

PRUDENTIA IURIS N° 86

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



Diciembre 2018

Buenos Aires, Argentina.

ISSN: 0326-2774 (impresa)

ISSN: 2524-9525 (en línea)

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

Rector

Dr. Miguel Ángel Schiavone

Vicerrector de Integración

Pbro. Gustavo Boquín

Vicerrectora de Investigación e Innovación Académica

María Clara Zamora de Najún

Secretario Académico

Gabriel Limodio

Administrador General

Horacio Rodríguez Penelas

FACULTAD DE DERECHO

Pablo Garat
Decano

Daniel Herrera
Director de Carrera

Néstor Raymundo
Secretario Académico

Fernando Ubiría
Prosecretario Académico

Nicolás Lafferriere
Director de Investigación Jurídica Aplicada

Gustavo Costa Aguilar
Director de Posgrado

Director de la Revista

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

Secretaría de Redacción

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

Asistente Editorial

Estefanía Rogora

Comité Editorial

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

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

Francesco D'Agostino
(Universidad de Roma Tor Vergata, Roma, Italia)

Carlos I. Massini Correas
(Universidad de Mendoza, Mendoza, Argentina)

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

Joaquín García Huidobro
(Universidad de Los Andes, Bogotá, Colombia)

Rafael Santa María D'Angelo
(Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú)

Andrés Ollero
(Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, España)

Consejo Académico

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

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

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

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

Florencio Hubeñak
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)
Jorge Guillermo Portela
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)
Pedro Coviello
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)
Eugenio Palazzo
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)
Laura Corso de Estrada
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)
Fernando Ubiría
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)
Marcelo U. Salerno
(Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)
Luis Fernando Barzotto
(Universidad Federal de Porto Alegre,
Porto Alegre, Brasil)
Wambert Gomes Di Lorenzo
(Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul,
Porto Alegre, Brasil)
Claudio Sarteá
(Libera Università Maria SS. Assunta, Roma, Italia)
José Chávez Fernández
(Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú)
Gabriella Gambino
(Universidad de Roma Tor Vergata, Roma, Italia)
Fernando Toller
(Universidad Austral, Pilar, Argentina)
Alfonso Santiago
(Universidad Austral, Pilar, Argentina)
Renato Rabbi Baldi Cabanillas
(Universidad de Buenos Aires, Ciudad
Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Héctor Iribarne
(Universidad de Buenos Aires,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)
Juan Cianciardo
(Universidad Austral, Pilar, Buenos Aires)

Ligia de Jesús
(Ave María Law School, Florida, Estados Unidos)
Iván Garzón Vallejo
(Universidad de La Sabana, Chía, Colombia)
Ángela Vivanco
(Universidad de Santo Tomás de Aquino, Santiago de Chile, Chile)
Francesco Viola
(Universidad de Palermo, Palermo, Italia)
Mauro Ronco
(Universidad de Padova, Padua, Italia)
José Tobías
(Universidad de Buenos Aires,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)
Hernán Mathieu
(Universidad Católica de La Plata, La Plata, Buenos Aires)
Ilva Myriam Hoyos
(Academia Colombiana de Jurisprudencia, Colombia)
Carlos Barbé Delacroix
(Universidad Católica de Uruguay, Montevideo, Uruguay)
Carlos Martínez de Aguirre
(Universidad de Zaragoza, Zaragoza, España)

PRUDENTIA IURIS

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

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

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

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

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

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

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

Prudentia Iuris is a biannual Journal of the School of Law of the Pontifical Catholic University of Argentina “Santa María de los Buenos Aires”, which is aimed at developing a framework of legal thinking consistent with the basic principles of justice and natural order, illuminated by faith (*Prudentia Iuris*, no. 1, August 1980, p. 3).

The Journal covers the following fields: philosophy of law (natural law, legal theory, legal principles and concepts); public law (constitutional, administrative, labor and employment, social security), private law (civil and business law); history of law; canon law; comparative law.

Its subscribers include professors, researchers, legislators, judges, lawyers and students of legal science as well as university libraries, research centers and other public agencies. The journal maintains exchanges 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 (peer-review system). The authors of published articles also transfer their rights to the publisher, in a non-exclusive basis, to incorporate its digital version to the institutional repository of the Pontifical Catholic University of Argentina as well as other relevant databases.

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

For subscriptions, swaps, paper submissions and correspondence:

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

ISSN: 0326-2774 (versión impresa)
 ISSN: 2524-9525 (versión en línea)
 Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
 Buenos Aires, Argentina

PRUDENTIA IURIS

SUMARIO

DICIEMBRE 2018 – N° 86

Presentación 00

PARTE I. Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana

MAINO, Carlos Alberto Gabriel
 Billy Budd o sobre la existencia del Derecho Natural.
 (*Billy Budd or the issue of the existence of Natural Law*) 00

PARTE II. Artículos de investigación

SWINNEN, Jeremie
 Sobre los “actos de terrorismo” en el Derecho Internacional Humanitario. Una mirada desde los Convenios y Protocolos de Ginebra.
 (*About “Acts of Terrorism” in International Humanitarian Law. A discussion from the Geneva Conventions and Protocols’ Perspective*) 00

CAJARVILLE, Juan Carlos
 El régimen jurídico internacional en el marco del Derecho Sucesorio.
 (*The International Legal Regime within the Framework of Inheritance Law*) 00

SILVA ABBOTT, Max
 La notable incerteza que produce la incorporación de Tratados de Derechos Humanos al bloque de constitucionalidad.
 (*The Notable Uncertainty that Produces the Incorporation of Human Rights Treaties to the Constitutional Block*)..... 00

ROMERO BERDULLAS, Carlos Manuel
 Mitos y realidades del proceso acusatorio.
 (*Myths and Realities of the Accusatorial Process*)..... 00

BASAURE MIRANDA, Isaac Marcelo
 ¿Es posible la sindicalización de las fuerzas policiales en Argentina?
 (*Is it Possible to Unionize the Police Forces in Argentina?*) 00

MASSINI CORREAS, Carlos I. ¿Existen derechos de solidaridad? La tradición clásica y las propuestas liberales. (<i>Are there Solidarity Rights? The Classical Tradition and the Liberal Proposals</i>).....	00
---	----

PARTE III. Notas y Comentarios

La Ley N° 17.711 y la vigencia de los principios. (<i>Law N° 17.711 and the Validity of its Principles</i>), por Antonio Budano Roig	00
--	----

La naturaleza jurídica del cadáver: revisión y tendencia. (<i>The Legal Status of the Human Corpse: Review and Trends</i>), por Jorge Armando Guzmán Lozano	00
---	----

PARTE IV. Documentos y crónicas

Salerno, Marcelo U., Supervivencia en el tiempo de las leyes abrogadas. Exposición en el ciclo de conferencias organizado por el Doctor Martín Laclau en la Sección Filosofía Jurídica y Social, Asociación Argentina de Derecho Comparado..	00
--	----

Exposición de la Dra. María Angélica Gelli, sobre el Proyecto de Ley sobre Interrupción Voluntaria del Embarazo, Honorable Senado de la Nación Argentina, 10 de julio de 2018..	00
---	----

Exposición del Dr. Alfonso Santiago, sobre el Proyecto de Ley sobre Interrupción Voluntaria del Embarazo, Honorable Senado de la Nación Argentina, 31 de julio de 2018.	00
--	----

