool to evaluate difficult human rights dilemmas, such as the tensions between the right to privacy and compelling state interests. I remember that one of the best drawings illustrating this tension was one of a kite divided into four quarters, each of which contained different levels of state intervention in private life⁵.

Second, I tried to solve a quantitative problem: the number of drawings I had to consider for evaluation purposes was too high. If I was going to give adequate consideration to each one of them, which was required at least by the fact that I was going to be awarding prizes, including a scholarship to attend a conference in Prague, I needed a filter to reduce the number of works I reviewed. To this end, I appointed two teaching assistants (students from the previous year, who knew how and why I used drawings, having produced them themselves) to evaluate drawings according to the following system. The TAs handle the first round of evaluation such that only half of the students participating in the drawings contest make the cut. The other half is eliminated. Only the victorious half makes it into the second round of the contest, where the professor (i.e., yours truly) performs the evaluation and awards the prizes. (Normally there is a first, a second, and a third prize.)

Third (and partly thanks to this new system), I started to use the students’ drawings to teach some topics I encountered in reviewing their works (and deciding to whom will the awards go). It is much easier to teach some difficult concepts with drawings as the starting point, even if to correct mistakes in the pictures. And, believe me, my working materials were *very* good, very ingenious drawings. I think it will probably be a universal experience that if you do this kind of contests you will find out, to your surprise, that you had many hidden artists in your class. Therefore, you will end up with some fantastic drawings to work with, which will make it easier to shed light upon obscure realities and concepts.

Last, I decided to have some of the contests take place at my university’s small art gallery. The curator kindly agreed to this, and so from time to time my students and I have class in the art gallery, where they bring their drawings and I explain some topic and award the corresponding prizes. Of course this is quite thrilling for the students. Not only do they display their own home-made art in a museum —on

⁵ On the tensions between the police power and constitutional rights (a more general instance of the problem mentioned in the text) see the Appendix to this paper.

its floor, that is to say— but they also have the opportunity to visit an art gallery, sometimes for the first time in their lives. They certainly did not expect this when they signed up for their Constitutional Law course!

All in all it has been a great experience. I have the joyful role of contributing inadvertently to developing the hidden talents of my students, plus the notable responsibility awarding prizes without knowing much about art myself.

III. Visual tests

The third year of using drawings for purposes of assessing the comprehension of constitutional law and constitutional rights came with a new twist. In 2012 I used for the first time drawings... on tests.

Given that the students had consistently practiced explaining concepts through pictures during two semesters (first in “Constitutional Law” and subsequently in “Constitutional Rights”) I thought that the time was ripe for my method to be tested on tests. Even though this new use was going to be fair (given that prior practice), I decided to offer it as an option so that those with less artistic inclinations would not feel prejudiced by the system.

Consequently, in the last written exam of the second semester (corresponding with “Constitutional Rights”) the students were allowed to choose to answer half of the questions through drawings. Those who opted to do so would have the advantage of being given extra time to draw their answers. This was a minor incentive that I decided to introduce in order to shift the balance towards visual answers, though the students could likely discern my inclination to (perhaps unconsciously) reward those who elected to draw.

Well, be that as it may, half of the students decided to draw. They did so really well and also did really well on the exam. I was utterly delighted. Let me tell you what the exam was about and how the students drew their answers.

One of the questions that could be answered by drawing pictures asked about differences between two theories concerning the constitutional right to privacy⁶ — theories that also apply, by and large, to the human right to privacy as recognized by several international documents⁷. In US Constitution Law, as well as in Argentine Constitutional law, to mention but a couple of examples, these theories are sometimes called “spatial” and “decisional”⁸. The theories don’t really matter for our purposes, except to illustrate how students who drew their answers approached the task.

6 See, for example, article 19 of the Argentine constitution of 1853: ‘The private actions of men which in no way offend order and public morality, nor harm a third party, are reserved to the judgment of God only, and exempt from the authority of the magistrates [...]’

7 See e.g. article 8.1 of the European Convention on Human Rights: ‘Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.’

8 For a thorough account of the spatial theory of the constitutional right to privacy see Louis Henkin, ‘Privacy and Autonomy’, 74 Columbia Law Review 1410, 1411 y 1424 (1974); a useful account of the decisional theory can be found in Justice Blackmun’s dissent in the United States Supreme Court case *Bowers v. Hardwick* 478 U.S. 186, 204 (1986).

That a significant portion of the students chose to draw their answers is telling, as is the fact that they generally performed satisfactorily (even though most of the students that are within the group of drawers are not what one could call natural born artists). I think that the experiment —testing my method on tests— passed the test. Perhaps next year will bring a new opportunity to further test its outer limits.

IV The Foremost Enemy of the Visual: the Visual

I will conclude by noting a contrast. Insofar as it is true that visual tools have great advantages for learning about, teaching, and examining legal concepts—in particular, in the area of human rights—, it is also true that other visual tools can detract from the efficacy of teaching. If drawings can effectively convey complex situations within Constitutional Law, the presence in the classroom of electronic devices can certainly distract the drawers.

There is now the ever increasing availability of the Internet in the classroom, be it through Wi-Fi, iPads, BlackBerrys, iPhones or other Smartphones. Furthermore, law schools pride themselves in this increased availability of wireless technology. As a result, students experience a daily temptation—an irresistible temptation, most of the time—to navigate the web during classes.

I sometimes offer my students an analogy between the current situation in the classroom and the Star Wars trilogy—though we all know that it is no longer a trilogy. The first part, as you might remember, is called “A New Hope”, where we first meet Luke Skywalker et al.. The new hope is, for the bored professor, PowerPoint presentations, projected on a screen in a darkened classroom. The second part of my modified version of the saga is “The Students Strike Back”. Here the students, tired of watching slides on a screen, bring their own screens to the classroom: their laptops coupled with Internet availability provide for an amusing alternative to what is happening on the main screen. On your own little screen you can, in hiding, check your email, read the New York Times, play a game or even watch Star Wars or some other movie. Surely this couldn’t last? Well, I don’t know about that, but some professors couldn’t stand the shame and hence the last installment of the trilogy: “The Return of the Prof”, in which the teacher decided to turn on the lights of the classroom, gaze at the students in search of eye contact and talk to and with them.

Whether you like my analogy with Star Wars or not, and whether the *status quo* regarding Internet in the classroom should change or not, methods like the one that I have suggested in this paper help counterbalance the problem posed by the unlimited availability of technological resources. Given that drawings are no less visual than what is happening on a screen the odds are that they might succeed in keeping people’s attention better than the mere rhetoric of a speech.

I hope that by further exploring the virtues of drawings and pictures for the purpose of teaching human rights concepts, we will be able to offer our students a higher quality legal education.

Appendix

An outstanding instantiation of the theory: Sofia Arroyo's award-winning picture on the police power and constitutional rights, titled "The Police Power Inc.: Your Favorite Gardener".



LAS CITAS DE LEYES Y OTRAS NORMAS: LEGISLACIÓN COMPARADA Y NUEVO DIGESTO JURÍDICO ARGENTINO

Citation of statutes and other norms: comparative legislation, and the new Argentinean Legal Digest

Fernando M. Toller*

1. Las leyes no son el derecho, y otras cuestiones introductorias

Decía Tomás de Aquino que “*lex non est ipsum ius, proprie loquendo, sed aliqualis ratio iuris*”¹: “[...] la ley no es el mismo derecho, propiamente hablando, sino cierta racionalización del derecho”.

En concordancia con esto, entre nosotros enseñaba Alberdi que “saber, pues, leyes, no es saber derecho”, dado que “las leyes no son más que la imagen imperfecta y frecuentemente desleal del derecho que vive en la armonía viva del organismo social”, del cual hay que “conocer su genio, su misión, su rol”, porque “es el alma, la vida, el espíritu de las leyes”². Esto lleva, según el maestro argentino, a que “en materia de leyes, no se puede hacer nada, si no se sabe el derecho”³.

El derecho no es la ley, entonces, pero sin embargo la ley tiene una relación estrecha con el derecho, del cual a veces es su causa eficiente, como ocurre con las materias de mero Derecho Positivo, y otras, es una suerte de causa ejemplar, cuando refleja la justicia natural de las cosas. La causa final inmediata de toda ley, por otra parte, debe ser el derecho, y la mediata, el bien común.

El hecho, entonces, de que las leyes tengan una función segunda con respecto al derecho no las vuelve menos importantes. El conocimiento de las leyes, así, no es algo ajeno al oficio del jurista, sino que es un elemento fundamental para la búsqueda de la justicia en los casos concretos.

En el mundo moderno la legislación y, más en general, las normas y regulaciones, se han multiplicado por doquier, dificultando el acceso a sus contenidos. Esto se agrava si se tiene en cuenta que, en un mundo globalizado, en muchas circunstan-

* Facultad de Derecho de la Universidad Austral – Stanford Law School, ftoller@ius.austral.edu.ar.

1 *Summa Theologiae*, II-II, q. 57, a. 1, ad 2.

2 Alberdi, J. B. (1837) (1998). *Fragmento preliminar al estudio del Derecho*. Buenos Aires. Ediciones Ciudad Argentina. Prefacio, I.

3 *Ibidem*, n. 4.

cias se precisa conocer y citar correctamente no sólo las reglas del propio sistema, sino también normas internacionales y disposiciones legales de otros ordenamientos nacionales.

En este trabajo se procura ayudar al conocimiento y referencia de esa “redacción del derecho” que son las leyes, según frase también de Alberdi⁴, exponiendo un sistema de citación de las normas domésticas y comparadas.

Se explican, en primer lugar, las reglas generales de cita de las leyes y normas. Se pasa revista, posteriormente, al modo de referir las normas de los ordenamientos jurídicos más relevantes de Europa, junto a los sitios específicos más importantes en cada caso para localizarlas. Se ofrecen ejemplos de referencias a normas reales, que buscan ilustrar el sistema que se expone. Este panorama se detiene con algún detalle en el Derecho estadounidense y en el Derecho argentino. Sobre este último, se analiza el sistema del nuevo Digesto Jurídico Argentino, así como las dificultades que entraña.

2. Algunas reglas generales de citación de normas

La referencia a normas, sean constitucionales, legales o infralegales, no tiene la dificultad que ofrecen las citas de doctrina o de jurisprudencia. La razón es que, a diferencia de estas últimas, que requieren el dato exacto de su publicación, año, página, etc., en las alusiones a los textos legales en general no son necesarios tales elementos. Por eso, la práctica jurídica las suele citar de modo simple, con pocos detalles.

La regla general es que normalmente bastará con aludir al tipo de norma y el número de la ley o disposición de que se trate. Con la referencia al tipo de norma en principio quedará claro tanto el órgano que la dictó, como el rango normativo que ostenta. Si esto no quedara manifiesto, será necesario agregarlo. Así, la mera referencia a una ley en principio significará que ha sido dictada por el parlamento nacional. Si lo fuera de una legislatura estadual o provincial, habrá que aclararlo. Si se alude, sin más, a un ministerio, se tratará del organismo nacional; si la norma ha sido emanada por una repartición de una provincia, habrá que poner sus datos exactos, etc.

Es correcto, pero no necesario, remitir a la cita del Boletín Oficial, sea como fuere que se denomine el órgano de difusión con el cual se cumple en cada país el requisito de la publicación de las normas a efectos de presumirlas conocidas. En su defecto, dicha publicación puede sustituirse por la referencia al tomo de un repertorio o digesto legislativo no oficial, o a un sitio de Internet donde la norma esté publicada.

La conveniencia de citar el Boletín Oficial del país disminuye conforme crece el rango legislativo de la norma que se cita o su utilización y difusión en un sistema jurídico. La razón es que en estos casos el mayor conocimiento de la misma y el número de ediciones en las que se la ha publicado hace que su localización se haga progresivamente más sencilla. La regla es inversa, y crece la pertinencia de remitir a un

4 Ídem.

digesto legislativo, cuando la norma es de menor rango, de utilización infrecuente, etc., pues disminuyen las posibilidades de hallarla con facilidad. De este modo, por ejemplo, es aconsejable citar los anales de legislación para indicar dónde se encuentra publicada *in extenso* una simple resolución emanada de una Subsecretaría de un Ministerio, mientras que sería extraño hacerlo para mencionar a la Constitución. Asimismo, si bien podría ser interesante citar el Boletín Oficial para señalar dónde se ha publicado una ley que modifica las pensiones de los funcionarios del servicio de Correos, no tiene mayor interés, y es inusual y hasta poco elegante, hacerlo para aludir al número del Boletín Oficial donde se difundió por vez primera el Código Penal, salvo que se trate de una publicación que tenga por miras precisamente indagar en la historia legislativa de dicho cuerpo normativo.

En el caso de las leyes, en muchos países se las nombra por su número, que es correlativo y acumulativo, y no se remunera año a año. En otros ordenamientos se las nombra también con un número, pero éste recomienza anualmente y, tras una barra, lleva el año de su sanción. Ambos sistemas siguen esquemas “neutros” de citación, pues facilitan la identificación, sin importar dónde se las haya publicado exactamente.

En caso de que el modo de aludir a las leyes no se integre por el año, es mejor agregarlo, escribiendo tal dato tras el número de la ley: “de 19xx”, a veces tras una coma y otras entre paréntesis. La razón es que el dato, que es fácil de insertar y ocupa escaso lugar, puede ayudar significativamente al lector, en especial si es extranjero o si se trata de normas antiguas, donde es difícil situar el año o aun la década de su sanción.

Algunos países tienen leyes de distinto rango, aun cuando todas sean emanadas por el mismo Congreso Nacional, que requieren distintos trámites para su aprobación. En este caso, hay que señalarlo, diferenciando, por ejemplo, una ley orgánica de una ley ordinaria.

En cuanto a los decretos del Poder Ejecutivo, tras su número –que usualmente comienza cada año– se suele incluir una barra separadora y el año en que fue dictado. En algunos países basta con escribir sólo los dos últimos números del año.

En ocasiones puede ser conveniente agregar el nombre con el cual la ley es usualmente conocida, o una breve explicación de la materia de que trata. Cuando se trata de normas con rango legislativo nacional o provincial, en caso de denominarlas por el nombre que el uso les haya dado, conviene de todos modos acompañar el número exacto de la ley tras una coma o entre paréntesis, para que el lector pueda ir a consultarla.

Esta referencia al número de ley no se hace necesario y, nuevamente, hasta puede ser falta de buen estilo, cuando se trata de un código, donde la mera mención del mismo es suficiente, sin que resulte necesario citar la ley que lo adoptó y puso en vigencia, que es un dato que normalmente no se necesita conocer. En el caso de los códigos sí es aconsejable señalar la ley específica que ha provocado una reforma, si se trata de mencionar algún artículo concreto de los que se han sido agregados, modificados o derogados.

Para referirse a la constitución o a los códigos, son igualmente válidas las siguientes opciones: Código Civil, Cód. Civil, C. Civil, C.Civ. o C.C. A veces se pone el nombre completo al referirlo solo, y abreviado cuando se pone junto a un número de

artículo. Cada autor puede usar la que prefiera, siempre que sea comprensible por los lectores y que sea coherente a lo largo del trabajo en el modo de denominar los cuerpos legislativos.

Las expresiones artículo, inciso, etc., se escriben completas si van sin el número de la norma concreta que se quiere citar, y en general conviene abreviarlas como art. o inc., en el caso de que siga el número de la sección legal correspondiente.

3. La cita de leyes y normas en Europa

a. Alemania

En el Derecho alemán las leyes se suelen referir por su nombre abreviado. En algunas ocasiones se consigna la fecha de su aprobación y los datos de dónde están publicadas en el *Bundesgesetzblatt*, el *Boletín Oficial Federal*, que se abrevia BGBl⁵.

En Alemania es sumamente común la abreviatura de los principales cuerpos normativos, y aun de leyes ignotas: GG para *Grundgesetz*, la Ley Fundamental; StGB para *Strafgesetzbuch*, que es el Código Penal; BGB para el *Bürgerliches Gesetzbuch*, el Código Civil; StPO para *Strafprozessordnung*, la Ordenanza Procesal Penal; y ZPO para el *Zivilprozessordnung*, la Ordenanza Procesal Civil, entre los más conocidos.

Los artículos se denominan párrafos, y se escriben anteponiendo el símbolo “§” al número correspondiente. Cada artículo puede tener varios incisos o *Absätze* –en singular, *Absatz*–, que se abrevia Abs., aunque es usual no poner la abreviatura en escritos dirigidos a juristas, y escribir el número del inciso no en números arábigos, sino en números romanos.

De esta manera, la cita de la Constitución o de los códigos es la siguiente:

- § 5 GG.
- § 155 Abs. 3 StGB [o § 155 III StGB].
- § 1004 BGB.

Si se trata de leyes corrientes, las citas se realizan de acuerdo a los siguientes ejemplos:

- § 5 BtMG.
- AbfG, 28-8-1986 (BGBl. I, 1410).
- § 18 II GeschIKrG (BGBl. I, 700).

Allí se alude, en primer lugar, al art. 5º de la *Betäubungsmittelgesetz*, o Ley especial sobre tráfico de estupefacientes; luego a la *Gesetz über die Vermeidung und Entsorgung von Abfällen (Abfallgesetz)*, o Ley sobre evitación y desactivación de residuos, con cita de la fecha de aprobación y del lugar de publicación; y, en último

5 Puede consultárselo en www.bundesgesetzblatt.de (fecha de consulta: 16-1-2015).

lugar, al art. 18, inc. 2, de la *Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten*, o Ley para la lucha contra enfermedades sexuales.

b. España

En el Reino de España las leyes se citan poniendo la expresión ley con mayúsculas, el número de la misma, que comienza cada año nuevamente, una barra y el año de sanción, con sus cuatro números completos. Luego de esto, y de una coma, algunos agregan la fecha de la sanción.

Es usual que, tras una coma siguiendo el año, o la fecha exacta, se ponga el nombre de la ley, comenzando en mayúsculas y siguiendo las otras palabras en minúsculas. Esto sufre excepción en casos como Sociedades Anónimas, o similares, donde el sintagma funciona siempre unido, con mayúsculas. Siguen algunos ejemplos al respecto:

Ley 2/1995, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

LEY 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

En casos como la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, o la Ley de Enjuiciamiento Civil, etc., es frecuente que, tras la primera referencia, se las resume por su sigla, LSRL o LEC, normalmente sin puntos, sea al referir un artículo, o simplemente al tener que aludir a la ley completa. De esta manera, en España existe una verdadera multitud de siglas para referirse a leyes y estatutos.

Luego del número del artículo no se suele poner “del” código o “de la” ley, sino directamente la abreviatura de la ley o cuerpo normativo correspondiente. Por tanto, algunos ejemplos de este modo de citar son los siguientes:

Art. 3° LSRL.

Así lo señala, claramente, la LSRL.

Ver el art. 45 del CC.

Art. 301 LEC.

En ocasiones se hace necesario referenciar el *Boletín Oficial del Estado*, que se cita poniendo su abreviatura, el número de edición, la fecha completa y la página y sección⁶:

L.O. 5/1995, del Tribunal del Jurado, BOE núm. 122, del 23 de mayo de 1995, 15001-21.

La editorial Aranzadi cuenta también con un completo *Repertorio Cronológico de Legislación*.

En caso de leyes o normas de las Comunidades Autónomas, hay que aclarar dicha circunstancia:

⁶ Se lo localiza en www.boe.es (acceso el 29-9-2014). En www.todalaley.com se encuentran los links a los *Boletines Oficiales* de todas las Comunidades Autónomas (acceso el 30-9-2014).

Orde do 7 de xullo de 2004 pola que se crea a Comisión de Coordinación de Calidade da Consellería de Sanidade e do Servizo Galego de Saúde, *Diario Oficial de Galicia* n° 138, 19 de xullo de 2004.

Los decretos y resoluciones se citan así:

Real Decreto 775/2011, de 3 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales.

Resolución de la Dirección General de Registro y Notariado 51/2007, de 13 de abril.

Aunque no es tan frecuente, algunos abrevian las leyes con la letra “L”. Sí es usual abreviar las leyes orgánicas como L.O. Los códigos suelen abreviarse con una C –así, se alude al CC, al CP, etc.; otros, menos numerosos, escriben Cc, Cp, etc. Los decretos se abrevian RD. Las resoluciones no suelen abreviarse.

En relación a cómo citar artículos concretos, suele abreviarse la palabra, poniendo “art.” y el número de que se trate. Si el artículo contiene incisos o apartados, se los cita como “art. 10.1” o “10.a)”, dependiendo de cómo estén divididos los puntos de cada disposición en la propia ley, sin usar la abreviatura “inc.”, que es corriente en América Latina. Si se precisa hacer referencia a un párrafo o subdivisión de un artículo que no posea división formal, se suelen utilizar los números romanos. Así, en el ejemplo “art. 10.II”, el número romano significaría el segundo párrafo del art. 10.

c. Francia

En Francia se alude a las normas antiguas por la fecha, y a las modernas por el año y número correlativo, con un nombre para cada ley o decreto que describe su contenido, del siguiente modo:

Ver el art. 29 de la Loi sur la presse du 29 juillet 1881.

Loi n° 07-224 du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l’outre-mer.

Loi n° 98-0075 du 28 octobre 1998, relative à l’attribution d’un nom patronymique aux enfants abandonnés ou de filiation inconnue.

Ver la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, que prohibe coleccionar informaciones por medios fraudulentos.

Cfr. Décret n°55-1397 du 22 octobre 1955 instituant la carte nationale d’identité.

Aunque no es necesario, también se puede referir la publicación en el *Journal Officiel* de la República⁷, del siguiente modo:

7 Ver www.journal-officiel.gouv.fr/ (fecha de consulta: 21-4-2015).

Loi n° 2008-643 du 1er juillet 2008 relative à l'organisation des transports scolaires en Île-de-France, *JORF* n° 0153 du 2 juillet 2008, page 10610.

Las referencias y abreviaturas relativas a códigos, artículos, etc., se hace de igual modo que en castellano⁸.

d. Inglaterra

En el Reino Unido las normas se citan por su nombre y año, escritos del siguiente modo⁹:

Children Act 1995.

Human Rights Act 1998.

Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001.

Si se debe citar una parte concreta de la ley, se hace referencia a la *section*, la *subsection* y el *paragraph*, que se aluden directamente. De esta manera, se habla de la “s. 15(1)(b)” y no del “parágrafo (b) de la subsección (1) de la sección 15”, como puede verse en estos ejemplos:

Ver la s. 25(8) de la *Judicature Act* 1873.

Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act 1925 s. 45(1).

Cfr. Human Rights Act 1998 s. 15(1)(b).

e. Italia

En Italia la cita completa de las leyes se hace por su número, fecha, publicación en la *Gazzetta Ufficiale della Repubblica*¹⁰, más el tema de que se trata:

Ver la Legge n. 288 del 19 Novembre 2004, G.U. n. 283 del 2 Dicembre 2004, Norme in materia di regolarizzazione delle iscrizioni ai corsi di diploma universitario e di laurea per l'anno accademico 2000 – 2001.

Al igual que en el caso de Francia, las referencias y abreviaturas relativas a códigos, artículos, etc., se hacen de la misma manera que se hace en castellano con relación al Derecho de los países iberoamericanos.

⁸ Para la legislación y normativa francesa, ver también el sitio oficial www.legifrance.gouv.fr (acceso el 25-4-2015).

⁹ Las leyes y otras normas del Parlamento británico pueden localizarse en el sitio www.opsi.gov.uk/legislation/uk (fecha de acceso: 5-4-2015).

¹⁰ Ver www.gazzettaufficiale.it (acceso el 7-4-2015).

4. La cita de legislación en Estados Unidos

a. Leyes federales

En Estados Unidos hasta 1957 se refería las leyes por la correspondiente sesión del Congreso, de las dos a cuatro que se tienen por año, y se ponía un número de *chapter* para indicar el número correlativo de ley aprobada, siendo cada ley un nuevo *chapter*. Este sistema se puede seguir usando.

Desde 1957, todas las leyes federales se dividen en *Public Laws* y *Private Laws*. Las primeras tienen interés general, las segundas no. Desde ese año se las designa como “Pub.L. 111-5”, etc., significando en ese caso que se trata del 111° Congreso, y que es la ley número 5 que se aprueba en ese período de sesiones.

A veces las leyes estadounidenses son conocidas por un nombre popular, como la “Freedom of Information Act”, de 1966, y en ocasiones se abrevia su nombre, como ocurre en este mismo caso, siendo conocida como FOIA.

Las leyes son publicadas en el *United States Statutes at Large*, que se edita desde hace más de 200 años y que se abrevia *Stat.*:

Ver la *National Banking Act* de 1863, Sess. 3, ch. 58, 12 *Stat.* 665.

Ver la *American Recovery and Reinvestment Act* de 2009 (ARRA), Pub.L 111-5, 123 *Stat.* 115.

Se trata, por tanto, en el primer ejemplo, de una ley aprobada en la tercera sesión del 37° Congreso, acontecido en 1863, siendo la ley número 58 que se aprobó en ese año, y que está publicada en el tomo 12, página 665, de los *Statutes at Large*. En el segundo ejemplo, la famosa ARRA fue aprobada en quinto lugar en el 111° Congreso, el del período 2009-2010, y está publicada a partir de la página 115 del tomo 123 de los *Statutes*.

En virtud de contener las leyes más importantes y de ofrecerlas de modo ordenado e inteligible, suelen citarse por el *United States Code*, USC, que en cincuenta y tres grandes apartados o “títulos” ordena desde 1926 cada seis años toda la normativa nacional de carácter general y permanente dictada por el Congreso que sea vigente, con sus enmiendas y reformas¹¹. Todas las leyes generales y permanentes o cada reforma de las mismas van a parar a ubicarse en alguno de esos cincuenta y tres títulos, según la materia, y a sus secciones se les otorga una numeración dentro de ellos. Dicho orden lo realiza la Office of the Law Revision Counsel de la U.S. House of Representatives. Por ejemplo, el título 18 está dedicado a “Crimes and Criminal Procedure”, y allí se encuentran todos los delitos federales y toda norma procesal relativa a los mismos. La última edición del USC es de 2012, y va recibiendo actualizaciones parciales cada año.

11 El USC es accesible en una sección de la página *web* de dicha House of Representatives, www.uscode.house.gov/ (acceso: 23-1-2015). Allí se contiene, además de la edición de 2012, las de 2006, 2000 y 1994. Son muy populares también los accesos que provee el Legal Information Institute de la University of Cornell Law School, www.law.cornell.edu/uscode (acceso: 23-1-2015), y el que ofrece el sitio FindLaw.com, codes.lp.findlaw.com/uscode, con motor de búsqueda en www.findlaw.com/casecode/uscodes (acceso: 23-1-2015).

La editorial West Publishing Co. edita el *United States Code Annotated*, USCA, que compila numerosa jurisprudencia alrededor de las normas de dichos anales de legislación, y LexisNexis hace lo propio con el *United States Code Service*, USCS.

Al citar las leyes de acuerdo al USC se suele poner primero el nombre de la ley, luego la referencia al título, la abreviatura del Código, y luego el signo de parágrafo y un número, que hace referencia a las *sections*.

Por la técnica de legislación en Estados Unidos, cada *section* suele ser desde un artículo de diez renglones, a un título completo de una ley o una ley completa de varias páginas, contando con muchos apartados y subapartados. La famosa *Privacy Act* de 1974, que establece un código de prácticas de información justas para recolectar, mantener, usar y diseminar información personal sobre individuos que es conservada en archivos de agencias federales, por ejemplo, que tiene varias páginas, ocupa la sección 552a del título 5 del USC, dedicado a la organización gubernamental y el rol de los funcionarios públicos del gobierno federal. Es frecuente hacer referencia a una *subsection*, que se numera con letras en minúsculas y entre paréntesis, y números entre paréntesis. De esta manera, serían ejemplos de lo dicho:

Ver la *Privacy Act* de 1974, 5 USC § 552a.

Cfr. la *Privacy Act* de 1974, 5 USC § 552a, Pub.L. No. 93-579.

Ver la *Privacy Act* de 1974, Pub.L. 93-579, 88 Stat. 1895.

La protección de la propiedad intelectual comprende las obras literarias, como queda claro en la *Copyright Law* en su subsección 17 USC § 102(a)(1).

b. Regulaciones administrativas

Las normas propuestas o adoptadas recientemente por departamentos del Poder Ejecutivo y por agencias federales se encuentran en el *Federal Register*, FR, que es el Boletín Oficial del gobierno federal. La normativa general y permanente emanada por esas instituciones y publicadas en el FR se encuentra codificada en el *Code of Federal Regulations*, abreviado CFR. Se divide en cincuenta títulos y se actualiza año a año¹².

c. Legislación estadual

Para citar la legislación estadual se sigue el sistema de cada Estado, que suelen contar con sus propios anales de legislación. Vayan algunos ejemplos:

¹² El sistema de información en línea de la normativa gubernamental se encuentra en Government Printing Office – Federal Digital System, en www.gpo.gov/fdsys/ (fecha de acceso: 6-1-2015), y en el *Electronic Code of Federal Regulations (e-CFR)*, localizado en www.ecfr.gpoaccess.gov/cgi/t/text/text-idx?c=ecfr&tpl=/index.tpl (acceso: 6-1-2015). El Sistema Federal Digital del Government Printing Office actualiza periódicamente el CFR y el FR, y contiene, asimismo, muchos otros archivos legislativos, como los Congressional Hearings, los Congressional Records, el USC y varios otros.

Ill.Rev.Stat. ch. 3, para. 4.
Mass.Gen.L. ch. 3, § 4.

Estos Estados usan *chapters* para designar lo que en el nivel federal son los *titles*. Las *sections* son aludidas con los signos de párrafos o con la abreviatura de dicha palabra. Algunos Estados, como New York o California, usan nombres para las leyes, en lugar de números de títulos o capítulos de los anales estatales:

Cal. Penal Code § 102.
N.Y. Educ. Law § 23.

5. El Digesto Jurídico Argentino

a. Propósito y sistema general

Las leyes dictadas por el Congreso de la Nación Argentina se han citado por décadas de acuerdo a su número, que es correlativo desde el dictado de la Constitución. Suele agregarse el año en que se las dictó, sin usar barra, sino de manera separada. En algunos casos se alude, además, a la fecha de su sanción, a los datos de su publicación en el *Boletín Oficial*, o, en su caso, en digestos privados de legislación¹³.

El 21 de mayo de 2014 el Senado sancionó la Ley del Digesto Jurídico Argentino, que el 16 de junio de ese año fue publicada como Ley 26.939 en el *Boletín Oficial*.

Digesto es toda compilación ordenada de materias jurídicas, que toma su nombre de una de las cuatro partes del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, del 533 d.C., donde se recopilaron las “sentencias” o citas de los mejores jurisconsultos romanos. En esta línea, esta ley, producto de una Comisión que trabajó durante varios años, tiene por objeto un reordenamiento y clarificación de la vigencia de todo el sistema de legislación nacional y decretos de necesidad y urgencia. En efecto, se trató de listar todas las leyes vigentes, todas las normas aprobadas por organismos supraestatales o intergubernamentales de integración, y asimismo enumerar la legislación derogada, entre las cuales se incluye aclarar qué normas fueron implícitamente dejadas sin efecto por disposiciones posteriores.

Se consideraron vigentes poco más de 3.300 leyes, y derogadas más de 28.000 cuerpos normativos. Esto ha dado como resultado una obra monumental, que incluye un anexo de tres discos compactos, con el texto de todas las normas consideradas vigentes. Por otra parte, la ley dispuso un período de tiempo para recibir sugerencias, luego del cual se publicaría el Digesto definitivo.

Se ha tratado, por tanto, de un encomiable intento de acercar las normas a los

13 De modo paralelo al *Boletín Oficial*, el Ministerio de Economía cuenta con un sitio *web* con una base de datos de normas muy desarrollada, www.infoleg.gov.ar (acceso el 2-2-2015). En dicho lugar se puede encontrar casi cualquier cuerpo normativo o disposición. Las normas se mantienen en un texto actualizado y ordenado. De manera muy útil, cada disposición remite también a cualquier otra que la haya modificado, y toda norma trae los *links* a las disposiciones que a su vez modifica.

ciudadanos, y de facilitar su tarea a los operadores jurídicos profesionales, como se había realizado antes en algunos Digestos provinciales.

Desde luego, además, en principio será de gran utilidad para consultar qué norma está vigente y qué norma ha sido derogada.

La Ley del Digesto, por otra parte, fue más allá de ese propósito original, y elaboró todo un nuevo sistema de nomenclatura y referencia de las leyes. Dispuso, en este sentido, que las leyes no se refieran más por números correlativos, desde la ley 1 a la actual 27.000, que es el sistema de citación seguido desde la organización nacional. El Digesto las clasifica ahora en treinta y un ramas, que denomina con código o categorías, a las que se irán incorporando también las nuevas leyes.

El Digesto, asimismo, reenumeró internamente los artículos de los Códigos vigentes, quitando los huecos de los artículos derogados y expandiendo los números de los artículos que poseen “bis”, “ter”, etc.

b. Diez dificultades del nuevo Digesto

Por diversas razones, que se procuran esquematizar en lo que sigue, es posible que el Digesto quizá venga a conspirar contra la idea de claridad y facilidad de uso que lo inspiró:

1. *¿Un listado de normas constitutivo o declarativo?* Así como el Anexo que contiene es inmenso, el texto mismo de la Ley del Digesto es muy escueto, y produce diversas dificultades interpretativas, dejando amplio espacio para el debate. La norma meramente “declara” que existen normas vigentes, normas derogadas explícitamente y normas implícitamente derogadas, pero no establece dicha vigencia o derogación, que le vienen por su fuerza originaria. Es decir, la ley no establece ahora que una norma está derogada, sino que declara que desde determinado momento, por su contradicción con alguna norma posterior, tal ley, o determinado artículo o inciso, ha quedado implícitamente sin vigor. Esto implica que se pueda discutir, por parte de escritos científicos de los autores, o en escritos administrativos o presentaciones judiciales, que en realidad una norma sí está vigente, dando argumentos que apoyen que la comprensión que la ley tuvo al “declarar” que una disposición está implícitamente derogada, fue errónea. De la misma manera, sobre una norma que el Digesto considera vigente, puede, con sólidas razones, mantenerse que se encuentra derogada. El motivo último que funda todo esto es que, así como se demostró fútil e irrealista la pretensión racionalista de los codificadores franceses de 1804, seguidos por la Escuela de la Exégesis, de “encerrar toda la realidad en algunos pocos miles de artículos del Código Civil”, doscientos años después la complejidad de la realidad jurídica no puede ahora tampoco ser totalmente clarificada y desentrañada.
2. *Un modo nuevo de denominar las leyes.* El Digesto ha cambiado drásticamente el modo de denominar las leyes nacionales. En una solución que excede el mero reordenamiento y clarificación de la legislación vigente, el Digesto ha dispuesto que las leyes no se refieran más por números correla-

tivos, del 1 al actual 26.000 y tantos, que es el sistema de citación de leyes que hemos seguido desde la organización nacional (ley 1, 2..., las famosas leyes 48, 2.393, 17.711, 20.744...). Ahora el Digesto clasifica las leyes por código o categorías, referidos a materias o áreas del Derecho, a los cuales se irán también incorporando las nuevas normas que vayan surgiendo. Este sistema de nueva nomenclatura complica enormemente, aún para el experto, la utilización de las normas que se conocían desde hace años, décadas o siglos.

3. *Falta de coherencia para determinar las categorías.* Las denominaciones de las categorías no siempre siguen una lógica precisa. Así, Administrativo es ADM, pero Educación AED, Laboral P y Procesal Penal obtuvo una V. En virtud de su aplicación, la Ley de procedimiento tributario, la conocida ley 11.683, es la Ley L-0171, donde L es la materia tributaria y 0171 el número de norma que obtuvo dentro de esa materia, entre las que se consideraron vigentes.
4. *¿Qué define de qué materia es una ley?* Dentro del sistema de clasificación de normas y numeración dentro de tal clasificación, cabe preguntarse qué hace que una norma sea de tal rama o de tal otra. Así, por ejemplo, ¿qué es materia administrativa y qué es comercial? ¿Dónde debe ser incluida la Ley de defensa de la competencia? La 25.561, de enero de 2002, sobre Emergencia pública y reforma del régimen cambiario, fue clasificada en el Digesto en el apartado de “Leyes Civiles”. Es extraño, y quizá imposible, querer clasificar las leyes como materias de la Facultad, y esto producirá que habrá que bucear en los Anexos hasta dar con una norma.
5. *Errores de ubicación y vigencia.* El Digesto contiene diversos errores sobre ubicación y aún sobre vigencia de normas. Por ejemplo, la Ley de Mercado de Capitales figura tanto en Leyes Comerciales como en Leyes Administrativas, pero en un caso se trata de la ley anterior, y en otro, de la que fue dictada en los últimos años.
6. *No contiene los decretos reglamentarios.* Multitud de leyes del Congreso de la Nación naturalmente se integran luego con decretos del Poder Ejecutivo, que concretizan o determinan diversos puntos donde la ley no puede ser más específica. Esto ocurre, entre otros motivos, cuando la materia sobre la que versa va cambiando, o donde se necesita un conocimiento técnico sofisticado para la puntualización de lo que la ley determina en general. Una ley que posee un decreto reglamentario no está completa para su aplicación si se omite leer dicho decreto. Para una visión normativa completa se suponía que la Ley del Digesto debía incluir un listado exhaustivo de los decretos reglamentarios vigentes; sin embargo, lo ha omitido.
7. *No contiene los reglamentos delegados.* Ciertas leyes nacionales “delegan” en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en determinada materia, algo que está autorizado por la Constitución Nacional. Así, los decretos que se dictan en virtud de tal delegación regulan integralmente determinada materia. Dichos reglamentos delegados no están incluidos en el Digesto. De esta manera, por ejemplo, el Decreto 1.023/2001, que reglamenta toda la materia de las contrataciones del Estado, no se encuentra en el Digesto ahora aprobado.