Exposición del Dr. Alberto Bianchi, sobre el Proyecto de Ley sobre Interrupción Voluntaria del Embarazo, Honorable Senado de la Nación Argentina, 31 de julio de 2018	00
---	----

Solicitada de la Pontificia Universidad Católica Argentina acerca de la cuestión del aborto, 6 de agosto de 2018, diarios Clarín y La Nación ...	00
--	----

RECENSIONES

CORRAL TALCIANI, Hernán, <i>El proceso contra Tomás Moro</i> , Madrid, Rialp, 2015 (por Carlos I. Massini Correas).....	00
---	----

RABBI BALDI CABANILLAS, Renato, <i>Lecciones de teoría del Derecho: una visión desde la jurisprudencia constitucional</i> , Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ábaco, 2016 (por Claudio Raúl Cuellar).....	00
--	----

HERNÁNDEZ, Héctor H., <i>Salvar vidas con el Derecho Penal. (Testimonio de un Defensor)</i> , Buenos Aires, Círculo Rojo, 2018 (por Carlos Manuel Romero Berdullas).....	00
--	----

CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, José, <i>Luis Recaséns y la Teoría estándar de la argumentación jurídica. Una revaloración del logos de lo razonable</i> , Pamplona, Thomson Reuters, 2017 (por Carlos Alberto Gabriel Maino).....	00
--	----

Normas de publicación	00
------------------------------------	----

PRESENTACIÓN

Presentamos el nro. 86 de la *Revista Prudentia Iuris* de nuestra Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Se trata del segundo número del año 2018 que se realiza bajo el sistema OJS en el sitio web de las revistas electrónicas de la Universidad. Este hecho es auspicioso para nuestra publicación, que quiere mantener el nivel académico y lograr la difusión que ofrecen los nuevos formatos digitales. Esperamos poder seguir mejorando en los aspectos editoriales, como en la profundidad y rigurosidad de los trabajos publicados. Un agradecimiento especial para la abogada Estefanía Rogora por su tarea de asistencia editorial que hace posible que la revista esté a disposición de sus lectores.

Este volumen se abre en la sección “Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana” con el trabajo del Dr. Gabriel Maino. El texto fue la base de una clase dada a los alumnos de la cátedra de *Jurisprudence in Ave María Law School*, Estados Unidos, y toma como punto de partida la lectura de la obra literaria *Billy Budd Sailor* para luego abordar algunos aspectos de la teoría iusnaturalista.

En la sección “Artículos de Investigación” contamos con tres artículos que analizan diversos temas del Derecho Internacional. El abogado Jeremie Swinnen, Especialista en Derecho Internacional Público, escribe sobre la naturaleza de los actos de terrorismo desde la perspectiva del Derecho Internacional Humanitario y los límites a su principio de necesidad militar que vuelven lícito, bajo determinadas condiciones, el uso de la fuerza. El Dr. Max Silva Abbott estudia cómo la incorporación de tratados de derechos humanos y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana al bloque de constitucionalidad, genera un problema de incerteza por la denominada internacionalización del derecho constitucional. En el ámbito del Derecho Internacional Privado, el abogado Juan C. Cajarville expone sobre el régimen jurídico de las sucesiones internacionales analizando si la actualidad legislativa argentina resuelve el histórico conflicto relativo a la aplicación del derecho extranjero en las sucesiones internacionales.

El Especialista en Derecho Penal, Carlos M. Romero Berdullas, busca en su artículo que el lector pueda comprender si ciertas afirmaciones sobre el proceso acusatorio constituyen parte de un mito o de la realidad. Por su parte, Issac Basaure Miranda reflexiona si dentro del ordenamiento jurídico argentino, es posible otorgarle personería jurídica gremial a las fuerzas policiales. Finalmente, el Dr. Carlos I. Massini-Correas estudia el fundamento de la solidaridad ética, primero desde la tradición clásica para luego mostrar el efecto que las propuestas liberales han tenido sobre la noción de solidaridad y su vinculación con el bien común.

En la sección “Notas y Comentarios”, se incluye el trabajo de Antonio Budano Roig quien escribe sobre la perdurabilidad en el derecho positivo argentino de algunos de los principios impulsados y consagrados por la ley 17.711, al haberse cumplido 50 años de su aprobación. Finalmente, Jorge A. Guzmán Lozano examina el estatuto jurídico del cadáver humano haciendo un trazado histórico-doctrinal sobre el tema.

La sección “Documentos” cuenta con la conferencia brindada por el Dr. Marcelo Salerno, sobre la supervivencia en el tiempo de las leyes abrogadas. Además el presente número de *Prudentia Iuris* es editado luego del debate legislativo dado en Argentina por el proyecto de legalización del aborto en nuestro ordenamiento jurídico. Celebrando el voto mayoritario por la negativa a aprobar el mencionado proyecto, incluimos en la sección los textos correspondientes a las presentaciones que hicieron ante la Honorable Cámara de Senadores: la Dra. María Angélica Gelli, el Dr. Alfonso Santiago y el Dr. Alberto Bianchi todos ellos reconocidos juristas de notable trayectoria académica. Finalmente, acompañamos la solicitada publicada por la Pontificia Universidad Católica Argentina sobre la cuestión del aborto. Estos documentos reflejan algunos de los muchos escritos y ponencias que se presentaron en el debate legislativo, con destacada participación de muchos egresados y profesores de nuestra Casa de Estudios. La UCA, junto con muchas otras instituciones, quiso levantar su voz por los más indefensos y señalar con firmeza que la legalización del aborto equivale a reconocer el fracaso de las políticas públicas para la protección y promoción de la maternidad vulnerable. Es posible pensar caminos alternativos para salvar siempre las dos vidas y consolidar un ordenamiento jurídico respetuoso del derecho a la vida desde la concepción hasta la muerte natural.

El presente número se cierra con las reseñas del Dr. Carlos Massini-Correas sobre el libro de Hernan Corral, *El proceso contra Tomás Moro*; Claudio R. Cuellar reseña el libro de Renato Rabbi Cabanillas, *Lecciones de teoría del derecho: una visión desde la jurisprudencia constitucional*; y Carlos M. Romero Berdullas nos acerca el libro Héctor Hernandez, *Salvar vidas con el derecho Penal (Testimonio de un Defensor)*. Por último, Gabriel

Maino reseña *Luis Recasens y la Teoría estándar de la argumentación jurídica. Una revaloración del logos de lo razonable*, libro escrito por José Chávez-Fernández Postigo.

La publicación de este número de *Prudentia Iuris* coincide con la finalización del mandato como Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina del Dr. Daniel A. Herrera. Desde la Revista queremos agradecer al Decano saliente su constante apoyo y participación en la tarea de crecimiento y consolidación de *Prudentia Iuris*. Durante su decanato, hemos avanzado en la adopción de nuevas normas y criterios editoriales para ingresar en los distintos repositorios y bases de datos, al tiempo que hemos mantenido la tensión a cumplir con la misión de nuestra Revista, en el diálogo de la clásica doctrina de la ley natural con las hodiernas cuestiones que plantea la ciencia jurídica. Por otra parte, estamos contentos porque el Dr. Herrera continuará colaborando con la Revista desde el Comité Editorial. Finalmente, damos la bienvenida al profesor Pablo M. Garat, nuevo Decano de la Facultad y le auguramos los mejores éxitos.