8. *Problemática reenumeración de los artículos de los códigos.* El Digesto ha numerado nuevamente los artículos de los Códigos vigentes, en una decisión que ha generado sorpresa. En efecto, la ley ha dispuesto que se quiten los huecos de los artículos derogados y se expandan los números de los artículos que poseen “bis”, “ter”, “quater”, etc., generando la reenumeración total del articulado. Normas famosas, que se podían referir de memoria, ya no estarán en su lugar. Y así ocurre con millares de artículos analizados en detalle durante siglo y medio por cientos de miles de sentencias, artículos y libros. ¿Todo esto tiene sentido? ¿Aporta claridad y facilidad de uso del sistema legal argentino, o confunde, complica, retrasa, desperdicia o inutiliza un monumental acervo jurisprudencial y doctrinal labrado con esmero durante décadas? Estas dificultades no se salvan siquiera con una buena tabla de concordancias con el sistema que se ha usado desde el dictado de la Constitución en 1853. Naturalmente, las cosas no son buenas porque siempre se hayan hecho de un modo, y no debe existir un temor al cambio, por inmovilismo. Pero es algo muy distinto cambiar algo sin necesidad, y sin mayor razón que la de tener un sistema sin huecos y sin reiteraciones, dando por tierra con mucho de lo escrito, trabajado y estudiado.
9. *¿Un sistema de citación de normas obligatorio o facultativo?* Del texto de la Ley no se desprende con claridad si este sistema de referencia normativa es obligatorio, al menos para toda disposición emanada de los poderes federales, sea una ley, un decreto, un acto administrativo, una sentencia judicial. Esto implicaría que, por extensión, finalmente sería utilizado por las publicaciones doctrinarias. Queda espacio para entender que es un sistema opcional, que convivirá con el modo de denominar a las normas y de numerar internamente sus artículos que ha venido rigiendo en el país durante ciento sesenta años. Así ocurre en los Estados Unidos, donde, como se vio, hay varios sistemas de denominar una ley: hasta 1957 rigió un sistema de numeración y denominación de normas donde cada ley era un nuevo “capítulo” dentro de las sesiones del Congreso, y desde entonces convive el sistema anterior con el actual, donde se pone el año de funcionamiento del Congreso desde que fue establecido, y el número de ley aprobado en dicho año; asimismo, se las cita por su publicación en el *United States Statutes*, editado de modo correlativo desde hace más de doscientos años; y también hay normas que se hacen célebres por su nombre y no por su numeración. En ese país para ordenar la legislación realizan un digesto desde 1926, el *United States Code*, que ordena las normas en grandes apartados o títulos, pero no pretende sustituir los otros sistemas.
10. *Dudas sobre su aplicabilidad real.* ¿Cómo se escribirán de ahora en más los tratados, manuales, libros y artículos? ¿Calará en el lenguaje de los juristas? Es difícil que una ley ordene el lenguaje; en este caso, aún una ley sobre el lenguaje jurídico es improbable que vaya a cambiar radicalmente el modo de referirse al sistema jurídico que ha regido al país en un lapso muy extenso. Es posible que, dado que una ley no puede obligar a escribir de determinado modo, los hombres de Derecho sigan citando como se ha hecho siempre en el país, o a lo sumo algunos más eruditos, o prolijos, lo hagan por los dos siste-

mas. De ser así, la norma caería en *desuetudo*, en desuso, siendo con los años una curiosidad más que arrojará el sistema jurídico nacional.

Como se ha visto, en varios puntos el Digesto ha ido más lejos que listar la legislación vigente y aun que la agrupación de las leyes en áreas de afinidad, siguiendo con su numeración histórica. Esto, multiplicado por millares de normas aplicadas a lo largo de décadas, produce una dificultad adicional para la utilización del acervo jurídico legal, jurisprudencial y doctrinal del país, conspirando así contra el noble propósito clarificador original, aun cuando se cuente con una buena tabla de concordancias con el sistema clásico. De esta manera, el Congreso quiso simplificar, pero posiblemente ha complicado hasta lo indecible el manejo del sistema jurídico nacional.

El tiempo dará su veredicto y, si el nuevo sistema se termina aplicando, es posible que conviva –más que sustituya– con el modo de denominar a las normas y de numerar internamente sus artículos que ha venido rigiendo en Argentina durante todo su período constitucional.

**“PARADISO, CAMPANELLI”¹ Y UN CONTRATO INTERNACIONAL DE
MATERNIDAD SUBROGADA ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO
DE DERECHOS HUMANOS**
*“Paradiso, Campanelli” and a Cross-border Surrogacy arrangement in the
European Court of Human Rights*

Julieta Monteroni*

Introducción

El contrato de gestación por sustitución, también llamado alquiler de vientres o maternidad subrogada, es aquel en el que se acuerda con una mujer (la madre subrogante) que esta tendrá un hijo y luego se lo dará a quien encargó al niño. Dependiendo del caso, los gametos pueden ser de la madre subrogante, de los pretendidos padres, solo de uno de ellos o de ninguno, es decir, de terceras personas.

En algunos países estos contratos están prohibidos, mientras que en otros están permitidos y, en otros, no regulados. En este marco de dispersión normativa se ha generado un fenómeno llamado “turismo reproductivo”, que consiste en que quien pretende obtener un niño por subrogación, viaje de su Estado de residencia a otro – en donde la regulación sea más permisiva– con el solo objeto de celebrar un contrato de gestación por sustitución y anotar al niño como propio.

Como consecuencia, no solo existen complicaciones para los pretendidos padres a la hora de querer volver al Estado donde buscan que se reconozca a ese hijo como propio, sino que, una vez en el Estado receptor, basándose en el orden público, puede que este no reconozca el certificado de nacimiento en donde el niño es inscripto como hijo de ellos. En este escenario es donde se sitúa la sentencia en comentario.

El caso

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en “Paradiso et Campanelli v. Italie”, sentencia del 27 de enero de 2015, decidió sobre un caso de maternidad subro-

¹ “Paradiso and Campanelli v. Italie”, no. 25358/12, ECHR, 27 de enero de 2015.

* Abogada de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Correo electrónico: juli_monteroni@hotmail.com

gada. Paradiso y Campanelli son un matrimonio italiano que realizó un contrato de gestación por sustitución en Rusia, ya que esta práctica se encuentra prohibida en su país.

A través de este contrato, la madre subrogante accedió a entregar al matrimonio italiano el niño que naciera fruto de la fertilización *in vitro*. En febrero de 2011 nace el niño y es inscripto como hijo del matrimonio sin hacer referencia alguna al contrato de gestación por sustitución. El consulado italiano en Moscú entrega la documentación necesaria para que el niño pueda viajar a Italia. Una vez allí, solicitan la inscripción del certificado de nacimiento, pero el consulado informa al Tribunal de Menores de Campobasso, al Ministerio de Asuntos Exteriores y a las autoridades de Colletorto que el certificado contenía información falsa.

En mayo de 2011 el matrimonio es acusado de alteración de estado civil y de incumplir la legislación italiana e internacional sobre adopción. Según la legislación italiana, el niño se encontraría en estado de abandono, por lo que la fiscalía del Tribunal de Menores de Campobasso solicita la apertura de un procedimiento de adopción. Al realizarse un examen de ADN se descubre que ninguno de los pretendidos padres tiene un lazo biológico con el niño, por lo que no se conoce la identidad del menor. El niño es puesto bajo tutela y es entregado a padres adoptivos en enero de 2013.

En abril de 2013 se confirma la negativa de inscribir el certificado ruso por contrariar el orden público, por la inexactitud de la información que contiene y por la falta de lazo genético con los pretendidos padres. Es así como estos apelan y llevan el caso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Opinión mayoritaria

El Tribunal sostiene que ha existido una violación al art. 8° del Convenio Europeo de Derechos Humanos por parte de las autoridades italianas –una violación al derecho al respeto por la vida privada y familiar– al no dejarles registrar el certificado ruso y al haber quitado al niño de su cuidado.

El art. 8° del CEDH estipula:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Según el citado artículo, cuando existe una injerencia por parte de la autoridad pública, el Tribunal debe medir si afecta el derecho al respeto de la vida privada y familiar llevando a cabo el siguiente análisis:

- Preguntarse si esta injerencia está prevista en la ley,
- Si persigue un fin legítimo, y
- Si es necesaria en una sociedad democrática para lograr el fin que persigue.

Esto es lo que hace el Tribunal en el presente caso. Al analizar el primer punto, concluye que la medida tomada por las autoridades italianas estaba prevista en la ley. Para fundamentarlo dice que, según el art. 5° de la Convención de la Haya de 1961, la apostilla no certifica la veracidad del contenido del certificado; esta limitación de efectos jurídicos tiene como finalidad preservar el derecho de los Estados signatarios de aplicar sus propias reglas en materia de conflicto de leyes. En el caso, teniendo en cuenta que no se conoce quiénes fueron los donantes de gametos y la nacionalidad del niño no está establecida, las autoridades italianas decidieron aplicar el derecho italiano en materia de filiación. La mayoría concluye que la aplicación del derecho italiano, que lleva a considerar que el niño se encuentra en estado de abandono, no sería arbitraria y las medidas tomadas se apoyarían en las disposiciones del derecho interno (§72).

En cuanto al fin legítimo perseguido, la Corte sostiene que no cabe duda de que las medidas tomadas tienden a la “defensa del orden” y también buscan proteger los “derechos y libertades del niño” (§73).

Finalmente, al analizar la necesidad de la injerencia por parte de las autoridades nacionales, llega a la conclusión de que, teniendo en cuenta los intereses en juego, la medida no es proporcional al fin. Esgrimiendo el argumento del interés superior del niño, la mayoría opina que en el caso no se dan las condiciones necesarias para justificar la remoción del menor de su familia de facto, medida que solo debería ser admitida en situaciones extremas. A estos argumentos agregan que, con motivo de no haberse admitido la registración, el niño permaneció sin identidad hasta abril de 2013.

El Tribunal señala que la violación al art. 8° del CEDH se debe a la remoción del niño del cuidado de los pretendidos padres, pero no hace referencia a la maternidad subrogada sino que aclara que esta violación podría darse también en otros casos, como podría ser en un no reconocimiento de adopción (ej., “Wagner”). El tribunal falla a favor del matrimonio Paradiso-Campanelli y condena al Estado Italiano, pero concluye diciendo que ello “no debe ser entendido como una obligación del Estado de devolver el menor a los requirentes” (§88).

Esto resulta llamativo en dos sentidos: si se viera violado el derecho consagrado en el art. 8° del CEDH, debería pedirse la restitución del niño, caso contrario debería entenderse que no se ha violado el derecho del matrimonio a su vida familiar; además, si bien en esta decisión no se hace referencia a la maternidad subrogada, la Corte con su sentencia está allanando el camino para que, en casos futuros, los Estados deban aceptar los efectos de la gestación por sustitución sin miramientos sobre el origen ilegal o no de la práctica.

Opinión disidente

Dos de los siete jueces del Tribunal sostuvieron que en el caso no se veía violado el art. 8º del CEDH, puesto que la injerencia de las autoridades italianas “estaba prevista por la ley, perseguía un fin legítimo y era necesaria en una sociedad democrática” (§5).

En lo que respecta a que la injerencia está prevista por la ley y que persigue un fin legítimo, remite a la opinión de la mayoría. Pero en cuanto a la necesidad de las medidas tomadas por las autoridades italianas sostiene que, si bien no es necesario un lazo genético para que exista una vida familiar de facto, el Tribunal debe considerar la ilegalidad existente en el origen de esa vida familiar. Teniendo en cuenta esta circunstancia, las medidas tomadas no serían desproporcionadas.

Tópicos jurídicos que se tratan en el fallo

Principio de subsidiariedad y doctrina de la “cuarta instancia”

La disidencia, al fundamentar su voto, dice que el Tribunal solo debe decidir si los jueces nacionales actuaron de forma arbitraria o no; caso contrario, se estarían pasando por alto tanto el principio de subsidiariedad como la doctrina de la “cuarta instancia” (§13).

A diferencia de la opinión mayoritaria, la minoría sostiene que los tribunales inferiores lograron un equilibrio entre los intereses públicos y los privados en juego. No encuentra razones para considerar como arbitraria la posición de los jueces nacionales y agrega que las autoridades italianas actuaron de acuerdo a la ley, en defensa del orden público y con el fin de proteger los derechos del niño.

El principio de subsidiariedad, en el contexto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hace referencia a que recae sobre los tribunales nacionales la tarea de asegurar y hacer cumplir los derechos consagrados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y solo cuando estos no cumplan con su deber, el Tribunal podrá intervenir².

Los tribunales nacionales tienen un margen de apreciación para ponderar los intereses en conflicto siguiendo el ordenamiento jurídico. Además, les corresponde determinar los hechos e interpretar el derecho en el caso concreto y sus “declaraciones y conclusiones en estos ámbitos vinculan al Tribunal. [...] [E]l Tribunal puede y debe asegurar que el proceso de decisión, que ha dado lugar al acto denunciado por el demandante, haya sido equitativo y carente de arbitrariedad”³.

Es decir que, contrariamente a lo que se desprende del voto de la mayoría, el Tribunal debería limitarse a establecer si las decisiones de los tribunales nacio-

2 ECHR (2014). “Practical Guide on Admissibility Criteria”, 82. Recuperado de http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_ENG.pdf.

3 TEDH (2010). “Guía Práctica sobre la Inadmisibilidad”, traducción del Ministerio de Justicia del Gobierno de España, Consejo de Europa, 74. Recuperado de http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_SPA.pdf.

nales han sido arbitrarias o no, ya que según la doctrina de la “cuarta instancia”⁴ el Tribunal no funciona como una instancia nacional suprema. “No es un tribunal de apelación, de casación o de revisión respecto a las jurisdicciones de los Estados parte del Convenio [...] [E]n ausencia de poderes de intervención directa sobre los ordenamientos jurídicos de los Estados contratantes, el Tribunal debe respetar la autonomía de estos ordenamientos jurídicos”⁵.

Debemos recordar que, en el caso en comentario, las autoridades italianas –para decidir de la forma que lo hicieron y tomar las medidas que consideraron necesarias– tuvieron en cuenta la especial circunstancia de ilegalidad en la que se había forjado la vida familiar. Por lo tanto, no se daría el caso excepcional por el cual el Tribunal puede desconocer las conclusiones de los tribunales nacionales, es decir, cuando estas sean “manifiestamente arbitrarias, contrarias a la justicia y al sentido común, constituyendo por sí mismas una violación del Convenio”⁶.

Interés superior, identidad y registración del niño

El principio del interés superior del niño es tomado como fundamento tanto por la mayoría como por la disidencia para decidir de la forma que lo hicieron.

Es importante tener en cuenta que el principio del Interés Superior del Niño (principio consagrado en el art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño)⁷ es necesario para interpretar y aplicar la ley, aunque no puede ser utilizado para contrariar lo expresamente previsto en la misma. En un fallo del Tribunal Supremo de España sobre maternidad subrogada⁸, se utilizó este argumento para denegar la inscripción de la filiación de dos niños gestados en California a través de un contrato de alquiler de vientre. En ese caso, la mayoría no admite el argumento del interés superior del niño como medio para conseguir resultados contrarios a la ley. El Tribunal sostuvo que los recurrentes se desplazaron únicamente para concretar el contrato de gestación por sustitución porque tal actuación se encontraba prohibida en España (art. 10, LTRHA).

Al decir que no puede ser utilizado para contrariar la ley, se está teniendo en cuenta el derecho a la identidad del niño, “el conjunto de datos biológicos y de atributos y características que, en un plano de igualdad, posibilita distinguir, indubitavelmente, a una persona de todas las demás”⁹, ya que en estos casos hay que notar que el interés superior del niño se ve vulnerado desde que se lo priva de conocer su verdadera identidad y conocer quiénes son sus padres.

4 Término jurisprudencial utilizado por el TEDH, “Kemmache v. France” (no. 3), § 44, ECHR.

5 *Ibidem* nota 3, 72. *Ibidem* nota 2, 83.

6 *Ibidem* nota 3, 72-73. *Ibidem* nota 2, 83-84.

7 Art. 3º, inciso 1, CDN: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

8 Recurso 245/2012, Tribunal Supremo de España, sala de lo civil en pleno, 6 de febrero de 2014.

9 Ferrino, J. O. (2013, 28 de noviembre). “Hijos de primera e hijos de segunda”. En *El Derecho*, 2.

Relacionado con el interés superior y la identidad del menor, nos encontramos frente a la registración del niño. Uno de los fundamentos de la mayoría es que el menor no fue inscripto durante dos años. Por su parte, la minoría dice que este argumento no hace a la violación del art. 8° del Convenio, sino que podría resultar objeto de un posterior reclamo por parte del mismo niño.

Como bien queda estipulado en los arts. 7° y 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁰, la registración es un derecho del menor, pero se trata de un derecho complejo: “El niño es acreedor del reconocimiento a su personalidad jurídica. Pero ese reconocimiento es un reconocimiento calificado [...] El Estado no puede avalar manipulaciones de sus pretensos progenitores en relación a los derechos fundamentales [del niño] [...], debe ser respetuoso de todas las dimensiones de su existencia personal”¹¹. Es decir que el Estado no puede permitir que los pretensos padres manipulen ilegalmente datos relacionados con la identidad del niño. El respeto por los derechos fundamentales del menor implica que se respeten todas las dimensiones que hacen a su identidad y se eviten manipulaciones que lo conviertan en un objeto del tráfico mercantil.

Por lo tanto, por un lado, nos encontramos con el interés en registrar al niño –como bien lo señala el Tribunal–, pero a su vez, para satisfacer el interés superior del menor es menester resguardar su identidad y no permitir que se registren datos falsos en documentos públicos, violando la plena satisfacción de sus derechos.

Orden público

Finalmente, la disidencia concluye diciendo que la posición de la mayoría viene a negar la legitimidad de la elección de los Estados de no reconocerle efectos a la gestación por sustitución. Si es suficiente crear ilegítimamente un lazo con un menor en el extranjero para que las autoridades nacionales se vean obligadas a reconocer la existencia de una vida familiar, es evidente que la libertad de los Estados de no reconocerle efectos jurídicos a ese contrato –libertad que ha sido reconocida por el mismo Tribunal en fallos anteriores¹²– es reducida a la nada (§15).

10 Art. 7°, CDN: “1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”.

Art. 8°, CDN: “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

11 Basset, U. y Salaverri, M. (julio 2014). “**Maternidad subrogada en el extranjero: el derecho y la filiación de un niño**”. En *Revista de derecho de familia y de las personas*, Año 6, N° 6.

12 “Menesson v. France”, no. 65192/11, § 79, ECHR, 26 de junio de 2014. ECHR, “Labassee v. France”, no. 65941/11, § 58, ECHR, 2 de junio de 2014.

En este punto, cabe hacer una breve mención al orden público. Una decisión administrativa extranjera puede ser rechazada con fundamento en el orden público y el fraude a la ley; es probable que esta circunstancia se dé en caso de que la fuente de la posesión de estado sea ilícita o en caso de que se hieran principios esenciales del derecho del Estado (debido a la indisponibilidad del estado de las personas y al derecho a la identidad e identificación del recién nacido).

El Estado receptor puede denegar la inscripción de la filiación basándose en que el contrato de gestación por sustitución es nulo, y, por lo tanto, carece de efectos jurídicos (entre los que se encuentra la inscripción de la filiación en el Registro Civil). La filiación que se deriva de ese contrato sería contraria a la ley del país en donde se pretende inscribir e incompatible con su orden público. Para que se lleve a cabo el reconocimiento del título extranjero, debe realizarse un control no solo sobre la autenticidad de la certificación del registro extranjero, sino que no debe existir duda sobre la realidad del hecho inscripto y de su legalidad conforme a la ley¹³.

Podríamos decir que, en el caso en comentario, el Estado italiano contaba con la libertad de no reconocerle efectos jurídicos al contrato de gestación por sustitución celebrado en Rusia; por lo que, de forma contraria a lo resuelto por la mayoría, no sería desproporcionado denegar la inscripción de la filiación que se desprende del certificado de nacimiento ruso. En el caso no existía duda, sino que se tenía la certeza de que la información que contenía el certificado era falsa, amputaba el derecho a la identidad del niño y violaba la ley italiana.

Conclusión

Luego de analizar el caso “Paradiso y Campanelli”, podría concluirse que el Tribunal no tiene en cuenta la especial situación de ilegalidad que existe alrededor de este caso y que, como consecuencia de esta, se están violando los derechos del menor. Cabe preguntarnos cómo podrá resguardarse el derecho a la identidad de los menores y así velar por el interés superior de los niños que nacerán como consecuencia de estas prácticas. A su vez, permanece sin respuesta la cuestión sobre cuál sería la consecuencia para quienes eluden el régimen jurídico de manera ilegal, violando además los derechos del menor, y cuál es el papel del Estado frente a estas situaciones. Como dice la disidencia: pareciera que es suficiente crear ilegítimamente un lazo con un menor en el extranjero para que las autoridades nacionales se vean obligadas a reconocer la existencia de una vida familiar, lo que llevaría a que el poder de los Estados de reconocer o no efectos jurídicos a los contratos de gestación por sustitución quede disminuido a la nada.

¹³ *Ibidem* nota 8.

PARTE V

DOCUMENTOS

**VISITA A LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
DISCURSO DEL SANTO PADRE FRANCISCO**

Nueva York

Viernes 25 de septiembre de 2015

*Señor Presidente,
Señoras y Señores: Buenos días*

Una vez más, siguiendo una tradición de la que me siento honrado, el Secretario General de las Naciones Unidas ha invitado al Papa a dirigirse a esta honorable Asamblea de las Naciones. En nombre propio y en el de toda la comunidad católica, Señor Ban Ki-moon, quiero expresarle el más sincero y cordial agradecimiento. Agradezco también sus amables palabras. Saludo asimismo a los Jefes de Estado y de Gobierno aquí presentes, a los Embajadores, diplomáticos y funcionarios políticos y técnicos que los acompañan, al personal de las Naciones Unidas empeñado en esta 70ª Sesión de la Asamblea General, al personal de todos los programas y agencias de la familia de la ONU, y a todos los que de un modo u otro participan de esta reunión. Por medio de ustedes saludo también a los ciudadanos de todas las naciones representadas en este encuentro. Gracias por los esfuerzos de todos y de cada uno en bien de la humanidad.

Esta es la quinta vez que un Papa visita las Naciones Unidas. Lo hicieron mis predecesores, Pablo VI, en 1965; Juan Pablo II, en 1979 y 1995 y mi más reciente predecesor, hoy el Papa emérito Benedicto XVI, en 2008. Todos ellos no ahorraron expresiones de reconocimiento para la Organización, considerándola la respuesta jurídica y política adecuada al momento histórico, caracterizado por la superación tecnológica de las distancias y fronteras y, aparentemente, de cualquier límite natural a la afirmación del poder. Una respuesta imprescindible ya que el poder tecnológico, en manos de ideologías nacionalistas o falsamente universalistas, es capaz de producir tremendas atrocidades. No puedo menos que asociarme al aprecio de mis predecesores, reafirmando la importancia que la Iglesia Católica concede a esta institución y las esperanzas que pone en sus actividades.

La historia de la comunidad organizada de los Estados, representada por las Naciones Unidas, que festeja en estos días su 70º Aniversario, es una historia de importantes éxitos comunes, en un período de inusitada aceleración de los acontecimientos. Sin pre-

tensión de exhaustividad, se puede mencionar la codificación y el desarrollo del Derecho Internacional, la construcción de la normativa internacional de Derechos Humanos, el perfeccionamiento del Derecho Humanitario, la solución de muchos conflictos y operaciones de paz y reconciliación, y tantos otros logros en todos los campos de la proyección internacional del quehacer humano. Todas estas realizaciones son luces que contrastan la oscuridad del desorden causado por las ambiciones descontroladas y por los egoísmos colectivos. Es cierto que aún son muchos los graves problemas no resueltos, pero también es evidente que, si hubiera faltado toda esta actividad internacional, la humanidad podría no haber sobrevivido al uso descontrolado de sus propias potencialidades. Cada uno de estos progresos políticos, jurídicos y técnicos son un camino de concreción del ideal de la fraternidad humana y un medio para su mayor realización.

Rindo pues homenaje a todos los hombres y mujeres que han servido leal y sacrificadamente a toda la humanidad en estos setenta años. En particular, quiero recordar hoy a los que han dado su vida por la paz y la reconciliación de los pueblos, desde Dag Hammarskjöld hasta los muchísimos funcionarios de todos los niveles, fallecidos en las misiones humanitarias, de paz y reconciliación.

La experiencia de estos setenta años, más allá de todo lo conseguido, muestra que la reforma y la adaptación a los tiempos siempre son necesarias, progresando hacia el objetivo último de conceder a todos los países, sin excepción, una participación y una incidencia real y equitativa en las decisiones. Esta necesidad de una mayor equidad vale especialmente para los cuerpos con efectiva capacidad ejecutiva, como es el caso del Consejo de Seguridad, los organismos financieros y los grupos o mecanismos especialmente creados para afrontar las crisis económicas. Esto ayudará a limitar todo tipo de abuso o usura, sobre todo con los países en vías de desarrollo. Los organismos financieros internacionales han de velar por el desarrollo sostenible de los países y la no sumisión asfixiante de éstos a sistemas crediticios que, lejos de promover el progreso, someten a las poblaciones a mecanismos de mayor pobreza, exclusión y dependencia.

La labor de las Naciones Unidas, a partir de los postulados del Preámbulo y de los primeros artículos de su Carta Constitucional, puede ser vista como el desarrollo y la promoción de la soberanía del Derecho, sabiendo que la justicia es requisito indispensable para obtener el ideal de la fraternidad universal. En este contexto, cabe recordar que la limitación del poder es una idea implícita en el concepto de Derecho. Dar a cada uno lo suyo, siguiendo la definición clásica de justicia, significa que ningún individuo o grupo humano se puede considerar omnipotente, autorizado a pasar por encima de la dignidad y de los derechos de las otras personas singulares o de sus agrupaciones sociales. La distribución fáctica del poder (político, económico, de defensa, tecnológico, etc.) entre una pluralidad de sujetos y la creación de un sistema jurídico de regulación de las pretensiones e intereses, concreta la limitación del poder. El panorama mundial hoy nos presenta, sin embargo, muchos falsos derechos, y –a la vez– grandes sectores indefensos, víctimas más bien de un mal ejercicio del poder: el ambiente natural y el vasto mundo de mujeres y hombres excluidos. Dos sectores íntimamente unidos entre sí, que las relaciones políticas y económicas preponderantes han convertido en partes frágiles de la realidad. Por eso hay que afirmar con fuerza sus derechos, consolidando la protección del ambiente y acabando con la exclusión.

Ante todo, hay que afirmar que existe un verdadero “derecho del ambiente” por un doble motivo. Primero, porque los seres humanos somos parte del ambiente. Vivimos en comunión con él, porque el mismo ambiente comporta límites éticos que la acción humana debe reconocer y respetar. El hombre, aun cuando está dotado de “capacidades inéditas” que “muestran una singularidad que trasciende el ámbito físico y biológico” (*Laudato si'*, 81), es al mismo tiempo una porción de ese ambiente. Tiene un cuerpo formado por elementos físicos, químicos y biológicos, y solo puede sobrevivir y desarrollarse si el ambiente ecológico le es favorable. Cualquier daño al ambiente, por tanto, es un daño a la humanidad. Segundo, porque cada una de las creaturas, especialmente las vivientes, tiene un valor en sí misma, de existencia, de vida, de belleza y de interdependencia con las demás creaturas. Los cristianos, junto con las otras religiones monoteístas, creemos que el universo proviene de una decisión de amor del Creador, que permite al hombre servirse respetuosamente de la creación para el bien de sus semejantes y para gloria del Creador, pero que no puede abusar de ella y mucho menos está autorizado a destruirla. Para todas las creencias religiosas, el ambiente es un bien fundamental (cf. *ibíd.*, 81).

El abuso y la destrucción del ambiente, al mismo tiempo, van acompañados por un imparable proceso de exclusión. En efecto, un afán egoísta e ilimitado de poder y de bienestar material lleva tanto a abusar de los recursos materiales disponibles como a excluir a los débiles y con menos habilidades, ya sea por tener capacidades diferentes (discapacitados) o porque están privados de los conocimientos e instrumentos técnicos adecuados o poseen insuficiente capacidad de decisión política. La exclusión económica y social es una negación total de la fraternidad humana y un gravísimo atentado a los Derechos Humanos y al ambiente. Los más pobres son los que más sufren estos atentados por un triple grave motivo: son descartados por la sociedad, son al mismo tiempo obligados a vivir del descarte y deben injustamente sufrir las consecuencias del abuso del ambiente. Estos fenómenos conforman la hoy tan difundida e inconscientemente consolidada “cultura del descarte”.

Lo dramático de toda esta situación de exclusión e inequidad, con sus claras consecuencias, me lleva junto a todo el pueblo cristiano y a tantos otros a tomar conciencia también de mi grave responsabilidad al respecto, por lo cual alzo mi voz, junto a la de todos aquellos que anhelan soluciones urgentes y efectivas. La adopción de la *Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible* en la Cumbre mundial que iniciará hoy mismo, es una importante señal de esperanza. Confío también en que la *Conferencia de París sobre el cambio climático* logre acuerdos fundamentales y eficaces.

No bastan, sin embargo, los compromisos asumidos solemnemente, aunque constituyen ciertamente un paso necesario para las soluciones. La definición clásica de justicia a que aludí anteriormente contiene como elemento esencial una voluntad constante y perpetua: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*. El mundo reclama de todos los gobernantes una voluntad efectiva, práctica, constante, de pasos concretos y medidas inmediatas, para preservar y mejorar el ambiente natural y vencer cuanto antes el fenómeno de la exclusión social y económica, con sus tristes consecuencias de trata de seres humanos, comercio de órganos y tejidos humanos, explotación sexual de niños y niñas, trabajo esclavo, incluyendo la prostitución, tráfico de drogas y de armas, terrorismo y crimen internacional organizado. Es tal la magnitud de estas situaciones y el grado de vidas inocentes que

va cobrando, que hemos de evitar toda tentación de caer en un nominalismo declaracionista con efecto tranquilizador en las conciencias. Debemos cuidar que nuestras instituciones sean realmente efectivas en la lucha contra todos estos flagelos.

La multiplicidad y complejidad de los problemas exige contar con instrumentos técnicos de medida. Esto, empero, comporta un doble peligro: limitarse al ejercicio burocrático de redactar largas enumeraciones de buenos propósitos –metas, objetivos e indicaciones estadísticas–, o creer que una única solución teórica y apriorística dará respuesta a todos los desafíos. No hay que perder de vista, en ningún momento, que la acción política y económica solo es eficaz cuando se la entiende como una actividad prudencial, guiada por un concepto perenne de justicia y que no pierde de vista en ningún momento que, antes y más allá de los planes y programas, hay mujeres y hombres concretos, iguales a los gobernantes, que viven, luchan y sufren, y que muchas veces se ven obligados a vivir miserablemente, privados de cualquier derecho.

Para que estos hombres y mujeres concretos puedan escapar de la pobreza extrema, hay que permitirles ser dignos actores de su propio destino. El desarrollo humano integral y el pleno ejercicio de la dignidad humana no pueden ser impuestos. Deben ser edificados y desplegados por cada uno, por cada familia, en comunión con los demás hombres y en una justa relación con todos los círculos en los que se desarrolla la socialidad humana –amigos, comunidades, aldeas municipios, escuelas, empresas y sindicatos, provincias, naciones–. Esto supone y exige el derecho a la educación –también para las niñas, excluidas en algunas partes–, que se asegura en primer lugar respetando y reforzando el derecho primario de las familias a educar, y el derecho de las Iglesias y de las agrupaciones sociales a sostener y colaborar con las familias en la formación de sus hijas e hijos. La educación, así concebida, es la base para la realización de la *Agenda 2030* y para recuperar el ambiente.

Al mismo tiempo, los gobernantes han de hacer todo lo posible a fin de que todos puedan tener la mínima base material y espiritual para ejercer su dignidad y para formar y mantener una familia, que es la célula primaria de cualquier desarrollo social. Este mínimo absoluto tiene en lo material tres nombres: techo, trabajo y tierra; y un nombre en lo espiritual: libertad de espíritu, que comprende la libertad religiosa, el derecho a la educación y todos los otros derechos cívicos.

Por todo esto, la medida y el indicador más simple y adecuado del cumplimiento de la nueva *Agenda* para el desarrollo será el acceso efectivo, práctico e inmediato, para todos, a los bienes materiales y espirituales indispensables: vivienda propia, trabajo digno y debidamente remunerado, alimentación adecuada y agua potable; libertad religiosa, y más en general libertad de espíritu y educación. Al mismo tiempo, estos pilares del desarrollo humano integral tienen un fundamento común, que es el derecho a la vida y, más en general, lo que podríamos llamar el derecho a la existencia de la misma naturaleza humana.

La crisis ecológica, junto con la destrucción de buena parte de la biodiversidad, puede poner en peligro la existencia misma de la especie humana. Las nefastas consecuencias de un irresponsable desgobierno de la economía mundial, guiado solo por la ambición de lucro y de poder, deben ser un llamado a una severa reflexión sobre el hombre: “El hombre no es solamente una libertad que él se crea por sí solo. El hombre no se crea a sí mismo. Es espíritu y voluntad, pero también naturaleza” (Bene-

dicto XVI, *Discurso al Parlamento Federal de Alemania*, 22 septiembre 2011, citado en *Laudato si'*, 6). La creación se ve perjudicada “donde nosotros mismos somos las últimas instancias [...] El derroche de la creación comienza donde no reconocemos ya ninguna instancia por encima de nosotros, sino que solo nos vemos a nosotros mismos” (id., *Discurso al Clero de la Diócesis de Bolzano-Bressanone*, 6 agosto 2008; citado ibíd.). Por eso, la defensa del ambiente y la lucha contra la exclusión exigen el reconocimiento de una ley moral inscrita en la propia naturaleza humana, que comprende la distinción natural entre hombre y mujer (*Laudato si'*, 155), y el absoluto respeto de la vida en todas sus etapas y dimensiones (cf. ibíd., 123; 136).

Sin el reconocimiento de unos límites éticos naturales insalvables y sin la actuación inmediata de aquellos pilares del desarrollo humano integral, el ideal de “salvar las futuras generaciones del flagelo de la guerra” (*Carta de las Naciones Unidas*, Preámbulo) y de “promover el progreso social y un más elevado nivel de vida en una más amplia libertad” (ibíd.) corre el riesgo de convertirse en un espejismo inalcanzable o, peor aún, en palabras vacías que sirven de excusa para cualquier abuso y corrupción, o para promover una colonización ideológica a través de la imposición de modelos y estilos de vida anómalos, extraños a la identidad de los pueblos y, en último término, irresponsables.

La guerra es la negación de todos los derechos y una dramática agresión al ambiente. Si se quiere un verdadero desarrollo humano integral para todos, se debe continuar incansablemente con la tarea de evitar la guerra entre las naciones y los pueblos.

Para tal fin hay que asegurar el imperio incontestado del Derecho y el infatigable recurso a la negociación, a los buenos oficios y al arbitraje, como propone la *Carta de las Naciones Unidas*, verdadera norma jurídica fundamental. La experiencia de los setenta años de existencia de las Naciones Unidas, en general, y, en particular, la experiencia de los primeros quince años del tercer milenio muestran tanto la eficacia de la plena aplicación de las normas internacionales como la ineficacia de su incumplimiento. Si se respeta y aplica la *Carta de las Naciones Unidas* con transparencia y sinceridad, sin segundas intenciones, como un punto de referencia obligatorio de justicia y no como un instrumento para disfrazar intenciones espurias, se alcanzan resultados de paz. Cuando, en cambio, se confunde la norma con un simple instrumento, para utilizar cuando resulta favorable y para eludir cuando no lo es, se abre una verdadera caja de Pandora de fuerzas incontrolables, que dañan gravemente las poblaciones inermes, el ambiente cultural e incluso el ambiente biológico.