DR. JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE
Director

DRA. DÉBORA RANIERI DE CECHINI
Secretaria de Redacción

PARTE I

**CÁTEDRA INTERNACIONAL
LEY NATURAL
Y PERSONA HUMANA**

**BILLY BUDD O SOBRE LA EXISTENCIA DEL DERECHO
NATURAL**

Billy Budd or the issue of the existence of Natural Law

Billy Budd o circa l'esistenza del diritto naturale

Carlos Alberto Gabriel Maino¹

Recibido: 20 de febrero de 2018

Aprobado: 28 de febrero de 2018

Resumen: La presente es la versión en castellano de la clase magistral del Profesor Gabriel Maino (UCA-UBA) sobre Derecho Natural en Ave Maria School of Law (USA), brindada a los alumnos de la cátedra de *Jurisprudencia* del Prof. Brian Scarnecchia. La lectura previa para los asistentes a la clase fue una obra de ficción cuyo drama sirvió para iluminar el problema a abordar: *Billy Budd sailor*, de Herman Melville. Durante la clase se estudiaron distintos aspectos vinculados a la teoría iusnaturalista, tales como el concepto de Derecho moderno, la naturaleza humana y la razón práctica.

Palabras claves: Derecho Natural - Naturaleza humana - Concepto de Derecho - Libertad - Derecho y literatura.

Abstract: This is the Spanish version of the class Professor Gabriel Maino (UCA-UBA) gave at Ave Maria Law School (USA). The class was about Natural Law and was attended by the students of Jurisprudence of Prof. Brian Scarnecchia. The previous reading for the assistants was a text of fiction whose drama served to illuminate the problem to approach: *Billy Budd sailor*, by Herman Melville. The class addressed several topics of the

¹ Profesor con dedicación especial en la Pontificia Universidad Católica Argentina (Buenos Aires, Argentina), Docente en la Universidad de Buenos Aires (Buenos Aires, Argentina). Correo: gabriel@mainoabogados.com.ar.

Natural Law theory, such as the modern concept of Law, the human nature, and the practical reason.

Keywords: Natural Law - Human nature - Concept of Law - Freedom - Law and literature.

Sommario: Questa è la versione spagnola della master class del professor Gabriel Maino (UCA-UBA) sulla legge naturale presso la Ave Maria School of Law (USA), consegnata agli studenti della cattedra di giurisprudenza del Prof. Brian Scarnecchia. Gli assistenti alla classe gli assistenti alla classe avevano precedentemente letto un'opera letteraria di finzione, il cui dramma serviva ad illuminare il problema per avvicinarsi: il marinaio Billy Budd di Herman Melville. Durante la lezione sono stati affrontati diversi aspetti relativi alla teoria del diritto naturale, come il concetto di legge moderna, natura umana e ragione pratica.

Parole chiave: Diritto Naturale - Natura umana - Concetto di Legge - Libertà - Diritto e letteratura.

Para citar este texto:

Maino, C.A.G. (2018). "Billy Budd o sobre la existencia del Derecho Natural", *Prudentia Iuris*, N° 86, pp. 21-34

Introducción

Hagamos el ejercicio de reflexionar acerca de nuestra sociedad. En general, las personas saben que no deben robar, ni violar, ni matar. (Excluimos los desórdenes en virtud de los cuales no hay discernimiento de los actos cometidos).

De hecho, cuando alguien comete alguno de estos crímenes intenta ocultarlo por todos los medios. Nadie va por la calle diciendo que es un asesino, o un violador, o un ladrón. Nadie enseña a sus hijos que debe robar o matar injustamente. Quizás no todos saben *por qué* no se debe hacer o tienen *motivos distintos* para no hacerlo: frenos inhibitorios, temor al castigo, la regla de oro ética "no hagas a otros lo que no quieres que te hagan a ti", motivos religiosos.

Sin embargo, hay robo, hay violación, hay asesinato. ¿Por qué? Pensemos en crímenes pasionales, en crímenes llevados adelante bajo el efecto del alcohol o las drogas, o simplemente llevados adelante por ambición. En general, cuando las personas hacen algo malo tienen un *motivo*. De hecho, en Derecho Penal el motivo es un elemento determinante para conocer la culpabilidad.

Estos motivos los podemos clasificar en dos grandes grupos. Las personas a) se tiente y hacen algo que saben que no deben hacer (como cuando queremos hacer dieta y no podemos); o b) encuentran una justificación personal para hacerlo, un "motivo justificante".

No me extenderé demasiado en el primer caso, porque es algo tan connatural a nuestra condición humana que poco puedo agregar a nuestra experiencia personal. El segundo caso, aunque igual de cercano, es menos evidente.

Este segundo motivo no vuelve correcto lo incorrecto, y en general las personas lo sabemos, pero logra que, aunque se sepa que está mal lo que se hace, de todas maneras, se piense que hay algo que lo justifica internamente. Un buen ejemplo de esto último podemos extraerlo de algunas series de televisión o películas, como el personaje protagónico de *Breaking Bad*², Walter White. Se transforma en un criminal, pero el cáncer, su bajo sueldo de profesor, su situación familiar, el embarazo de su esposa, una compañía millonaria malvendida, todo ello pareciera justificar el volverse un productor de drogas, al punto de que el televidente se sorprende a sí mismo tomando partido por un delincuente común. Algo similar sucede con *El Padrino*³, famosa creación en la que la violencia del entorno delictivo, la corrupción de las autoridades y la protección de los suyos parecieran justificar una conducta absolutamente aberrante. En algún sentido, en cuestiones de menor cuantía, nosotros podemos llegar a pensar de este modo, por ejemplo, con relación a algunas infracciones de tránsito *porque no hay nadie en la ruta*, o también con el pago de impuestos *porque luego los políticos lo roban*.

Debido a este fenómeno, las personas nos organizamos socialmente para evitar estos desajustes en la conducta de las personas, e imponemos castigos para disuadir o –eventualmente– separar a quienes incurren en estas conductas. Ello lo hacemos a través del Derecho, estableciendo normas, y para la modernidad esta era la razón o el concepto más propio del Derecho. Es decir, una expresión escrita de reglas de conducta emitidas por el Estado.

La concepción moderna del Derecho en la literatura y Billy Budd

Esta concepción moderna del Derecho aparece en muchas obras literarias, siempre cuestionándose mucho, incluso pareciera que algunos auto-

² Serie de televisión estadounidense creada y producida por Vince Gilligan y estrenada en 2008.

³ Saga escrita por Mario Puzzo y dirigida por Francis Ford Coppola, la primera entrega es de 1972.

res se mofaran de ella. Sólo a título ejemplificativo podría mencionar a *Alicia en el país de las maravillas*, de Lewis Carroll, escrita en 1895. Allí, Alicia enfrenta a la Reina de Corazones, quien emite normas jurídicas ridículas y contradictorias entre sí. Más atrás en el tiempo, en *Los viajes de Gulliver*, de Jonathan Swift, de 1726, el autor irlandés satiriza a los abogados y al sistema jurídico en general, riéndose de todos los hombres de leyes.