El Preámbulo y el primer artículo de la *Carta de las Naciones Unidas* indican los cimientos de la construcción jurídica internacional: la paz, la solución pacífica de las controversias y el desarrollo de relaciones de amistad entre las naciones. Contrasta fuertemente con estas afirmaciones, y las niega en la práctica, la tendencia siempre presente a la proliferación de las armas, especialmente las de destrucción masiva, como pueden ser las nucleares. Una ética y un derecho basados en la amenaza de destrucción mutua –y posiblemente de toda la humanidad– son contradictorios y constituyen un fraude a toda la construcción de las Naciones Unidas, que pasarían a ser “Naciones unidas por el miedo y la desconfianza”. Hay que empeñarse por un mundo sin armas nucleares, aplicando plenamente el Tratado de no proliferación, en la letra y en el espíritu, hacia una total prohibición de estos instrumentos.

El reciente acuerdo sobre la cuestión nuclear en una región sensible de Asia y Oriente Medio es una prueba de las posibilidades de la buena voluntad política y del Derecho, ejercitados con sinceridad, paciencia y constancia. Hago votos para que este acuerdo sea duradero y eficaz y dé los frutos deseados con la colaboración de todas las partes implicadas.

En ese sentido, no faltan duras pruebas de las consecuencias negativas de las intervenciones políticas y militares no coordinadas entre los miembros de la comunidad internacional. Por eso, aun deseando no tener la necesidad de hacerlo, no puedo dejar de reiterar mis repetidos llamamientos en relación con la dolorosa situación de todo el Oriente Medio, del norte de África y de otros países africanos, donde los cristianos, junto con otros grupos culturales o étnicos, e incluso junto con aquella parte de los miembros de la religión mayoritaria que no quiere dejarse envolver por el odio y la locura, han sido obligados a ser testigos de la destrucción de sus lugares de culto, de su patrimonio cultural y religioso, de sus casas y haberes y han sido puestos en la disyuntiva de huir o de pagar su adhesión al bien y a la paz con la propia vida o con la esclavitud.

Estas realidades deben constituir un serio llamado a un examen de conciencia de los que están a cargo de la conducción de los asuntos internacionales. No solo en los casos de persecución religiosa o cultural, sino en cada situación de conflicto, como Ucrania, Siria, Irak, en Libia, en Sudán del Sur y en la región de los Grandes Lagos, hay rostros concretos antes que intereses de parte, por legítimos que sean. En las guerras y conflictos hay seres humanos singulares, hermanos y hermanas nuestros, hombres y mujeres, jóvenes y ancianos, niños y niñas, que lloran, sufren y mueren. Seres humanos que se convierten en material de descarte cuando la actividad consiste sólo en enumerar problemas, estrategias y discusiones.

Como pedía al Secretario General de las Naciones Unidas en mi carta del 9 de agosto de 2014, “la más elemental comprensión de la dignidad humana [obliga] a la comunidad internacional, en particular a través de las normas y los mecanismos del Derecho Internacional, a hacer todo lo posible para detener y prevenir ulteriores violencias sistemáticas contra las minorías étnicas y religiosas” y para proteger a las poblaciones inocentes.

En esta misma línea quisiera hacer mención a otro tipo de conflictividad no siempre tan explicitada pero que silenciosamente viene cobrando la muerte de millones de personas. Otra clase de guerra que viven muchas de nuestras sociedades con el fenómeno del narcotráfico. Una guerra “asumida” y pobremente combatida. El narcotráfico por su propia dinámica va acompañado de la trata de personas, del lavado de activos, del tráfico de armas, de la explotación infantil y de otras formas de corrupción. Corrupción que ha penetrado los distintos niveles de la vida social, política, militar, artística y religiosa, generando, en muchos casos, una estructura paralela que pone en riesgo la credibilidad de nuestras instituciones.

Comencé esta intervención recordando las visitas de mis predecesores. Quisiera ahora que mis palabras fueran especialmente como una continuación de las palabras finales del discurso de Pablo VI, pronunciado hace casi exactamente cincuenta años, pero de valor perenne, cito: “Ha llegado la hora en que se impone una pausa, un momento de recogimiento, de reflexión, casi de oración: volver a pensar en nuestro común origen, en nuestra historia, en nuestro destino común. Nunca, como hoy, [...] ha sido tan necesaria la conciencia moral del hombre, porque el peligro no viene ni

del progreso ni de la ciencia, que, bien utilizados, podrán [...] resolver muchos de los graves problemas que afligen a la humanidad” (*Discurso a los Representantes de los Estados*, 4 de octubre de 1965). Entre otras cosas, sin duda, la genialidad humana, bien aplicada, ayudará a resolver los graves desafíos de la degradación ecológica y de la exclusión. Continúo con Pablo VI: “El verdadero peligro está en el hombre, que dispone de instrumentos cada vez más poderosos, capaces de llevar tanto a la ruina como a las más altas conquistas” (ibíd.). Hasta aquí Pablo VI.

La casa común de todos los hombres debe continuar levantándose sobre una recta comprensión de la fraternidad universal y sobre el respeto de la sacralidad de cada vida humana, de cada hombre y cada mujer; de los pobres, de los ancianos, de los niños, de los enfermos, de los no nacidos, de los desocupados, de los abandonados, de los que se juzgan descartables porque no se los considera más que números de una u otra estadística. La casa común de todos los hombres debe también edificarse sobre la comprensión de una cierta sacralidad de la naturaleza creada.

Tal comprensión y respeto exigen un grado superior de sabiduría, que acepte la trascendencia, la de uno mismo, renuncie a la construcción de una élite omnipotente, y comprenda que el sentido pleno de la vida singular y colectiva se da en el servicio abnegado de los demás y en el uso prudente y respetuoso de la creación para el bien común. Repitiendo las palabras de Pablo VI, “el edificio de la civilización moderna debe levantarse sobre principios espirituales, los únicos capaces no sólo de sostenerlo, sino también de iluminarlo” (ibíd.).

El gaucho Martín Fierro, un clásico de la literatura de mi tierra natal, canta: “Los hermanos sean unidos porque esa es la ley primera. Tengan unión verdadera en cualquier tiempo que sea, porque si entre ellos pelean, los devoran los de afuera”.

El mundo contemporáneo, aparentemente conexo, experimenta una creciente y sostenida fragmentación social que pone en riesgo “todo fundamento de la vida social” y, por lo tanto, “termina por enfrentarnos unos con otros para preservar los propios intereses” (*Laudato si'*, 229).

El tiempo presente nos invita a privilegiar acciones que generen dinamismos nuevos en la sociedad hasta que fructifiquen en importantes y positivos acontecimientos históricos (cf. *Evangelii gaudium*, 223). No podemos permitirnos postergar “algunas agendas” para el futuro. El futuro nos pide decisiones críticas y globales de cara a los conflictos mundiales que aumentan el número de excluidos y necesitados.

La loable construcción jurídica internacional de la Organización de las Naciones Unidas y de todas sus realizaciones, perfeccionable como cualquier otra obra humana y, al mismo tiempo, necesaria, puede ser prenda de un futuro seguro y feliz para las generaciones futuras. Y lo será si los representantes de los Estados sabrán dejar de lado intereses sectoriales e ideologías, y buscar sinceramente el servicio del bien común. Pido a Dios Todopoderoso que así sea, y les aseguro mi apoyo, mi oración y el apoyo y las oraciones de todos los fieles de la Iglesia Católica, para que esta Institución, todos sus Estados miembros y cada uno de sus funcionarios rindan siempre un servicio eficaz a la humanidad, un servicio respetuoso de la diversidad y que sepa potenciar, para el bien común, lo mejor de cada pueblo y de cada ciudadano. Que Dios los bendiga a todos.

**VISITA AL CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA
DISCURSO DEL SANTO PADRE FRANCISCO**

Washington D.C.

Jueves 24 de septiembre de 2015

*Señor Vicepresidente,
Señor Presidente,
Distinguidos Miembros del Congreso,
Queridos amigos:*

Les agradezco la invitación que me han hecho a que les dirija la palabra en esta sesión conjunta del Congreso en “la tierra de los libres y en la patria de los valientes”. Me gustaría pensar que lo han hecho porque también yo soy un hijo de este gran continente, del que todos nosotros hemos recibido tanto y con el que tenemos una responsabilidad común.

Cada hijo o hija de un país tiene una misión, una responsabilidad personal y social. La de ustedes como Miembros del Congreso, por medio de la actividad legislativa, consiste en hacer que este País crezca como Nación. Ustedes son el rostro de su pueblo, sus representantes. Y están llamados a defender y custodiar la dignidad de sus conciudadanos en la búsqueda constante y exigente del bien común, pues éste es el principal desvelo de la política. La sociedad política perdura si se plantea, como vocación, satisfacer las necesidades comunes favoreciendo el crecimiento de todos sus miembros, especialmente de los que están en situación de mayor vulnerabilidad o riesgo. La actividad legislativa siempre está basada en la atención al pueblo. A eso han sido invitados, llamados, convocados por las urnas.

Se trata de una tarea que me recuerda la figura de Moisés en una doble perspectiva. Por un lado, el Patriarca y legislador del Pueblo de Israel simboliza la necesidad que tienen los pueblos de mantener la conciencia de unidad por medio de una legislación justa. Por otra parte, la figura de Moisés nos remite directamente a Dios y, por lo tanto, a la dignidad trascendente del ser humano. Moisés nos ofrece una buena síntesis de su labor: ustedes están invitados a proteger, por medio de la ley, la imagen y semejanza plasmada por Dios en cada rostro.

En esta perspectiva quisiera hoy no sólo dirigirme a ustedes, sino con ustedes y en ustedes a todo el pueblo de los Estados Unidos. Aquí, junto con sus Representantes,

tantes, quisiera tener la oportunidad de dialogar con miles de hombres y mujeres que luchan cada día para trabajar honradamente, para llevar el pan a su casa, para ahorrar y –poco a poco– conseguir una vida mejor para los suyos. Que no se resignan solamente a pagar sus impuestos, sino que –con su servicio silencioso– sostienen la convivencia. Que crean lazos de solidaridad por medio de iniciativas espontáneas pero también a través de organizaciones que buscan paliar el dolor de los más necesitados.

Me gustaría dialogar con tantos abuelos que atesoran la sabiduría forjada por los años e intentan de muchas maneras, especialmente a través del voluntariado, compartir sus experiencias y conocimientos. Sé que son muchos los que se jubilan pero no se retiran; siguen activos construyendo esta tierra. Me gustaría dialogar con todos esos jóvenes que luchan por sus deseos nobles y altos, que no se dejan atomizar por las ofertas fáciles, que saben enfrentar situaciones difíciles, fruto muchas veces de la inmadurez de los adultos. Con todos ustedes quisiera dialogar y me gustaría hacerlo a partir de la memoria de su pueblo.

Mi visita tiene lugar en un momento en que los hombres y mujeres de buena voluntad conmemoran el aniversario de algunos ilustres norteamericanos. Salvando los vaivenes de la historia y las ambigüedades propias de los seres humanos, con sus muchas diferencias y límites, estos hombres y mujeres apostaron, con trabajo, abnegación y hasta con su propia sangre, por forjar un futuro mejor. Con su vida plasmaron valores fundantes que viven para siempre en el alma de todo el pueblo. Un pueblo con alma puede pasar por muchas encrucijadas, tensiones y conflictos, pero logra siempre encontrar los recursos para salir adelante y hacerlo con dignidad. Estos hombres y mujeres nos aportan una hermenéutica, una manera de ver y analizar la realidad. Honrar su memoria, en medio de los conflictos, nos ayuda a recuperar, en el hoy de cada día, nuestras reservas culturales.

Me limito a mencionar cuatro de estos ciudadanos: Abraham Lincoln, Martin Luther King, Dorothy Day y Thomas Merton.

Estamos en el ciento cincuenta aniversario del asesinato del Presidente Abraham Lincoln, el defensor de la libertad, que ha trabajado incansablemente para que “esta Nación, por la gracia de Dios, tenga una nueva aurora de libertad”. Construir un futuro de libertad exige amor al bien común y colaboración con un espíritu de subsidiaridad y solidaridad.

Todos conocemos y estamos sumamente preocupados por la inquietante situación social y política de nuestro tiempo. El mundo es cada vez más un lugar de conflictos violentos, de odio nocivo, de sangrienta atrocidad, cometida incluso en el nombre de Dios y de la religión. Somos conscientes de que ninguna religión es inmune a diversas formas de aberración individual o de extremismo ideológico. Esto nos urge a estar atentos frente a cualquier tipo de fundamentalismo de índole religiosa o del tipo que fuere. Combatir la violencia perpetrada bajo el nombre de una religión, una ideología, o un sistema económico y, al mismo tiempo, proteger la libertad de las religiones, de las ideas, de las personas, requiere un delicado equilibrio en el que tenemos que trabajar. Y, por otra parte, puede generarse una tentación a la que hemos de prestar especial atención: el reduccionismo simplista que divide la realidad en buenos y malos; permítanme usar la expresión: en justos y pecadores. El mundo contemporáneo con sus heridas, que sangran en tantos hermanos nuestros, nos convoca

a afrontar todas las polarizaciones que pretenden dividirlo en dos bandos. Sabemos que en el afán de querer liberarnos del enemigo exterior podemos caer en la tentación de ir alimentando el enemigo interior. Copiar el odio y la violencia del tirano y del asesino es la mejor manera de ocupar su lugar. A eso este pueblo dice: No.

Nuestra respuesta, en cambio, es de esperanza y de reconciliación, de paz y de justicia. Se nos pide tener el coraje y usar nuestra inteligencia para resolver las crisis geopolíticas y económicas que abundan hoy. También en el mundo desarrollado las consecuencias de estructuras y acciones injustas aparecen con mucha evidencia. Nuestro trabajo se centra en devolver la esperanza, corregir las injusticias, mantener la fe en los compromisos, promoviendo así la recuperación de las personas y de los pueblos. Ir hacia delante juntos, en un renovado espíritu de fraternidad y solidaridad, cooperando con entusiasmo al bien común.

El reto que tenemos que afrontar hoy nos pide una renovación del espíritu de colaboración que ha producido tanto bien a lo largo de la historia de los Estados Unidos. La complejidad, la gravedad y la urgencia de tal desafío exigen poner en común los recursos y los talentos que poseemos y empeñarnos en sostenernos mutuamente, respetando las diferencias y las convicciones de conciencia.

En estas tierras, las diversas comunidades religiosas han ofrecido una gran ayuda para construir y reforzar la sociedad. Es importante, hoy como en el pasado, que la voz de la fe, que es una voz de fraternidad y de amor, que busca sacar lo mejor de cada persona y de cada sociedad, pueda seguir siendo escuchada. Tal cooperación es un potente instrumento en la lucha por erradicar las nuevas formas mundiales de esclavitud, que son fruto de grandes injusticias que pueden ser superadas sólo con nuevas políticas y consensos sociales.

Apelo aquí a la historia política de los Estados Unidos, donde la democracia está radicada en la mente del Pueblo. Toda actividad política debe servir y promover el bien de la persona humana y estar fundada en el respeto de su dignidad. “Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que han sido dotados por el Creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos está la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad” (*Declaración de Independencia*, 4 de julio de 1776). Si es verdad que la política debe servir a la persona humana, se sigue que no puede ser esclava de la economía y de las finanzas. La política responde a la necesidad imperiosa de convivir para construir juntos el bien común posible, el de una comunidad que resigna intereses particulares para poder compartir, con justicia y paz, sus bienes, sus intereses, su vida social. No subestimo la dificultad que esto conlleva, pero los aliento en este esfuerzo.

En esta sede quiero recordar también la marcha que, cincuenta años atrás, Martin Luther King encabezó desde Selma a Montgomery, en la campaña por realizar el “sueño” de plenos Derechos Civiles y Políticos para los afro-americanos. Su sueño sigue resonando en nuestros corazones. Me alegro de que Estados Unidos siga siendo para muchos la tierra de los “sueños”. Sueños que movilizan a la acción, a la participación, al compromiso. Sueños que despiertan lo que de más profundo y auténtico hay en los pueblos.

En los últimos siglos, millones de personas han alcanzado esta tierra persiguiendo el sueño de poder construir su propio futuro en libertad. Nosotros, pertenecientes a este continente, no nos asustamos de los extranjeros, porque muchos de

nosotros hace tiempo fuimos extranjeros. Les hablo como hijo de inmigrantes, como muchos de ustedes que son descendientes de inmigrantes. Trágicamente, los derechos de cuantos vivieron aquí mucho antes que nosotros no siempre fueron respetados. A estos pueblos y a sus naciones, desde el corazón de la democracia norteamericana, deseo reafirmarles mi más alta estima y reconocimiento. Aquellos primeros contactos fueron bastantes convulsos y sangrientos, pero es difícil enjuiciar el pasado con los criterios del presente. Sin embargo, cuando el extranjero nos interpela, no podemos cometer los pecados y los errores del pasado. Debemos elegir la posibilidad de vivir ahora en el mundo más noble y justo posible, mientras formamos las nuevas generaciones, con una educación que no puede dar nunca la espalda a los “vecinos”, a todo lo que nos rodea. Construir una nación nos lleva a pensarnos siempre en relación con otros, saliendo de la lógica de enemigo para pasar a la lógica de la recíproca subsidiaridad, dando lo mejor de nosotros. Confío en que lo haremos.

Nuestro mundo está afrontando una crisis de refugiados sin precedentes desde los tiempos de la II Guerra Mundial. Lo que representa grandes desafíos y decisiones difíciles de tomar. A lo que se suma, en este continente, las miles de personas que se ven obligadas a viajar hacia el norte en búsqueda de una vida mejor para sí y para sus seres queridos, en un anhelo de vida con mayores oportunidades. ¿Acaso no es lo que nosotros queremos para nuestros hijos? No debemos dejarnos intimidar por los números, más bien mirar a las personas, sus rostros, escuchar sus historias mientras luchamos por asegurarles nuestra mejor respuesta a su situación. Una respuesta que siempre será humana, justa y fraterna. Cuidémonos de una tentación contemporánea: descartar todo lo que moleste. Recordemos la regla de oro: “Hagan ustedes con los demás como quieran que los demás hagan con ustedes” (Mt 7,12).

Esta regla nos da un parámetro de acción bien preciso: tratemos a los demás con la misma pasión y compasión con la que queremos ser tratados. Busquemos para los demás las mismas posibilidades que deseamos para nosotros. Acompañemos el crecimiento de los otros como queremos ser acompañados. En definitiva: queremos seguridad, demos seguridad; queremos vida, demos vida; queremos oportunidades, brindemos oportunidades. El parámetro que usemos para los demás será el parámetro que el tiempo usará con nosotros. La regla de oro nos recuerda la responsabilidad que tenemos de custodiar y defender la vida humana en todas las etapas de su desarrollo.

Esta certeza es la que me ha llevado, desde el principio de mi ministerio, a trabajar en diferentes niveles para solicitar la abolición mundial de la pena de muerte. Estoy convencido de que este es el mejor camino, porque cada vida es sagrada, cada persona humana está dotada de una dignidad inalienable y la sociedad sólo puede beneficiarse en la rehabilitación de aquellos que han cometido algún delito. Recientemente, mis hermanos Obispos aquí, en los Estados Unidos, han renovado el llamamiento para la abolición de la pena capital. No sólo me uno con mi apoyo, sino que animo y aliento a cuantos están convencidos de que una pena justa y necesaria nunca debe excluir la dimensión de la esperanza y el objetivo de la rehabilitación.

En estos tiempos en que las cuestiones sociales son tan importantes, no puedo dejar de nombrar a la Sierva de Dios, Dorothy Day, fundadora del *Movimiento del trabajador católico*. Su activismo social, su pasión por la justicia y la causa de los oprimidos estaban inspirados en el Evangelio, en su fe y en el ejemplo de los santos.

¡Cuánto se ha progresado, en este sentido, en tantas partes del mundo! ¡Cuánto se viene trabajando en estos primeros años del tercer milenio para sacar a las personas de la extrema pobreza! Sé que comparten mi convicción de que todavía se debe hacer mucho más y que, en momentos de crisis y de dificultad económica, no se puede perder el espíritu de solidaridad internacional. Al mismo tiempo, quiero alentarlos a recordar cuán cercanos a nosotros son hoy los prisioneros de la trampa de la pobreza. También a estas personas debemos ofrecerles esperanza. La lucha contra la pobreza y el hambre ha de ser combatida constantemente, en sus muchos frentes, especialmente en las causas que las provocan. Sé que gran parte del pueblo norteamericano hoy, como ha sucedido en el pasado, está haciéndole frente a este problema.

No es necesario repetir que parte de este gran trabajo está constituido por la creación y distribución de la riqueza. El justo uso de los recursos naturales, la aplicación de soluciones tecnológicas y la guía del espíritu emprendedor son parte indispensable de una economía que busca ser moderna pero especialmente solidaria y sustentable. “La actividad empresarial, que es una noble vocación orientada a producir riqueza y a mejorar el mundo para todos, puede ser una manera muy fecunda de promover la región donde instala sus emprendimientos, sobre todo si entiende que la creación de puestos de trabajo es parte ineludible de su servicio al bien común” (*Laudato si'*, 129). Y este bien común incluye también la tierra, tema central de la Encíclica que he escrito recientemente para “entrar en diálogo con todos acerca de nuestra casa común” (ibíd., 3). “Necesitamos una conversación que nos una a todos, porque el desafío ambiental que vivimos, y sus raíces humanas, nos interesan y nos impactan a todos” (ibíd., 14).

En *Laudato si'*, aliento el esfuerzo valiente y responsable para “reorientar el rumbo” (N. 61) y para evitar las más grandes consecuencias que surgen del degrado ambiental provocado por la actividad humana. Estoy convencido de que podemos marcar la diferencia y no tengo alguna duda de que los Estados Unidos –y este Congreso– están llamados a tener un papel importante. Ahora es el tiempo de acciones valientes y de estrategias para implementar una “cultura del cuidado” (ibíd., 231) y una “aproximación integral para combatir la pobreza, para devolver la dignidad a los excluidos y simultáneamente para cuidar la naturaleza” (ibíd., 139). La libertad humana es capaz de limitar la técnica (cf. ibíd., 112); de interpelar “nuestra inteligencia para reconocer cómo deberíamos orientar, cultivar y limitar nuestro poder” (ibíd., 78); de poner la técnica al “servicio de otro tipo de progreso más sano, más humano, más social, más integral” (ibíd., 112). Sé y confío en que sus excelentes instituciones académicas y de investigación pueden hacer una contribución vital en los próximos años.

Un siglo atrás, al inicio de la Gran Guerra, “masacre inútil”, en palabras del Papa Benedicto XV, nace otro gran norteamericano, el monje cisterciense Thomas Merton. Él sigue siendo fuente de inspiración espiritual y guía para muchos. En su autobiografía escribió: “Aunque libre por naturaleza y a imagen de Dios, con todo, y a imagen del mundo al cual había venido, también fui prisionero de mi propia violencia y egoísmo. El mundo era trasunto del infierno, abarrotado de hombres como yo, que le amaban y también le aborrecían. Habían nacido para amarle y, sin embargo, vivían con temor y ansias desesperadas y enfrentadas”. Merton fue sobre todo un

hombre de oración, un pensador que desafió las certezas de su tiempo y abrió horizontes nuevos para las almas y para la Iglesia; fue también un hombre de diálogo, un promotor de la paz entre pueblos y religiones.

En tal perspectiva de diálogo, deseo reconocer los esfuerzos que se han realizado en los últimos meses y que ayudan a superar las históricas diferencias ligadas a dolorosos episodios del pasado. Es mi deber construir puentes y ayudar lo más posible a que todos los hombres y mujeres puedan hacerlo. Cuando países que han estado en conflicto retoman el camino del diálogo, que podría haber estado interrumpido por motivos legítimos, se abren nuevos horizontes para todos. Esto ha requerido y requiere coraje, audacia, lo cual no significa falta de responsabilidad. Un buen político es aquel que, teniendo en mente los intereses de todos, toma el momento con un espíritu abierto y pragmático. Un buen político opta siempre por generar procesos más que por ocupar espacios (cf. *Evangelii gaudium*, 222-223).

Igualmente, ser un agente de diálogo y de paz significa estar verdaderamente determinado a atenuar y, en último término, a acabar con los muchos conflictos armados que afligen nuestro mundo. Y sobre esto hemos de ponernos un interrogante: ¿por qué las armas letales son vendidas a aquellos que pretenden infligir un sufrimiento indecible sobre los individuos y la sociedad? Tristemente, la respuesta, que todos conocemos, es simplemente por dinero; un dinero impregnado de sangre, y muchas veces de sangre inocente. Frente al silencio vergonzoso y cómplice, es nuestro deber afrontar el problema y acabar con el tráfico de armas.

Tres hijos y una hija de esta tierra, cuatro personas, cuatro sueños: Abraham Lincoln, la libertad; Martin Luther King, una libertad que se vive en la pluralidad y la no exclusión; Dorothy Day, la justicia social y los derechos de las personas; y Thomas Merton, la capacidad de diálogo y la apertura a Dios.

Cuatro representantes del pueblo norteamericano.

Terminaré mi visita a su País en Filadelfia, donde participaré en el Encuentro Mundial de las Familias. He querido que en todo este Viaje Apostólico la familia fuese un tema recurrente. Cuán fundamental ha sido la familia en la construcción de este País. Y cuán digna sigue siendo de nuestro apoyo y aliento. No puedo esconder mi preocupación por la familia, que está amenazada, quizás como nunca, desde el interior y desde el exterior. Las relaciones fundamentales son puestas en duda, como el mismo fundamento del matrimonio y de la familia. No puedo más que confirmar no sólo la importancia, sino por sobre todo, la riqueza y la belleza de vivir en familia.

De modo particular quisiera llamar su atención sobre aquellos componentes de la familia que parecen ser los más vulnerables, es decir, los jóvenes. Muchos tienen delante un futuro lleno de innumerables posibilidades, muchos otros parecen desorientados y sin sentido, prisioneros en un laberinto de violencia, de abuso y desesperación. Sus problemas son nuestros problemas. No nos es posible eludirlos. Hay que afrontarlos juntos, hablar y buscar soluciones más allá del simple tratamiento nominal de las cuestiones. Aun a riesgo de simplificar, podríamos decir que existe una cultura tal que empuja a muchos jóvenes a no poder formar una familia porque están privados de oportunidades de futuro. Sin embargo, esa misma cultura concede a muchos otros, por el contrario, tantas oportunidades, que también ellos se ven disuadidos de formar una familia.

VISITA AL CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Una Nación es considerada grande cuando defiende la libertad, como hizo Abraham Lincoln; cuando genera una cultura que permita a sus hombres “soñar” con plenitud de derechos para sus hermanos y hermanas, como intentó hacer Martin Luther King; cuando lucha por la justicia y la causa de los oprimidos, como hizo Dorothy Day en su incesante trabajo; siendo fruto de una fe que se hace diálogo y siembra paz, al estilo contemplativo de Merton.

Me he animado a esbozar algunas de las riquezas de su patrimonio cultural, del alma de su pueblo. Me gustaría que esta alma siga tomando forma y crezca, para que los jóvenes puedan heredar y vivir en una tierra que ha permitido a muchos soñar. Que Dios bendiga a América.

RECENSIONES

Garay, Alberto F. *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*. Buenos Aires. Abeledo Perrot. 2013.

Entre las primeras páginas del libro *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*, Alberto Garay remite a observaciones formuladas por Julio Cueto Rúa y Genaro Carrió para expresar que existe una deuda en la enseñanza universitaria del Derecho en nuestro país. Con esta crítica constructiva, el autor apunta a resaltar que es necesario complementar el estudio teórico del Derecho con el estudio de las reglas de interpretación y con el análisis y la aplicación de los casos judiciales concretos.

A mi modo de ver, este es un punto central en la obra que me toca reseñar. El autor advierte esta deficiencia en la enseñanza del Derecho y es por eso que en su libro no se limita a explicar contenidos abstractos, sino que va más allá: se vale de casos concretos y sentencias de la Corte Suprema para abordar cada tema y explica cómo estas deben ser analizadas e interpretadas.

Este libro es una demostración sobre cómo debemos servirnos de la jurisprudencia, ya que su correcto análisis es indispensable para todos los operadores del Derecho. Es indispensable para los alumnos y profesores de Derecho, a fin de que se logre completar esa “mitad del camino” en la enseñanza del Derecho en nuestro país; es indispensable para los abogados, que deben asesorar correctamente a sus clientes, y también para los jueces, que deben dictar sentencias sin dar lugar a arbitrariedades.

Luego de esta breve introducción, voy a dar un paneo general sobre los temas abordados por el autor en el libro.

Garay comienza distinguiendo las dos tradiciones jurídicas de occidente —el Derecho Continental de origen romanista o *Civil Law* y la tradición del *Common Law*—, se adentra en la doctrina del precedente y aclara que, si bien nuestro país no cuenta con una doctrina del precedente al estilo anglosajón, la Corte Suprema argentina desde sus inicios funda sus sentencias en lo resuelto por ella en otras sentencias anteriores.

Es así como inicia el estudio de “la doctrina del precedente en la Corte Suprema”. El autor analiza las características de las sentencias de la Corte Suprema y señala cuáles son las diferentes maneras en que el Tribunal cita o remite a sus fallos anteriores por ser similares al que está por resolver. Además, así como mira sus precedentes, la Corte (cuando no existen casos anteriores análogos) mira también hacia adelante e intenta evaluar el impacto que tendrá la doctrina que implantará en el caso.

Garay distingue al análisis de los hechos como piedra de toque en el análisis de los precedentes. Si bien cada sentencia resuelve un caso concreto y ningún caso es igual a otro, es importante analizar los hechos y lograr establecer similitudes y diferencias entre los casos para descubrir así la relevancia de un precedente. Sin los hechos, nos dice el autor, las sentencias pueden llevar a cualquier parte.

En este contexto, un problema es la generalización excesiva y, una vez más, el autor hace referencia a la educación universitaria, puesto que como consecuencia de esta es que tenemos una inclinación por la generalización y la abstracción. Garay se vale de diversas sentencias de la Corte para explicar de qué trata esta generalización excesiva y qué asimilaciones son procedentes y cuáles no lo son.

El siguiente paso en el análisis de sentencias consiste en distinguir lo que se resolvió de lo que se dijo, es decir, distinguir la doctrina del fallo o *holding* de las expresiones *obiter dicta*. Una vez que podamos establecer qué fue lo que se resolvió en un caso, buscaremos establecer un principio o regla general. Sin embargo, solo después de que existan múltiples casos análogos y que sean resueltos de un mismo modo podemos formular esa regla.

Garay se sirve de fallos de la Corte Suprema para demostrar cómo debe buscarse el principio o regla que surge de una serie de casos análogos resueltos del mismo modo. Analiza fallos sobre dos temas diferentes –impuestos y tenencia de estupefacientes para consumo personal– y formula las reglas establecidas por la Corte en esos casos. “Una sentencia resuelve el primer caso y, luego, ella o el principio que lo justifica será desarrollado, formulado y reformulado, contrayéndose o expandiéndose, a la luz de nuevos supuestos. De esto se trata, precisamente, el Derecho Judicial [...]”, remarca el autor al finalizar el capítulo.

Seguidamente, Garay aborda distintos temas: el vínculo entre lo dicho y lo resuelto, los conflictos entre los fundamentos y la parte resolutive de una sentencia, y la multiplicidad de fundamentos en una sentencia de un tribunal colegiado; para llegar finalmente a abordar el tema de la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Suprema en nuestro Derecho. En este último punto analiza si a la hora de resolver un caso, la propia Corte o los demás tribunales se ven obligados a seguir lo resuelto por la Corte Suprema en otro caso anterior análogo. En el primer supuesto estaríamos hablando de la obligatoriedad horizontal y en el segundo, de la obligatoriedad vertical.

A través del estudio de diversas sentencias de la Corte Suprema, Garay ensaya una regla general sobre cuál es la doctrina del Tribunal en materia de obligatoriedad de sus precedentes. Además, señala y analiza las posibles excepciones a esta regla general (siempre haciendo especial hincapié en que la composición de la Corte debe ser considerada como una excepción inadmisibles).

En el último capítulo el autor analiza de qué manera puede operar un cambio de jurisprudencia y cuál es su aplicación con relación al tiempo. Se sirve de casos concretos para desarrollar qué ha dicho la Corte sobre la aplicación retrospectiva o prospectiva de un cambio en su jurisprudencia, ya que es menester tener en cuenta que este puede repercutir sobre conflictos pendientes de resolución.

Finalizado este recorrido por los principales temas desarrollados en el libro, es importante destacar que el método de recurrir a sentencias de la Corte Suprema, explicar el caso concreto y relacionarlo con el tema que esté siendo abordado en el

libro ha sido seguido por el autor a lo largo de toda la obra. Garay no solo siguió este método para demostrar la importancia de saber manejar la jurisprudencia y del uso de la doctrina del precedente como método de enseñanza, sino que lo hizo a fin de establecer qué papel juega esta doctrina en nuestro Derecho.

Por último, cabe señalar que si bien en nuestro país no contamos con una doctrina del precedente tal como es concebida en el *Common Law*, lo que busca el autor a lo largo de su obra es presentar las ventajas que supondría –en materia constitucional federal– la consolidación de una doctrina del precedente adecuada a nuestro ordenamiento jurídico.

JULIETA A. MONTERONI

Medrano, José María. *Los iniciales Cursos de Cultura Católica*. Buenos Aires. Dunken. 2015.

1. El autor

Presentamos hoy este nuevo libro del Dr. José María Medrano, esta vez sobre los Cursos de Cultura Católica, cuyo título es *Los iniciales Cursos de Cultura Católica*.

Debo hacer de presentador del autor y de su obra y tengo clara conciencia de mis limitaciones, por dos importantes razones. En primer lugar, por la calidad humana e intelectual de José María, que excede en mucho mis merecimientos para estar aquí en esta presentación; el único título que tengo es ser un mal discípulo y quizás un mejor amigo y es solo esta última condición la que me permite y me anima a presentar su libro. La otra razón que me quita más aun el sueño es el tema del que trata en este ensayo, nada menos que los Cursos de Cultura Católica, que al decir del recordado Mons. Octavio Derisi, como nos recuerda el autor, “fue tal vez la mejor generación católica de nuestro país y que por un natural crecimiento y madurez, vino a convertirse en nuestra Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires”.

El autor se graduó de abogado y doctor en la Universidad Nacional de Buenos Aires y fue Secretario Letrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, donde le tocó desempeñar esa tarea con otro gran juez, filósofo y maestro, el Dr. Abelardo Rossi, al cual tuve también el honor de acompañar como profesor Adjunto en la cátedra de Filosofía del Derecho de la UCA que él presidía. Fue Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal y ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

Pero José María Medrano no fue solo abogado, magistrado y jurista, fue por sobre todas las cosas orientador, guía y maestro, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires y sobre todo en la de Derecho de la UCA, a la cual le dedicó toda su vida como docente y Directivo, y en la que hoy es Profesor Emérito. En esa misma Universidad fue Profesor Titular Ordinario de Ciencia Política y de Derecho Político, miembro del Consejo Directivo de la Facultad, Sub-Director de la Escuela de Ciencias Políticas y Director de su Doctorado. Pero Medrano fue en la Escuela de Ciencias Políticas mucho más que esto. Fue uno de sus fundadores y uno de sus principales y permanentes inspiradores. Fue, a mi modesto entender, aquel que le dio a esa carrera su sello intelectual original que hace que

Ciencias Políticas de la UCA, que hoy cumple su 50º Aniversario, tenga su propio espíritu y especificidad.

Transmitió la verdad con pasión, con esfuerzo y rigurosidad intelectual, quizás a veces con cierta impaciencia como si quisiera que sus alumnos supieran, gustaran y amaran rápido las verdades que transmitía, pero siempre con generosidad y humildad intelectual. Por eso dijo alguna vez, acerca de la soberbia intelectual, parafraseando a Tomás Casares, fundador y Director de los Cursos y su maestro: “La clase de los intelectuales no merece, por el hecho de ser tales, ninguna consideración particular. No hay ‘elite’ sin inteligencia, pero puede haber ‘elites’ sin intelectuales, y a veces los intelectuales son sus peores enemigos a causa del orgullo estúpido que suele poseerlos. Viven en permanente discrepancia desdeñosa como si nada de lo que sucede estuviera a la altura de la superioridad que se atribuyen. Son estériles, y esto los irrita secretamente. Hacen de su cultura una religión necesariamente politeísta, porque cada uno se siente un poco Dios; y el fruto es una urdimbre de pasiones pequeñas y ambiciones grandes en la cual comienza por enredarse la voluntad y concluye por pervertirse irremediablemente la inteligencia”.

2. La obra

Comienza el primer capítulo con una reseña descriptiva de los Cursos. Su fundación, en 1922, por un grupo de jóvenes laicos, con el propósito de cultivar las principales disciplinas que integran la doctrina católica, persiguiendo la posesión de un criterio, una armoniosa visión total del hombre y la sociedad y el sentimiento agudo de la responsabilidad que entraña nuestra profesión de fe, como reza el documento fundacional. Rafael Ayerza, Juan Antonio Bourdieu, Tomás D. Casares, Atilio Dell’Oro Maini, Faustino J. Legón, Samuel W. Medrano, Uriel O’Farrell, Octavio Pico Estrada y Eduardo Saubidet Bilbao fueron los firmantes de ese documento.