Pero quizás la más famosa de las críticas burlonas a los abogados y al sistema de leyes es *El Mercader de Venecia*, de William Shakespeare, escrita a fines del siglo XVI, en donde los jueces y abogados se ven atrapados por un contrato ridículo que plantea un drama del que no pueden salir. En esta famosa obra de teatro la solución la trae una mujer (que debe vestirse de hombre para ser oída en la corte), que con su sagacidad –y cierta crueldad también– logra desentrañar la trampa jurídica en la que todos habían caído.

Lo que intento probar es que el concepto de Derecho de la modernidad, entendido como una serie de mandatos, prohibiciones y otro tipo de regulaciones, emanadas por el gobierno, y respaldadas por una sanción o castigo, nos ha granjeado la burla de nuestra propia cultura.

En esta línea creo que debemos leer *Willy Budd, Marinero*⁴. Herman Melville muestra claramente cómo para el Capitán Vere la justicia es algo indisolublemente asociado a la sanción, al castigo aplicado ciegamente, sin tener en cuenta otras consideraciones indicadas por la racionalidad.

Ese personaje, el Capitán Vere, es descrito por el autor como un ser noble y culto, ofrece una imagen que parece traída de un contexto mucho más sofisticado que el de un barco de guerra.

Por su parte, Billy es descrito casi como una especie de Adán antes de la caída. Ingenuo, sencillo, bello. Sus características son: inocencia, natural benevolencia, belleza, se lo apoda “el pacificador” y –notablemente– se lo describe como alguien con gran temor al castigo.

4 Escrita por Herman Melville a fines del siglo XIX, es una *nouvelle* acerca del misterio de iniquidad, la ley y la justicia. En el año 1797, la amenaza revolucionaria y las tropas del Directorio francés tienen consternada a Europa. En el Mediterráneo, el buque mercante *Derechos del Hombre* es abordado por el navío de guerra *Bellipotent* de la Armada Británica, con la intención de reclutar hombres. El único elegido es un joven huérfano, el gaviero Billy Budd, quien, según el capitán del mercante, tiene una virtud que dulcifica a los más amargados. En el nuevo barco, de hecho, no tarda en ganarse la benevolencia de marineros y oficiales, pero también atrae la atención del hosco maestro de armas Claggart, que no deja desde el principio de observarlo con una *antipatía profunda y espontánea*. Billy, en su inocencia, y a pesar de las advertencias de sus compañeros, no puede creer que Claggart le guarde animadversión, hasta que una acusación falsa precipita la violencia y el caos. Billy asesina a Claggart sin intención, y el Capitán Vere hace que sea enjuiciado por el remiso estado mayor del buque favoreciendo su condena a muerte.

Es decir que ambos protagonistas son, básicamente, justos. Y ambos a su modo terminarán víctimas de una comprensión equivocada de la justicia y de la ley.

La naturaleza humana en la modernidad

En los capítulos XI, XII y XIII, a propósito de la descripción de Claggart, hay toda una digresión sobre la naturaleza humana. La obra tiene una concepción pesimista sobre la naturaleza humana. La naturaleza humana es mala: la envidia, la venganza y las pasiones en general terminan por dominarla. Esto le ocurre incluso al desdichado Billy, que angélico como era, termina dominado por la ira al asesinar a Claggart.

Esta concepción de la naturaleza humana extremadamente pesimista tiene en la historia de nuestra cultura un punto de inicio en la Reforma Protestante⁵. Es una idea teológica que luego pasó a nuestra cultura occidental, sin importar nuestra Fe o creencias, como un elemento cultural.

Lutero sostenía que la naturaleza humana estaba totalmente corrompida por el pecado original y que no quedaba nada bueno en ella. De hecho, en la teología protestante, no tiene sentido hacer buenas obras para salvarnos. Las buenas obras se hacen sólo por obediencia, como en el personaje de *Flanders*, en *Los Simpson*⁶.

En el catolicismo hacemos buenas obras para asociarnos a Cristo y parecemos a Él. Para Lutero, esta idea (la de que podemos parecemos a Cristo) es una blasfemia, una impiedad, porque nunca podríamos parecemos a Él. En la teología de Lutero los hombres insanablemente malos solo nos salvamos porque Cristo *tapa nuestra inmundicia con su manto* y es justo en lugar nuestro.

Como dije, en el protestantismo luterano y calvinista tradicional, obviamente que todos debemos hacer buenas obras, pero por obediencia. Incluso por obediencia a la autoridad política, que tanto para Lutero como para Calvino son ministros de Dios. En el caso de Calvino, él mismo llegó a gobernar Ginebra (Suiza) junto a un *consejo de presbíteros*, constituyendo una especie de teocracia parecida a la que actualmente gobierna algunos países islámicos.

5 En realidad, de reinicio, pues también está presente en la cultura antigua, aunque en forma minoritaria.

6 *Los Simpson* es una serie animada estadounidense creada por Matt Groening para Fox Broadcasting Company y estrenada en 1989. “Ned” Flanders es un personaje vecino de la familia Simpson y odiado por Homero por ser insoportablemente perfecto. Es un cristiano evangélico devoto y es el más amigable y compasivo de todos los habitantes de Springfield.

Si tenemos en cuenta esta concepción de la naturaleza humana, comprenderemos mejor a un filósofo político tan importante como Thomas Hobbes y su concepción de una autoridad política y religiosa unificada, y el diseño de una verdadera geometría del poder en la que los ciudadanos no tienen ningún derecho. De hecho, Thomas Hobbes es el primero en utilizar el giro *Positive Law*, para separar el concepto del Derecho Natural de la integralidad del concepto de Derecho clásico que implicaba tanto al Derecho Natural como a las leyes del gobierno, e incluso otras normas, como la costumbre jurídica.

Y si Thomas Hobbes es de fines del siglo XVI y su programa fue puesto en práctica en Inglaterra enseguida, es lógico que todo aquel que no quisiera someterse a semejante autoridad emigrara a las 13 colonias buscando libertad religiosa, que es la libertad más importante y que comprende cualquier otra. Y explica la importancia que se da en la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos al Derecho Natural.

Esto explica también cómo un noble inglés conservador como Edmund Burke, que no comprendía y denostaba el desastre de la Revolución Francesa, admiraba y apoyaba desde Inglaterra a la Revolución Americana. Esa revolución no destruía al hombre y sus tradiciones como su versión francesa, sino que más bien recuperaba lo que Inglaterra venía perdiendo desde Enrique VIII y el período Isabelino.

Pero volviendo a Billy Budd, el autor Melville, que es un neoyorkino ateo del siglo XIX, no obstante, percibe en la sociedad estadounidense los vestigios de esa antropología pesimista que reinaba en su tiempo en Nueva Inglaterra, y dramatiza en esta novela cuáles son sus consecuencias.

¿Por qué digo que Melville critica el concepto de Derecho en sí mismo? Porque hay una serie de elementos que parecen no estar presentes en la mente del Capitán Vere, o, mejor dicho, están presentes, pero el Capitán Vere sólo puede ver la justicia en el castigo, en la sanción.

Incluso el estado mayor que juzga a Billy, por estar formado por personas más sencillas, advierte la injusticia intrínseca de la decisión. Pero no así el Capitán, porque era alguien culto –leía muchos libros– y, por lo tanto, percibía claramente que el concepto de Derecho equivalía a la sanción. Es el concepto de Derecho de John Austin⁷, el Derecho es un mandato del soberano respaldado por una amenaza de sanción.