Los Cursos, destaca el autor citando a Casares, “nacieron de la conciencia que una generación católica tuvo de su indigencia intelectual y de que la raíz de esa indigencia estaba en el divorcio de la fe y la inteligencia”.

Fueron cursos de cultura, o sea de la acción y el efecto de cultivar a la persona para alcanzar un “crecimiento vital”. Y no solo de “cultura”, sino de “cultura católica”, fundada en la fe católica y en todo lo que incrementa la vida de la fe por la vía de la inteligencia debidamente rectificadas, consciente de las limitaciones inherentes a todo lo humano.

Pero también, como bien señala José María, el mismo carácter de cultura católica comportaba algo más que la sola doctrina: comportaba una apertura que asumía los bienes culturales de la más diversas índole y procedencia, transformaba tales bienes y les confería una nueva existencia: se trataba, pues, de una *cultura católica*, o sea, *una* en su diversidad, es decir, universal.

Y esta tarea eminentemente docente para desarrollar y perfeccionar las facultades intelectuales y morales de los alumnos asistentes, desbordó en muchas otras actividades, como los ejercicios y retiros espirituales, el apostolado social y las obras de misericordia.

Así rememora Medrano el imborrable recuerdo de los retiros predicados por ese gran santo que fue Don Orión, creador de los Pequeños Cottolengos para las personas con discapacidad, para los que sufren y para los abandonados en las periferias de las grandes ciudades. Recordaba un gran amigo el P. Pepe Villarino, en el prólogo de un libro de Jean Vanier, “el Corazón del Arca”, esa frase conmovedora de Don Orión cuando al inaugurar el Cottolengo en nuestro país dijo estas palabras: “La puerta del Pequeño Cottolengo no preguntará a quien entra si tiene nombre, sino solamente si tiene un dolor”. *En esa Puerta aprendieron los hombres de los Cursos el sentido y el significado de la compasión y de la Misericordia divina y humana.*

Al mismo tiempo, esa comunión moral con la pobreza, de la cual hablaba Caesares, condujo también en los Cursos a la fundación de la Conferencia Vicentina siguiendo el espíritu del Fundador de tales conferencias, Federico Ozanam, todo ello en consonancia con el llamado de la Iglesia al laicado para encontrar una solución según los principios cristianos de la entonces llamada cuestión social, prefigurando a mi entender también el llamado tan actual y candente del Papa Francisco a la Misericordia.

Tal multiplicidad de propósitos, signada por la búsqueda de una cultura integral, se plasmó en los Cursos en toda clase de actividades además del programa inicial mínimo dedicado a la Filosofía, a la Historia de la Iglesia y a las Sagradas Escrituras y se extendió a todos los campos del saber; se dictaron cursos, conferencias y seminarios de toda clase y especie, se recibió a ilustres visitantes extranjeros, se creó la biblioteca, la escuela de filosofía, la liturgia y el llamado “Convivio” para el cultivo de las letras y las artes, un departamento de folklore, la publicación de libros y revistas de la talla del Criterio de la primera época, Número y Ortodoxia, así como el propósito firme de formar en la auténtica cultura también a los sectores más populares y a los obreros en particular. Del seno de los Cursos también surgieron varias asociaciones de profesionales católicos, como fueron la de abogados (nuestros anfitriones hoy), el Consorcio de médicos, el de arquitectos, ingenieros, economistas y odontólogos.

Es que los Cursos de Cultura Católica no fueron como nos dice el autor solamente un agrupamiento de intelectuales, artistas y escritores dedicados a practicar, enseñar y aprender sus respectivas disciplinas. Fueron, primordialmente, un centro intelectual de irradiante espiritualidad que tendió a promover la vida católica, con arreglo al principio tomista según el cual antes que la doctrina está la vida. En esto la teoría y la práctica se aúnan porque, como dice José María y quizás diría Platón, se piensa y se actúa con toda el alma.

3. Las fechas importantes

A continuación, Medrano menciona las fechas importantes de los Cursos: el 21 de agosto de 1922, día de su fundación con la participación de los ya nombrados fundadores y de dos eminentes obispos, como fueron Monseñor Bernabé Piedra Buena y Monseñor Miguel de Andrea; el 14 de mayo de 1939, cuando asume la dirección de los Cursos Mons. Solari, con la participación de un Consejo Directivo y Comisionados laicos, entre los cuales se encontraban la mayor parte de los miembros

fundadores; el 12 de septiembre de 1939, cuando la Sagrada Congregación de Seminarios y Universidades de Estudios aprueban las “Normas y Bases de los Cursos de Cultura Católica” que preparan el camino, primero, para el Instituto de Cultura Superior Católica y, luego, para la Universidad Católica de la República Argentina. El 26 de mayo de 1947, cuando asume del nuevo Director, Presbítero Canónigo Luis María Etcheverry Boneo, del cual soy discípulo, hombre de condiciones intelectuales eximias, luego fundador de los Colegios San Pablo, de varones y de mujeres de esta Ciudad, hoy Colegio Pbro. Etcheverry Boneo, y comienza entonces la transformación de los “Cursos”, en el Instituto Católico de Cultura de Buenos Aires. Por último, el 7 de marzo de 1958, “en la festividad de Santo Tomás de Aquino”, cuando mediante la declaración colectiva de ese día el Episcopado declara oficialmente fundada la Universidad Católica Argentina.

4. Los hombres de los Cursos

Pasa a relatar luego, José María, quiénes y cómo fueron los hombres de los Cursos. Recuerda, en primer lugar, en nombre y representación de todos, a tres de aquellos fundadores, con palabras de otro fundador, su padre Samuel W. Medrano, quien sobre ellos dejó escrito: “Tres nombres, entre los de aquellos hombres jóvenes, deben ser recordados al ponderar el posterior florecimiento de los Cursos, porque le dieron con inagotable y generosa solicitud la ofrenda de su propia jerarquía intelectual: los de Atilio Dell’Oro Maini y Tomás Casares, que afrontaron y compartieron la dirección durante más de tres lustros; y el de César Pico, cuya extraordinaria personalidad alcanzó hermosa plenitud en su inolvidable magisterio del ‘Convivio’”.

Y qué decir de la extraordinaria jerarquía intelectual de sus profesores, hombres como José Ubach S. J., profesor de Filosofía; Serafín Protín, de la Orden de Agustinos de la Asunción, profesor de Historia de la Iglesia; Vicente Sauras S. J., profesor de Sagradas Escrituras y las clases de Liturgia de Eleuterio González, “un benedictino que parecía recién llegado de Cluny”.

José María distingue, además, entre los hombres *de* los “Cursos” de los hombres *en* los “Cursos”. Los hombres *de* los “Cursos” fueron aquellos que desde dentro, desde hábitos y virtudes firmemente arraigados, encarnaron el espíritu de la institución. Hombres *en* los “Cursos” fueron aquellos que llegaron a éstos desde fuera, algunos para quedarse y otros para irse, pero sin que ninguno de ellos, hasta donde puede saberse, dejara de recordarlos con afecto y gratitud. Jorge Luis Borges: un hombre *en* los “Cursos” que se fue; Leopoldo Marechal: un hombre *de* los “Cursos” que se quedó.

5. Las generaciones de los Cursos

Dos generaciones de los Cursos distingue Medrano. La primera, muy jóvenes, tenían entre veintitrés y veintiocho años, a la fecha de la fundación. Cabe destacar, entre muchos otros, a: Dell’Oro Maini, el fundador; Casares, el director; Pico, el animador. Ambos, Dell’Oro y Casares, recuerda José María, tenían la misma edad y se habían graduado y doctorado como abogados en la Facultad de Derecho de la Univer-

sidad de Buenos Aires, en la misma época. Ambos tuvieron, además de una intensa actividad intelectual, relevante actuación pública que, en Dell’Oro, culminó, dentro del país, con su desempeño como presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales y como Ministro de Educación de la Nación, y fuera del país, como presidente del Consejo Ejecutivo de la UNESCO. Por su parte, el doctor Casares, que había transitado todos los cargos de la carrera judicial, fue finalmente Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La segunda generación de los “Cursos” estuvo integrada por los veinteañeros de la década del treinta, y a ella pertenecía un hombre de cultura sin igual, como fue Máximo Etchecopar, quien pone en boca de su personaje literario, Lofredo Paz, estas palabras: “La cultura intelectual, la que de verdad es nutricia, no penetra por los ojos ni por el oído, sino por el alma, por esa puerta secreta que de tanto en tanto se abre en nosotros [...]. Ya cerrada esa puerta, le erudición y las citas de autores doctos que amontonamos junto a nosotros, sirven de bien poca cosa”.

La división generacional no impidió la perseverancia de los iniciadores y la quizás a veces difícil, aunque siempre esencial, convivencia con los nuevos. Allí están, por ejemplo, de la primera generación, los poetas Ignacio B. Anzoátegui, Miguel Ángel Etcheverrigaray, Rafael Jijena Sánchez y Leopoldo Marechal; Mario Mendióroz, reconocido por su calidad de ensayista y por su leal y consecuente virtud de amistad; Manuel V. Ordóñez, después cofundador del partido Demócrata Cristiano en la Argentina. De la segunda generación figuran Santiago Estrada, Máximo Etchecopar, Mario Amadeo, todos de relevante actuación en nuestro medio y, en distintos momentos, embajadores de la República Argentina ante distintos gobiernos e instituciones.

No puedo dejar de decir unas palabras de Santiago de Estrada, hombre de esa segunda generación, el inolvidable decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UCA. Fui su Secretario durante el período 81-85. Santiago, como le decíamos todos, Embajador argentino dos veces por ante el Vaticano, durante los Papados de Juan XXIII y Paulo VI, partícipe fundamental en las negociaciones que terminaron dando lugar al Acuerdo con la Santa Sede de 1966, magistrado, jurista y profesor, fue, por sobre todas las cosas, un hombre enamorado de la educación cristiana, especialmente de la juventud. Consciente de la importancia de esta tarea, nos decía en el editorial de *Universitas* de septiembre de 1983: “En definitiva, más allá de las elecciones, por encima de las lides partidarias, hay un campo superior al de la política, que ningún laico cristiano podría descuidar sin riesgos de su personal salvación. Es el ámbito donde se siembran las ideas, se forman las conciencias y se orientan a las gentes que comparten con él su existencia. ¡Y si esto es imperioso para cualquiera, cuanto lo será para los que de alguna manera han sido llamados a la vida cultural y universitaria bajo el signo de la Fe!”

6. La formación filosófica

Demuestra también José María la constante preocupación de los “Cursos” en procurar una adecuada formación filosófica, asumiendo como guía maestra la filoso-

fía de Santo Tomás de Aquino, tal como propiciaba la doctrina de la encíclica *Aeterni Patris* y la de sus sucesores.

Dos filósofos, obispos y Cardenales protagonistas del aludido renacimiento tomista gravitaron notablemente en la formación de los hombres de los “Cursos”: el Cardenal Zeferino González O. P. (1831-1894), Obispo de Córdoba, Arzobispo de Sevilla, Cardenal Arzobispo de Toledo, Primado de España, Patriarca de las Indias, o, más simplemente, Fray Zeferino y el Cardenal Désiré Mercier (1851-1926), Arzobispo de Malinas y Primado de Bélgica durante veinte años.

Este último, activo filósofo empeñado en acercar el tomismo a la ciencia moderna, pensaba además que era tan injusto saltar por sobre la Edad Media, como saltar por encima de la filosofía moderna. Su compromiso con la verdad y ese espíritu integrador que anhelaba unir la tradición clásica con lo mejor de la filosofía moderna, me hace recordar a ese gran profesor ya fallecido que fue Emilio Komar, una misma pasión por la verdad, “por la verdad de las cosas, comprende”, como repetía incesantemente el genial y apasionado profesor esloveno, mientras insistía también, como el Cardenal Mercier, en mostrar las líneas de continuidad histórica entre lo mejor de la tradición clásica con Platón, Aristóteles, San Agustín, la gran síntesis de Razón y Fe del Doctor Angélico y lo mejor de la modernidad.

En la década siguiente los Cursos recibieron a otro teólogo de excepción, como fue el Padre dominico Garrigou-Lagrange. Pero la visita que tal vez caló más hondo en los “Cursos” y fuera de los “Cursos” fue la acontecida en 1936, la de Jacques Maritain. Las lecciones que Maritain dio allí, nos recuerda José María, fueron publicadas por estos con el título: “Para una filosofía de la persona humana”, en 1937.

También fue fundada en los Cursos una Escuela de Filosofía, donde enseñaron Monseñor Derisi y el padre Juan R. Sepich, a los que se agregaron más tarde otros profesores. De la misma orientación tomista es la obra de Casares, *La Justicia y el Derecho*, editada primero con el sello de los Cursos y que mi padre, discípulo y profesor adjunto de Casares en la cátedra de Filosofía del Derecho de la UCA, que luego de él heredó, me enseñó a leer, apreciar y disfrutar ya de muy joven.

7. Los “Cursos”, las letras y las artes

A renglón seguido, nos recuerda Medrano que la cultura católica no se agota con el tratamiento de temas teológicos, filosóficos o científicos, por más importantes que estos sean. Ella también exige la contemplación de la belleza y el consiguiente cultivo de las letras y de las artes, sin perder de vista fines más altos que aparecen en la moral y en la virtud de religión. Esto irrumpió con fuerza a través de la “Comisión de Artes y Letras de los Cursos de Cultura Católica”, origen del después denominado “Convivio”, cuyo gran animador fue el médico y filósofo, César E. Pico, y que fue frecuentado por escritores, artistas plásticos y músicos de la talla de Ignacio B. Anzoátegui, Leopoldo Márcela, Francisco Luis Bernárdez, Rafael Jijena Sánchez, Jacobo Fijman, Osvaldo Dondo, Carlos Sáenz, Miguel Etcheverrigaray, Julio Camino y el mismo Jorge Luis Borges y por pintores como Basaldúa, Ignacio Buitrago, Ballester Peña, Butler, Victor Déles y Juan Antonio, este último también poeta, grabador y artista gráfico, autor de las preciosas ilustraciones en la tapa e interior de

este libro y diseñador del escudo de la Ciudad de Buenos Aires, el de la Conferencia Episcopal Argentina y de la Acción Católica, entre muchos otros.

Ahora bien, como dice José María, a los “Cursos” y a su “Convivio” no les interesaban solo las artes y las letras. Le interesaban, primordialmente, las personas de los artistas y de los escritores. Es que como decía Dell’Oro, “[...] el cristiano hace obra bella no por ser cristiano sino por ser artista y su obra es cristiana en la medida en que lo es su corazón y su amor”.

8. Últimas reflexiones

8.1. Los “Cursos” y la amistad

Como bien dice en su libro el autor, “de las virtudes que los ‘Cursos’ intentaron cultivar y acrecentar, no fue menor la virtud de la amistad. Por eso dijo Casares [...] nosotros llegamos a ser, gracias a Dios, una verdadera familia. Y una familia particularmente unida quizás porque la nuestra fue siempre una familia de aventureros. Porque los Cursos fueron lo que fueron por haber sido por encima de todo una aventura. Se necesitaba una vinculación extrarreglamentaria, extraoficial y de convivencia familiar para que existieran los cursos y así se dio”.

Tengo para mí que esa vinculación sin norma reglamentaria fue alimentada por el calor sin medida de una auténtica amistad. Amistad de empresa y de ideales comunes, de una misma visión del mundo y de un mismo criterio para ver la realidad, de una misma forma de sentir y de amar el bien, la vida y los valores del espíritu. No de una manera desencarnada, como si el hombre fuera un Ángel, sino como un cuerpo vivificado por un espíritu, totalmente alejado de un racionalismo vacío o de un moralismo estoico y puritano que ahoga todo lo que de pasión tiene el hombre y que funda sus convicciones en el deber por el deber mismo. Tampoco fue un puro sentimentalismo fatuo, que termina por lo general siendo esclavo de las pasiones; hubo sí sentido del deber, pero un deber cimentado en el descubrimiento de la realidad, como diría Pieper, en la verdad y en el bien amados con pasión, con libertad intelectual y con libertad moral, como si fuera posible hacer realidad esa frase de San Agustín, bien comprendida: ¡“Ama y haz lo que quieras!”

Por eso fue una amistad que procuraba, en primer lugar, el bien del amigo, que se entusiasmaba con sus triunfos y se entristecía con sus derrotas. Como dice José María, “[...] nada más alejado de la malevolencia, los celos y las envidias que suelen verse en intelectuales que se complacen en denigrarse los unos a los otros, incluso entre sedicentes ‘amigos’, aun insidiosamente o con un humorismo corrosivo”.

Los Cursos tuvieron, además, un gran especialista en eso que es tan humano y al mismo tiempo tan divino, como lo es la amistad. Ese hombre fue Mario Mendioroz, a quien tuve la gracia de conocer. Mario, solterón empedernido como los de antes, hizo de la amistad un verdadero sacerdocio, su vida la gastaba enteramente en sus amigos, en cultivarlos, acompañarlos en los momentos buenos y en los malos, aconsejando, compartiendo y festejando las alegrías, también consolando en la desgracia, y cuando nada se podía hacer, estar ahí, en la oración en el silencio, ¡sólo estar ahí y con eso es ya bastante! Mario era, además, un especialista en arreglar las amis-

tades de amigos desarregladas por una pelea, una discusión o una mala actitud, de esas que de vez en cuando, a veces más que menos, tenemos. Era entonces también el guardián de la amistad de los Cursos. ¡Cuántos Marios harían falta hoy en esta ciudad –a veces tan gris y tan de prisa–, para dar una palabra de aliento al amigo, para renovar incluso la amistad a veces perdida entre nosotros mismos, para saber perdonar, aun cuando la agresión haya sido injusta, porque el perdón es también parte esencial de la amistad y también de algo más grande como es la misericordia!

8.2. Los poetas de los Cursos

Siempre me resultó atrapante este aspecto tan singular y quiero destacar, entre muchas otras, tres inquietudes centrales que los Poetas de los Cursos tuvieron, como expresión muy bella de sentimientos comunes, también con aquellos que no eran artistas, sino más bien intelectuales u hombres de acción.

Esas tres inquietudes, objetos de contemplación, canto y poesía por los hombres de los Cursos, fueron Dios, Uno y Trino, Verbo Encarnado; Cristo, Dios y Hombre; la Patria y María. Daré solo unos pocos ejemplos, en boca de algunos de estos poetas:

8.2.1. Dios y Cristo

Primero Dios en boca del Presbítero Leonardo Castellani, en su poema “¿Dónde está Dios?”