De hecho, el Capitán podría haber encarcelado a Billy y dejar la decisión al Almirante de la flota. Si lo hubiera hecho, ¿creen que la decisión hubiera sido distinta? Yo creo que no, que el Capitán indujo al tribunal de oficiales a decidir como el Almirantazgo esperaba que decidiera.

7 John Austin (1790-1859) fue el jurista británico padre del positivismo jurídico analítico.

Por ejemplo, recordarán la importancia que se le da en la obra al antecedente del Motín del Nore, que indudablemente es un antecedente importante. Pero hay varios elementos que son soslayados en virtud del concepto de Derecho como un mandato del gobierno respaldado por un castigo. En primer lugar, el mismo carácter de Billy, su ausencia de antecedentes, y el impedimento para hablar del que sufría. En segundo lugar, la relevancia de la falsa acusación anterior. En tercer lugar, la falta de dolo, es decir, de intención de cometer el delito.

Finalmente, todo lleva al autor a hacer decir al Capitán Vere que hay una contradicción entre la naturaleza y las leyes del Rey. Incluso llega a preguntar retóricamente: ¿Le debemos lealtad a la Naturaleza o al Rey?

¿Qué es el Derecho en realidad?

Pero si el Derecho está íntimamente vinculado al castigo, podríamos preguntarnos: ¿qué pasaría en una sociedad de ángeles? Imaginemos que fuéramos seres perfectos, que no nos tentáramos con nada, no buscaríamos autojustificarnos ni vengarnos de nada. ¿Necesitaríamos del Derecho? Si alguno piensa que no, entonces cabría preguntarse: ¿cómo resolverían los ángeles quién debe pasar primero en la intersección de dos calles?

Parece que necesitaríamos del Derecho por una cuestión de orden, pues la conducta humana en sociedad requiere un orden que le permita funcionar. Aunque seamos ángeles, necesitaríamos del Derecho para saber quién debe atravesar primero una intersección, cuánto tiempo debe gobernar el arcángel y cuándo deben ser las próximas elecciones.

Esta ha sido la principal noción de Derecho de la antigüedad, la idea del Derecho como orden, formulada de modo eminente por Platón y de allí pasó a Aristóteles, a San Agustín y –a través de este– a la Escolástica, y es tan verdadera, y está tan enraizada en nuestra cultura, que aún la conservamos: la pregunta por la sociedad de ángeles es de Joseph Raz, que es un positivista inglés de origen judío, discípulo de Hart⁸.

Para Platón, la fuente del Derecho es la recta razón *orthos logos*, que es puesta por escrito e impuesta en la sociedad. La ley es pensamiento razonado *logismós* que es sancionado. Este *logismós* es lo contrario de la tentación, de la venganza, el rencor, la vagancia o toda otra tendencia desordenada.

En definitiva, Platón aplica en el plano social una versión análoga del orden con el que debe gobernarse la persona: la razón debe gobernar a la concupiscencia y la irascibilidad (de este modo podemos lograr adelgazar,

8 Joseph Raz (1939), Balioll Institute, Oxford.

entrenar para una competencia, o estudiar filosofía del derecho, entre otras muchas cosas).

Esta misma noción del Derecho como orden es recogida por Aristóteles, quien al comienzo de la metafísica dice: “Lo propio del sabio es ordenar”. ¿Pero con qué criterio ordenar la conducta humana? Una biblioteca la ordenamos alfabéticamente, los cubiertos y la vajilla los ordenamos por su tamaño, pero ¿cómo ordenar la conducta libre de los hombres? Aristóteles lo resuelve recurriendo al fin: las conductas deben ordenarse de acuerdo con el fin que persiguen, lo que en Aristóteles guarda identidad con la idea de *bien*: cada individuo tiene un fin que le es propio, y que consiste en un bien que le corresponde.

Cada ente, cada cosa, se mueve hacia un fin (bien) que le es propio y en el cual consiste su propia perfección. También el *bien* es llamado *causa final* y la existencia de un bien de todas las cosas y los seres es lo que nos permite hablar de bondad y de belleza.

Cuando decimos que algo es bello o bueno, lo hacemos porque tiene una perfección propia, en cierto grado ha alcanzado su fin, su bien, es decir, está ordenado. Lo bello y lo bueno son manifestaciones del orden, y el orden presupone que cada cosa tiene un fin, que es criterio de ordenación.

Hasta aquí, dos conclusiones importantes:

1) En el caso del Derecho, nosotros estamos abocados a ordenar la conducta humana libre (no ordenamos la respiración ni los latidos del corazón, sino aquello que hacemos libremente); por lo tanto, lo jurídico nunca puede ser considerado desvinculado de la moral, porque la actividad humana libre es estudiada principalmente por la filosofía moral.

No estoy diciendo que el Derecho y la moral sean lo mismo, sólo digo que pertenecen al mismo orden de cosas, que es la conducta humana libre.

No son lo mismo ni hay confusión, entre otras cosas porque el orden jurídico no comprende toda la conducta libre del hombre, sino aquella que es propia de la vida política y social. El orden moral tiene un campo de incumbencia mucho más amplio: toda la conducta libre. Un naufrago solo en una isla desierta no está comprendido por el orden jurídico, pero sí por el orden moral. Pero cuando estamos en el campo jurídico, el contenido y la forma de lo jurídico tienen atinencia moral, porque ambos órdenes comparten el mismo objeto: la conducta libre de los hombres.

2) Como ya vimos, el bien de algo tiene razón de fin de la conducta, y la idea de finalidad presupone un orden. A esto es a lo que los clásicos llaman *naturaleza*. La naturaleza de algo es el fin que persigue, el cual es su bien (y por ser un bien para sí lo apetece o lo persigue).

Volviendo sobre la naturaleza humana

Quizás deberíamos volver un momento sobre la naturaleza humana, porque habíamos visto que en la modernidad se estableció culturalmente una concepción pesimista de la naturaleza del hombre.

Comencemos con una pregunta: ¿es natural para nosotros levantarnos a las seis de la mañana o no resultaría más natural dormir hasta más tarde? Simplemente dormir hasta que nos despertemos espontáneamente, sin reloj despertador. Incluso podríamos plantearnos una pregunta más difícil: ¿es natural al hombre la monogamia?

El concepto de naturaleza clásico es distinto del concepto de naturaleza actual. Quizás hoy no concebimos que lo natural fuera dormir hasta tarde o cultivar el amor libre antes que madrugar y ser monógamos. *Pareciera que esas conductas son antinaturales o artificiales, algo que nos imponemos a nosotros mismos o que alguien nos impone.*

De hecho, muchas veces se dice que los niños actúan naturalmente cuando duermen y comen a cualquier hora, y que luego nosotros les imponemos nuestros inventos de comer y dormir a determinada hora, con la boca cerrada, utilizando cubiertos.

Pero desde el punto de vista clásico lo *verdaderamente humano*, lo que responde a nuestra *naturaleza*, a nuestro *fin propio*, es actuar conforme a la razón y de acuerdo a un orden. Esto nos realiza como personas, que, por tener inteligencia y libertad, estamos llamadas a actuar de este modo, y no siguiendo la espontaneidad de nuestros impulsos (de dormir, de comer a deshoras). El hombre come, duerme y se apareja como los animales, pero no del mismo modo, lo hace *humanamente* —o a eso está llamado.

Esto es así justamente porque este es el fin de la inteligencia y la voluntad, gobernarnos. ¿Para qué otra cosa estamos dotados de inteligencia y voluntad? ¿Para no usarlas y actuar como si no tuviéramos estas capacidades? Es evidente que sería descabellado pensar de ese modo.

Ahora bien, de todos modos, podría preguntarse: *Aun considerando que el hombre debe conducirse de un modo inteligente y libre hacia un bien que tiene razón de fin, y que resulta lo natural y lo racional. Dígame, ¿cómo se sabe cuál es concretamente ese bien o fin? ¿Por qué Ud. dice que madrugar o ser monógamo es nuestro bien o fin, y no más bien dormir y ser polígamos?*

Esto nos lleva al problema de la razón práctica. Es evidente que todos tenemos ciertos principios que se nos aparecen como verdaderos e indemostrables: por ejemplo, si yo señalo algo y digo “esto es una lapicera”, estoy haciendo una afirmación que no es compatible con decir que es un conejo al mismo tiempo. O es una lapicera, o es un conejo, o no es ninguna de las dos cosas, pero no puede ser una lapicera y un conejo al mismo tiempo.

Si sé lo que es una lapicera y sé lo que es un conejo, es *evidente* que algo no puede ser lapicera y conejo al mismo tiempo, y no necesito argumentar sobre eso. Es un conocimiento que tenemos todos los hombres sin necesidad de dar razones sobre ello.

Este conocimiento que no requiere razones se llama *primeros principios*. Este que les acabo de mencionar es el *primer principio teórico: algo no puede ser y no ser al mismo tiempo y en la misma circunstancia*.

Hasta aquí el tema no ofrece dificultades, salvo por el hecho de que en la modernidad nosotros tendemos a separar de modo tajante la razón teórica que nos permite tener este tipo de conocimiento verdadero e innato, de la razón práctica. Para la práctica, creemos tener *otra razón*, que funciona de un modo totalmente distinto, teniendo en cuenta circunstancias particulares, consideraciones pragmáticas, y otros principios.

Para Santo Tomás de Aquino⁹, en cambio, en el orden práctico hay que tener en cuenta circunstancias y consideraciones pragmáticas, pero la que piensa es la misma y única inteligencia, que es principalmente especulativa y que luego se expande o se ensancha al obrar.

Es verdad que hablamos de razón teórica que tiene por fin conocer, y razón práctica que tiene como finalidad el obrar. Pero no son dos razones distintas y separadas, esa es una idea de Kant, muy exitosa por cierto, pero probablemente falsa; no es como pensó nuestra cultura desde Aristóteles hasta el siglo XVIII.

Lo que llamamos *razón práctica* es la misma inteligencia del hombre que es a la vez teórica y práctica. Y así como hay primeros principios teóricos hay, primero, principios prácticos. El primer principio práctico es que hay que hacer el bien y evitar el mal. Nuestra conducta está gobernada por este primer principio que todos conocemos y sobre el que no hace falta razonar.

Haz el bien y evita el mal: *bonum faciendum, malum vitandum*

Todos los hombres actúan de esa forma de modo connatural. Podemos perseguir un bien *aparente*, o perseguirlo de modo desordenado, como cuando damos prioridad a algo superfluo por sobre algo esencial, pero este principio tiene fuerza deóntica, nuestra razón práctica nos impele a hacer el bien.

Sin embargo, aún no está respondida la pregunta inicial: *¿Cómo se conoce cuál es el bien? ¿Cómo sé que el bien es madrugar y no dormir todo el día? ¿O ser monógamo en vez de promiscuo?*

9 Santo Tomás de Aquino (1225-1274).

Cierto. Eso aún no lo respondí. Lo responderé enseguida. Pero gracias a este primer principio práctico, lo que sea que sea el bien, tenemos el deber de realizarlo. Porque, así como no puedo decir que la lapicera es al mismo tiempo un conejo, tampoco voy a poder decir *este es el bien, pero yo debo hacer otra cosa*. Eso no lo vamos a poder decir. Podremos hacer otra cosa, pero no vamos a estar actuando razonablemente ni humanamente.

Ahora bien, para responder a la pregunta por el bien del ser humano, aquello que debe hacer, tenemos que hacer lo que hacemos con cualquier otro ser, que es conocerlo. La rectitud de nuestra conducta, el orientarnos al bien, depende de que nuestra inteligencia primero conozca ese bien. En este sentido, el bien depende de la verdad. El bien pertenece antes a la inteligencia como verdadero, que a la voluntad como deseable. La voluntad está guiada por la inteligencia, que nos muestra cuál es ese bien. Por esta razón nadie come una piedra aunque tenga mucha hambre, ni toma veneno aunque tenga mucha sed. La rectitud de nuestro amor depende de la inteligencia.

Pensemos para qué está preparado el ser humano a partir de su observación:

- a) Para vivir, como todos los seres vivos. De manera tal que el homicida actúa en forma desordenada. Vulnera la esencia del hombre, que es vivir. Al homicida hay que meterlo preso por este motivo, por eso castigamos su conducta. Porque desde el punto de vista que estoy exponiendo su conducta es antinatural. Y es también antinatural quien mata al niño que no nació o quien mata al enfermo que no murió, porque estamos llamados a vivir, y vivir es nuestro derecho (natural).
- b) Luego, nuestra estructura está preparada para reproducirnos, para procrear y educar a nuestros hijos. Lo mismo que los animales y las plantas, pero al modo humano, del modo que eduquemos mejor física, psíquica y espiritualmente a nuestros hijos. Y tenemos el derecho (natural) de educar cada uno a sus hijos de acuerdo con sus convicciones morales y religiosas; y no a la convicción de quien gobierna, imponiendo una religión civil, ni una moral oficial, como se hace con los programas de educación sexual.
- c) Y el hombre se distingue por tener inteligencia y voluntad. Mediante la inteligencia conoce la verdad, y de ella se desprende el derecho a conocerla, a profesar libremente esa verdad y rendirle culto, a enseñar y aprender, inventar, asociarse con otros, participar en el gobierno de la sociedad. Y mediante la voluntad puede amar, puede comprometerse libremente, puede esforzarse y –por tanto– hay un derecho a que la sociedad reconozca ese compromiso libre (en el matrimonio, en la Universidad), que reconozca ese esfuerzo y el fruto de ese esfuerzo.

Y estos derechos no son meros deseos, están fundados en la naturaleza del hombre, entendiendo la naturaleza como el fin propio del hombre y sus facultades, un hombre que nace, vive, se reproduce, conoce, ama, crea y se compromete. Hay en esto una gran objetividad, puedo opinar otra cosa, o desear algo distinto, podemos incluso consensuar algo distinto, pero esto jamás cambiará. De hecho, cuando algún hombre actúa en contra de estas inclinaciones naturales decimos que está loco: un suicida, alguien que no se relaciona con los demás. En cierta manera es así, adolece de un desorden.

Adviértase que no estoy mencionando aquí sino argumentos puramente racionales y objetivos. La objetividad del Derecho Natural se desprende de la misma estructura del ser humano. Por lo tanto, es expresión de lo intrínsecamente justo, porque la naturaleza se caracteriza como tendencia a un fin que es subsumido bajo la razón de bien.