*¿Dónde está Dios? Por ahí. Está en los justos
y está en los pecadores
en los templos vetustos
y en la efímera pompa de unas flores.*

*Para que no lo adores
semanalmente sólo, a plazos justos
está en la noche insomne de disgustos
y en la aurora de férvidos colores.*

*Escondido en el fondo de tu fuerte
paciencia o tozudez y en esa frágil
tenue esperanza de vencer la muerte*

*y en esa atada inteligencia ágil
reina cautiva que conoce cierto
que hay una puerta y -no sé dónde- un Puerto.*

Y Jacobo Fijman, en “Estrella de la mañana” (Fragmentos), cuando rezaba y cantaba:

*Tu alma canta, mi alma reza.
Salta tu canto, vuela mi rezo en Cristo unidos
en la fragancia preciosa de los ángeles de la muerte.*

*Tu canto desciende en los silencios y en las llamas de la alabanza.
Tu alma canta, mi alma reza: viento interior de frío, viento interior de llama
y el frío de los días con sus noches y el frío de las vidas y las muertes.*

*Tu alma canta, mi alma reza
en reinos florecidos de palomas en el día y la noche
interior de la vida y la muerte.*

Fue Fijman el poeta judío converso que dijo un día en un reportaje, como recuerda José María: “Me considero un muerto. Un muerto en vida. Vivo en Cristo”.

8.2.2. La Patria

También los poetas de los Cursos vibraron con la sola mención de la Patria y, entonces, fue objeto de contemplación y sentido homenaje.

En sus versos parece cantar siempre una Argentina generosa y de la abundancia que en los poemas de Francisco Luis Bernárdez se transforma en el fuego de la Caridad. Resuenan vibrantes los versos del poeta en su recordada “Oda a la Patria”, como si hubiera descifrado allí que es de la esencia de nuestro país la misericordia con el necesitado, que no es otra cosa que hermana sublime de la virtud teologal de la Caridad.

*Dios la fundó sobre la tierra para que hubiera menos hambre y menos frío
Dios la fundó sobre la tierra para que fuera soportable su castigo
Desde aquel día es para el hombre desamparado como el árbol del camino
Porque da frutos como el árbol y como el árbol tiene sombra y tiene nidos.*

*Es un sonido de monedas caritativas que la tierra desparrama
Y de triguales que maduran sagradamente para el cuerpo y para el alma
Nombre de luz para los ciegos, nombre de hogar para los hombres sin morada
Para el hambriento y el sediento, nombre de pan y al mismo tiempo nombre de agua
Nombre que suena entre los nombres como entre todas las demás la voz amada.*

*Dios la fundó sobre la tierra para que hubiera menos llanto y menos luto
Dios la fundó para que fuera como un inmenso corazón en este mundo
Mano sin tasa para el pobre, puerta sin llave, pan sin fin, sol sin crepúsculo
Dulce regazo para el triste, calor de hogar para el errante y el desnudo
La caridad es quien inspira su vocación de manantial y de refugio
En las tinieblas de la historia la Cruz del Sur le dicta el rumbo más seguro.*

*Ninguna fuerza de la tierra podrá torcer este designio y este rumbo
Por algo hay cielo en la bandera y un gesto noble y fraternal en el escudo*

*Gracias, Señor, por este pueblo de manos limpias, frentes altas y ojos puros.
Gracias, Señor, por esta tierra de bendición y porque somos hijos suyos.*

Con parecido espíritu, canta Leopoldo Marechal a la Patria todavía joven, tierra de abundancia, en su poema, “La Patria”:

*La Patria era un retozo de niñez
En el Sur aventado, en la llanura
tamborileante de ganaderías
Yo la vi frente al juego de las hierras:
estampaba su risa en los novillos;
o junto al universo de los esquiladores,
cosechando el vellón en las ovejas
Y las coplas en las dulces guitarras de septiembre.*

*Yo vi la Patria en el amanecer
que abrían los reseros con la llave
mugiente de sus tropas
La vi en el mediodía tostado como un pan,
entre los domadores que soltaban y ataban
el nudo de la furia en sus potrillos.
La vi junto a los pozos del agua o del amor,
¡niña trazando el orbe de sus juegos!
Y la vi en el regazo de las noches australes
dormida y con los pechos no brotados aun.*

Marechal se impacienta por la Patria que debe ser pero todavía no fue y por eso clama:

*Y descubrí en mi alma. “Todavía no es tiempo:
no es el año, ni el siglo, ni la edad
la niñez de la Patria jugará todavía
más allá de tu muerte y la de todos
los herreros que truenan junto al río”.*

Y por eso, concluye apesadumbrado:

*La Patria no ha de ser para nosotros
Nada más que una hija y un miedo inevitable,
Y un dolor que se lleva en el costado sin palabra ni grito
Por eso, nunca más hablaré de la Patria.*

Pienso que es cierto, hay momentos en que la Patria nos duele, ¡tierra de abundancia y tan desaprovechada como está!, mientras muchos hombres y mujeres, de adentro y de afuera, necesitados de todo y por sobre todas las cosas de una palabra

de cariño y de una semilla de paz, esperan que en algún momento la Argentina despierte y cumpla fervorosamente con su vocación de Caridad.

Como lo canta de nuevo Bernárdez, en su poema “Estampa de San Martín de Tours, Patrono de Buenos Aires”:

*El Soldado Martín detuvo su caballo y se quedó mirando al mendigo
Que le pedía una limosna por el amor de nuestro señor Jesucristo
Y vio que tenía los ojos de los que han llorado y llorado desde niños
Y vio que tenía las manos de los que solamente saben ese oficio
Y vio que tenía la boca de los que no han dicho palabras de cariño.*

*Y al pensar en esto el soldado, no teniendo con qué socorrer al mendigo,
Como aquella causa era justa, desenvainó la espada que llevaba en el cinto
Rasgó por el medio su capa, le alargó la mitad y siguió su camino
Llevando la otra mitad para cubrir espiritualmente al pueblo argentino
Que con el andar de los años, había de nacer aquí, donde nacimos.*

Tales fueron los poetas de los Cursos, hay muchos otros que no tengo tiempo de admirar y así cantaron a su amado país, descifrando en esos versos, también en el dolor, cuál era y cuál debe ser el corazón de la Patria, lanzado a la humanidad según el fuego del amor.

8.2.3. *María, Nuestra Dama y Señora*

Ya en el acto inaugural de las clases de los C.C.C. del día 10 de mayo de 1933, recuerda bien José María que Casares, su Director, había invocado a la Santísima Virgen en estos términos:

“Inauguramos el undécimo año de vida de los Cursos de Cultura Católica bajo el patrocinio de la Santísima Virgen. Como a ‘Sedes sapientiae’, la invocamos desde hoy en esta Casa, porque es la suya la Sabiduría que en esta Casa se procura. No le pedimos que nos ilustre sino que nos ilumine, porque no aspiramos a saber mucho, sino a VER BIEN: no a enseñar, sino a ENTENDER; no a mandar, sino a SERVIR. De ella aprenderemos a ofrecer a Dios, en acto de abandono, el más alto atributo de nuestra condición humana, el espíritu, para servirle en el amor”.

Tan profundas y admirables palabras movilizaron al poeta Miguel Ángel Etcheverrigaray, en “Canción del Juglar de Nuestra Señora”, a decir estos versos:

*Juglar no puedo ser de ti, María,
sin ser juglar de amor enamorado:
y así te escojo como norte y guía
en este canto de Amor llorado,
porque sin ti mi canto no podría
llorar de amor en canto del Amado.*

Y respondían nuevamente con la misma música los versos de Francisco Bernárdez, en “Oración a Nuestra Señora de los Buenos Aires”:

*Virgen que das el puerto de tus brazos,
Virgen que das el puerto de tus ojos
Tanto a la embarcación hecha pedazos
Como a la voluntad hecha despojos
Que con el nombre que das la calma
Diste comienzo a la Ciudad querida,
Puesto que dar el nombre es dar el alma,
Puesto que dar el alma es dar la vida.*

Por fin, un poema admirable de Paul Claudel, el gran poeta converso francés, también maestro de los Cursos, porque si bien no enseñó allí, tuvo gran influencia en la formación intelectual y religiosa de muchos de sus hombres.

También dedicado a María, “La Virgen del Mediodía” resume, a mi modo de ver, muy bien ese cántico enamorado de los hombres de los Cursos, intelectuales y hombres de acción, poetas, pintores y músicos a María, que tengo para mí es también amor enamorado de todo el pueblo argentino, de ayer, de hoy y de siempre.

*Mediodía. Está la Iglesia abierta. Voy a entrar.
Madre de Jesucristo, no he venido a rezar.*

*Sin nada que pedirte, nada que darte.
Solo he venido, Madre, para mirarte.*

*Mirarte, llorar de dicha, mostrar así
Que soy hijo tuyo y que tú estás aquí.*

*Solo por un momento, cuando todo está en paz.
Al Mediodía, estar contigo Virgen, donde tú estás.*

*Viendo tu rostro en muda contemplación
Cante su propio canto mi corazón.*

*Sin decir nada, cantar únicamente
porque están los anhelos colmados
como el mirlo que persigue un motivo
en los compases de sus dísticos inesperados.*

*Porque eres bella y eres Inmaculada
La mujer por gracia al fin rehabilitada.*

*La criatura en su honor primero y en su florecimiento total
Como salida de las manos de Dios en la mañana de su esplendor original.*

RECENSIONES

*Inefablemente intacta porque eres Madre del Salvador
que es la verdad en tus brazos y la sola esperanza, el fruto de la flor.*

*Porque eres la mujer. Edén de antiguas ternuras olvidadas
cuya mirada penetra el corazón y hace brotar lágrimas acumuladas.*

*Porque salvaste a Francia y fuiste mi propia Salvadora.
Porque la Francia ha sido como yo de tu piedad merecedora.*

*Porque en la hora en que todo traqueaba tu gracias intervenía.
Porque salvaste una vez más la Francia mía.
orque es la fecha de hoy, a mediodía.*

*Simplemente porque eres María
porque eres simplemente y siempre estás aquí,
Madre de Jesucristo, ¡gracias a ti!*

Ojalá los argentinos todos, los de ayer, los de hoy y los de siempre, siguiendo el ejemplo de esa brillante generación de católicos argentinos, que vivió los Cursos, y que tan bien describió en su libro José María Medrano, podamos también decirle a Nuestra Virgen de Luján lo mismo que el poeta francés:

*Porque salvaste una vez más la Argentina mía.
Porque es la fecha de hoy, a mediodía.
Simplemente porque eres María.
Porque eres simplemente y siempre estás aquí.
¡Madre de Jesucristo, gracias a Ti!*

JUAN MARCOS PUEYRREDÓN

REVISTA *PRUDENTIA IURIS*

NORMAS DE PUBLICACIÓN

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

I. Cobertura temática

1. La Revista *Prudentia Iuris* publica textos relacionados con la investigación jurídico-política conforme a su misión que se inserten en las siguientes categorías temáticas:
 - 1.1. Filosofía del Derecho (Derecho Natural, Teoría del Derecho, Principios e Instituciones Jurídicas).
 - 1.2. Derecho Público (Constitucional, Administrativo, Penal, Laboral y Previsión Social, Tributario, Político, Internacional).
 - 1.3. Derecho Privado (Civil y Comercial).
 - 1.4. Historia del Derecho.
 - 1.5. Derecho Canónico y Eclesiástico.
 - 1.6. Derecho Comparado.

II. Secciones de la Revista

1. Trabajos de Investigación:

- 1.1. Se publicarán dentro de esta sección trabajos que cumplan con los siguientes requisitos:
 - que el tema tratado realice aportes científicos y ofrezca conceptos novedosos que enriquezcan el conocimiento;
 - que exista coherencia en la estructura demostrativa o argumentativa entre el problema, los objetivos, el método, los resultados y las conclusiones;
 - que la bibliografía sea actualizada y pertinente con la temática y que el texto sea inédito.
- 1.2. No podrán tener una extensión menor a las 4.000 ni mayor a las 12.000 palabras. La Redacción se reserva el derecho a publicar artículos en dos fascículos diferentes.
- 1.3. Estos trabajos serán sometidos al arbitraje de evaluadores conforme al punto III.

- 1.4. Los autores deberán enviar firmada a la Revista una carta que atestigüe la originalidad del texto tomando como guía el formulario disponible en el sitio web de la Revista.
2. **Notas y Comentarios:** trabajos breves sobre tópicos jurídicos, jurisprudencia o legislación. Extensión menor a 4.000 palabras.
3. **Recensiones:** reseñas de libros de aparición reciente (en principio no más de dos años) con una extensión máxima de 2.000 palabras.
4. **Cátedra Ley Natural y Persona Humana:** artículos, comentarios y reseñas que se relacionen con la Cátedra, incluyendo ponencias y comunicaciones que se presenten en Jornadas atinentes a la Cátedra que a criterio del Director merezcan ser publicadas por su relevancia académica. Los requisitos son los mismos que los puntos 1, 2 y 3 del presente apartado según sea la índole del texto.
5. **Documentos:** la Dirección de *Prudentia Iuris* seleccionará para cada número aquellos documentos que considere relevantes conforme a la temática o problemas atinentes a los objetivos de la Revista tales como textos del Magisterio de la Iglesia, Declaraciones de la Facultad de Derecho o Corporaciones o Colegios de Abogados, o de las múltiples Academias Jurídicas, Políticas y Científicas, etc.
6. **Otras secciones según la necesidad del número publicado:** noticias, publicación de textos ya publicados en otras lenguas, publicación de Conferencias y/o Comunicaciones en Congresos o Seminarios, etc.

III. Los autores

1. Deben enviar sus datos personales y los de la institución a la que pertenecen. El autor deberá indicar además su dirección de correo electrónico para ser publicada en la Revista.
2. Se autorizará a los autores que publiquen total o parcialmente sus trabajos en otras revistas, siempre y cuando aparezca al comienzo del artículo la referencia del número de *Prudentia Iuris* en el cual haya aparecido.
3. Los autores recibirán como agradecimiento y cortesía dos ejemplares del número de *Prudentia Iuris* en el que fue publicado su artículo.
4. Los autores de los artículos publicados además cederán sus derechos a la editorial, en forma no exclusiva, para que incorpore la versión digital de los mismos al Repositorio Institucional de la Universidad Católica Argentina como así también a otras bases de datos que considere de relevancia académica.
5. Los autores deberán declarar además todo lo relacionado con algún conflicto de intereses tales como si la investigación ha sido financiada por alguna institución, o si ha sido realizada en el marco de una beca, o si ha existido colaboración de personas que merezcan reconocimiento, etc.

IV. Arbitraje

1. Los textos enviados a *Prudentia Iuris* para la sección de “Trabajos de Investigación” serán evaluados por uno o dos especialistas designados por la Dirección de la Revista. Estos textos se someterán a arbitraje según el sistema de “doble ciego” para preservar el anonimato de los autores y de los árbitros.
2. Los árbitros solicitados deberán evaluar los trabajos conforme al punto II.1, según el formulario correspondiente y deberán guardar confidencialidad respecto a todo lo referido a su intervención como evaluadores.
3. El plazo para la realización del arbitraje será como máximo de 60 días desde la recepción del texto. Como agradecimiento a su colaboración se le entregará un ejemplar del número de la Revista en que hubiere intervenido como árbitro.
4. El dictamen del árbitro deberá indicar: Aprobado – Aprobado con cambios (opcional u obligatorio) – Aprobado, pero el árbitro verificará las correcciones – Rechazado. El dictamen será comunicado al autor.
5. En caso de controversia en el proceso de arbitraje, la cuestión será resuelta por el Comité Editorial de la Revista.

Anexo: Formato básico para textos y citas bibliográficas.

Textos

Papel A4; interlineado 1,5; tipo de letra Times New Roman: **NEGRITA DE 14 puntos para el título, negrita y cursiva de 12 puntos para los subtítulos de primer nivel, cursiva de 12 puntos para los subtítulos de segundo nivel, 12 puntos para el cuerpo del texto y 10 puntos para las notas a pie de página.**

El título deberá ser acompañado además por una versión en inglés en letra **Negrita de 11 puntos Times New Roman.**

Si el texto es aprobado como trabajo de investigación será publicado en la sección “Estudios Doctrinales”. En este caso, deberá enviarse: un resumen de entre 150 y 250 palabras y palabras claves en un número no mayor a 6, ambos en idioma original y en inglés.

Citas bibliográficas

Seguimos las normas internacionales de referencia pautadas por APA (*American Psychological Association*) que se utilizan en las publicaciones atinentes a las Ciencias Sociales.

Libros: Apellido autor, Iniciales nombre autor. (Año). *Título en cursiva*. Ciudad. Editorial.

Ej.: Gilson, É. (1997). *El realismo metódico*. Madrid. Encuentro.

En versión electrónica: Apellido, A. A. (Año). Título. Recuperado de <http://www.www>.

Ej. Carpintero Benítez, F. (1999). *La ley natural. Historia de un concepto controvertido*. Recuperado de <http://books.google.es/>.

Capítulo de un libro: Apellido, A. A. “Título del capítulo”. En A. A. Apellido. Título del libro (páginas). Ciudad. Editorial.

Ej. Barrow, R. H. (1980), “El genio práctico romano”. En Barrow, R. H. *Los romanos* (35-48). Buenos Aires, FCE.

Artículos científicos: Apellido autor, Iniciales nombre. (Año). Título del artículo. *Nombre de la Revista* (cursiva), Volumen, Número, Páginas.

Ej. De Martini, S. M. A. (Junio 2013). Raíces ideológicas de la perspectiva de género. *Prudentia Iuris*, Nro. 75, 67-89.

Conferencias, Ponencias en Simposio o Congresos: Apellido autor (es), Iniciales nombre. (Año). Título de la conferencia o ponencia. “En” Nombre del editor (Ed.), *Nombre del Congreso, Simposio o Jornada* (cursiva) (páginas). Ciudad. Editorial.

Ej. Arias de Ronchietto, C. E. (2003). Reglamentación legal de la filiación por dación o abandono del concebido criopreservado y reglamentación legal de las técnicas de procreación humana asistida en la República Argentina. En Casiello, J. J. y Nicolau, N. L. (Eds.), *XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Tomo 1, 37-44). Rosario. Lux.

Artículo de diario: Apellido autor, inicial del nombre (año, día y mes). Título del artículo. *Nombre del diario* (cursiva), páginas.

Ej. Ventura, A. (2013, 29 de noviembre). La Corte se distancia de la aprobación del proyecto sin consenso. *La Nación*, 7.

La Dirección de *Prudentia Iuris* se reserva el derecho de ajustar el estilo del aparato crítico a las normas de la Revista.