Como la estructura del ser humano no puede cambiar, tampoco puede cambiar el Derecho Natural, que es tan inmutable como el hombre mismo. Si cambiara la esencia del ser humano, ya no podríamos hablar más de *hombre*, por el principio de identidad y no contradicción. Lo que sí puede cambiar es el conocimiento que tenemos de él: antes de conocer cómo se formaba un niño en el vientre de la madre no podíamos saber que estábamos asesinando mediante el aborto, por ejemplo. Pero lo que progresa no es el Derecho Natural en sí mismo, que son principios tan inmutables como la esencia del hombre mismo, sino nuestro conocimiento y nuestra capacidad moral y material de reconocerlo y respetarlo.

¿Un manual del usuario del hombre?

A veces se puede tener una lectura un poco simplista o lineal de la doctrina que acabo de enunciar, como que tendríamos un manual del usuario del hombre. Tengo que crecer, reproducirme, educarme y educar, trabajar y vivir en sociedad, y con ello seré feliz. Esto es parcialmente cierto, porque en la práctica nuestra vida está plagada de decisiones intermedias, y es allí donde se juega la vida del hombre. V. gr., es más difícil decidir qué carrera seguir que tomar la decisión de estudiar en la universidad, o es más difícil decidir con quién casarse que tomar la decisión de casarse abstractamente. Lo mismo sucede en el resto de la vida moral.

Y las leyes positivas de cada pueblo y las costumbres de cada pueblo constituyen este aspecto variable de la vida humana y social. Las costumbres y leyes positivas son una adaptación o concretización justa de la naturaleza de la persona. Por eso en los Estados Unidos se puede doblar a la izquierda en las avenidas de doble mano y en Argentina no. Y no hay injusticia en ninguno de los dos casos. En Argentina el tránsito ya es lo suficien-

temente caótico como para que además doblemos a la izquierda en avenidas doble mano. Es simplemente una manera concreta de ordenar el tránsito, como en Australia circulan por la izquierda y no por la derecha.

A veces se ofrece una concepción errada de la relación que puede haber entre el Derecho Natural, tal como lo estoy mostrando, y el Derecho Positivo. Obviamente que una norma positiva que esté en contra de los principios que se desprenden de la naturaleza humana resulta injusta y, a veces, aberrante. Pero plantear el asunto desde estas excepciones aberrantes es equivocar el enfoque. Ciertamente que estas cuestiones son graves, y hay que prestarles atención. La injusticia siempre llama más nuestra atención que las normas ordenadas, y es lógico que así sea. Kant sostenía que los hombres sufrían más por la injusticia que por la desgracia: “La más grande y repetida forma de miseria a que están expuestos los seres humanos consiste en la injusticia, más bien que en la desgracia”¹⁰.

Pero no es menos cierto que el primer principio del Derecho Natural es respetar la ley positiva, pues esta es expresión de la natural sociabilidad del hombre, de su modo de vida inteligente y libre. Ahora bien, hecha esta aclaración, hay que hacer otra: la ley positiva no agota el concepto de Derecho. El Derecho es más que la ley positiva: la ley positiva es una de las expresiones del Derecho. Si algo se opone al Derecho Natural no puede hacerse justo por voluntad humana. El Derecho Positivo debe estar conforme al Derecho Natural para que pueda cumplir su función de regular con justicia la vida social. Una ley positiva que manda matar o robar u oprimir es un derecho desnaturalizado, desordenado, enfermo.

En la modernidad hay una asimilación entre ley positiva y Derecho que ha traído y trae una gran confusión. No son lo mismo. El Derecho es principalmente el orden por el que las cosas corresponden a alguien. No me refiero sólo a cosas materiales, sino también inmateriales, como la libertad. El Derecho es el título que alguien tiene sobre una cosa material o inmaterial. El título puede ser natural, puede ser legal, puede ser contractual, puede ser consuetudinario.

La ley positiva –junto con la jurisprudencia– es la reina de la organización jurídica moderna, pero no es todo el Derecho, el concepto de Derecho excede al de Derecho Positivo tanto cuantitativa como cualitativamente.

La libertad como conclusión

Una última palabra acerca de la libertad. Es decir, de la libertad de cada uno a vivir como quiera. Soy el primer defensor de esa libertad. Aun

¹⁰ Immanuel Kant (1724-1804).

considerando que hay una forma de vivir humanamente, esto es, ordenada a nuestros bienes más básicos, no considero que nadie pueda obligar a otro a vivir de ese modo.

Sí creo que muchas veces cuando alguien dice “cada uno debe hacer lo que quiera”, en realidad está diciendo “no me importa lo que hace”. No hay que confundir respeto con desinterés. Cuando yo amo a alguien, cuando a mí alguien me importa, entonces también me importa lo que hace. Deberé respetar sus decisiones, pero si veo que son malas, y esa persona me importa, no le diré “adelante, haz lo que quieras”, sino que intentaré que reflexione acerca de sus ideas y actos.

Pero de todos modos, en el plano estrictamente político, podemos coincidir en que la regla debe ser la libertad. Ahora bien, dentro de esta libertad política, no podemos obligar a los demás a vivir de un modo determinado, pero sí podemos dialogar acerca del bien común político y de cómo regularemos nuestra vida social en torno a ese bien. Es decir, es imposible legislar como si cualquier modo de vida y conducta fueran iguales. No sólo no es posible, tampoco es deseable, ni es razonable, pues como sociedad necesitamos ordenarnos en miras de nuestra prosperidad y felicidad.

Por ejemplo, no podemos obligar a nadie a vivir, pero tampoco deberíamos fomentar el suicidio de quien está enfermo, ni permitir la muerte de los indefensos. No podemos obligar a amar, pero tampoco fomentar el egoísmo, el individualismo y la vagancia.

Los hombres son libres para todo esto, pero como sociedad también tenemos que respetarnos. Y respetar es no ser indiferente. Respetar no es imponer, pero tampoco abandonar.

PARTE II

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

SOBRE LOS “ACTOS DE TERRORISMO” EN EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO. UNA MIRADA DESDE LOS CONVENIOS Y PROTOCOLOS DE GINEBRA

About “Acts of Terrorism” in International Humanitarian Law. A discussion from the Geneva Conventions and Protocols’ Perspective
Sugli “attacchi del terrorismo” nel Diritto Umanitario Internazionale. Uno sguardo delle Convenzioni e dei Protocolli di Ginevra

Jérémie Swinnen¹

“Methods of warfare may be permissible which in peacetime would amount to terrorist acts”².
(Hans-Peter Gasser, *Legal Adviser to the Directorate, ICRC*³)

Recibido: 15 de junio de 2017
Aprobado: 22 de mayo de 2018

Resumen: El presente ensayo pretende indagar sobre el concepto de “acto de terrorismo” en tiempos de conflictos armados desde la perspectiva del Derecho Internacional Humanitario. Dicha rama del Derecho, a través de sus principios (especialmente el de necesidad militar), contempla el uso

¹ Abogado, egresado de la Universidad Católica Argentina (UCA), especializado en Derecho Internacional Público en l’Université Catholique de Louvain (UCL) y Derecho Penal y Justicia Internacional con el Instituto Interregional de las Naciones Unidas para Investigaciones sobre la Delincuencia y la Justicia (UNICRI). Correo electrónico: jeremieswinnen@gmail.com. El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto Ius 2016-2018 “El Terrorismo internacional. Desafíos actuales del Derecho Penal local e internacional” (Directora: Sofia Josefina Danessa).

² “Existen métodos de conducción de hostilidades que en tiempos de paz equivaldrían a actos terroristas”. (Traducción propia del autor).

³ Gasser, H. P. (1986). *Prohibition of Terrorist Acts in International Humanitarian Law*. International Committee of the Red Cross, 16.

lícito de la fuerza, modificando el significado que se le ha atribuido a los actos de terrorismo en el Derecho Internacional general aplicable en tiempos de paz. Esto a costa de ocasionar, caso contrario, obligaciones contradictorias para las partes en un conflicto respecto al cumplimiento del Derecho Internacional Humanitario. Los Convenios de Ginebra y sus dos Protocolos hacen alusión a términos vinculados con el terrorismo, sobre los cuales el texto brinda ciertas aproximaciones que nos permitan dilucidar qué ha de comprenderse por este tipo de actos en este encuadre jurídico; realizando, por último, algunas apreciaciones respecto a la dirección en que pensamos que debería seguir evolucionando este concepto en el Derecho Internacional.

Palabras claves: Actos de terrorismo - Derecho Internacional Humanitario - Terrorismo internacional.

Abstract: This essay aims to investigate the concept of “act of terrorism” in times of armed conflicts from the perspective of International Humanitarian Law. This law area, through its principles (especially military necessity), contemplates the lawful use of force, modifying the meaning attributed to acts of terrorism in the general International Law that was thought in times of peace. This at the cost of causing, in contrary case, contradictory obligations for the parties in a conflict with respect to compliance with International Humanitarian Law. The Geneva Conventions and their two Protocols refer to terms related to terrorism, which the text provides certain approximations that allow us to elucidate what is to be understood by this type of acts under this juridical framework, realizing, finally, some appreciations regarding the way in which we think that this concept should continue to evolve.

Keywords: Acts of terrorism - International Humanitarian Law - International Terrorism.

Sommario: Questo saggio si propone di indagare il concetto di “atto di terrorismo” in tempi di conflitto armato dal punto di vista del Diritto Internazionale umanitario. Questo ramo del diritto, attraverso i suoi principi (in particolare necessità militare) prevede l’uso legittimo della forza, cambiando il significato è stata attribuita ad atti di terrorismo in diritto internazionale generale applicabili in tempo di pace. Questo a discapito di provocare, altrimenti obblighi contrastanti sulle parti di un conflitto intorno al rispetto del diritto umanitario internazionale. Convenzioni di Ginevra e loro due protocolli, alludono termini legati al terrorismo, in cui il testo prevede alcuni approcci che permettono di chiarire cosa si debba intendere per tali atti

sotto questa cornice giuridica, realizzando, infine, alcuni apprezzamenti riguardo alla direzione in cui pensiamo che questo concetto debba continuare ad evolversi nel diritto internazionale.

Parole chiave: Atti di terrorismo - Diritto Internazionale Umanitario - Terrorismo internazionale.

Para citar este texto:

Swinnen, J. (2018). “Sobre los ‘actos de terrorismo’ en el Derecho Internacional Humanitario. Una mirada desde los Convenios y Protocolos de Ginebra”, *Prudentia Iuris*, N° 86, pp. 37-63.

Introducción

Empezaremos por lo que hoy pareciera casi una obviedad, esto es que no existe una definición única e inequívoca de “acto de terrorismo”. Se han logrado, no obstante, algunos avances pormenorizados que han permitido ir identificando algunas definiciones. La mayoría de ellas a través de la casi veintena de Tratados de Derecho Internacional que hacen referencia explícita o implícitamente a esta materia⁴.

4 Convenio sobre las Infracciones y Ciertos Otros Actos Cometidos a Bordo de las Aeronaves, 1963; Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, 1970; Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, 1971; Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos de Violencia en los Aeropuertos que Presten Servicios a la Aviación Civil Internacional, Complementario del Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, 1988; Convenio para la Represión de Actos Ilícitos Relacionados con la Aviación Civil Internacional, 2010; Protocolo Complementario del Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, 2010; Protocolo que modifica el Convenio sobre las Infracciones y Ciertos Otros Actos Cometidos a Bordo de las Aeronaves, 2014; Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos Contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, 1973; Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, 1979; Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares, 1980; Enmiendas a la Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares, 2005; Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima, 1988; Protocolo de 2005 del Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima; Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental, 1988; Protocolo de 2005 Relativo al Protocolo de 1988 para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental; Convenio sobre la Marcación de Explosivos Plásticos para los Fines de Detección, 1991; Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, 1997; Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, 1999; Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear, 2005.

Ello, insoslayablemente, nos invita a reflexionar sobre si dicho consenso alcanzado respecto a la calificación de estos actos puede ser aplicado indistintamente a todo el Derecho Internacional, particularmente al Derecho Internacional que regula los conflictos armados, es decir, al Derecho Internacional Humanitario (DIH).

Puede observarse que los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977 hacen referencia a los términos “actos de terrorismo”, “terrorismo” o “aterrorizar” en cuatro distintas oportunidades. Dos veces para los conflictos armados internacionales (CAI) y dos veces para los conflictos armados no internacionales (CANI). Sin embargo, ninguno de estos instrumentos define qué ha de entenderse por el uso concreto de estas expresiones.

Esto nos motiva a preguntarnos si dicha laguna en el DIH puede ser completada por aquellas definiciones realizadas en los Tratados de Derecho Internacional general (DIPG). Expresado en otras palabras: ¿en qué medida podríamos hacer uso de estos instrumentos en un contexto de conflicto armado?

Reconocemos que muchos de los actos de terrorismo definidos en los Tratados Internacionales, originalmente pensados para regir en tiempos de paz, podrían igualmente constituir graves infracciones al DIH en tiempos de conflictos armados, aunque no todos. Veremos que hay ciertas características propias del DIH relacionadas a su naturaleza y principios que dificultan esta extrapolación ya que existen ciertos ataques y objetivos legítimos desde el punto de vista militar que vuelven irrisoria cualquier pretensión de calificar todo acto de violencia *a priori* (y tal como está contemplado en los tratados) como un acto ilícito o “terrorista”. Incluso veremos que la aproximación que hace el DIH a las expresiones de terrorismo, aún sin definirlo expresamente, termina resultando muy diferente a la entendida por los tratados.

El examen del encuadre jurídico del acto de terrorismo en el DIH debe hacerse por lo tanto con cautela. Hacerlo de otra manera supondría un gran reto, ya que en nuestra opinión las definiciones adoptadas en los tratados de DIPG no fueron correctamente pensadas para adecuarse ni a la realidad de un conflicto armado ni a la arquitectura jurídica sobre la cual se elaboró el DIH, particularmente a través de sus principios como el de necesidad militar. Procuraremos brindar algunos ejemplos concretos que muestran las dificultades existentes de querer extrapolar o aplicar sin más los tratados a los conflictos armados.

Las dificultades que esto desencadena obstaculizan la utilización de las herramientas legales que ofrecen los Tratados Internacionales en un conflicto armado. El hecho de que las definiciones de los actos de terrorismo (según lo comprende el DIPG) no puedan ser receptadas adecuadamente en

dichos contextos por los motivos que desarrollaremos en este ensayo, evita que puedan activarse, por ejemplo, mecanismos nacionales e internacionales de cooperación previstos para la lucha contra el terrorismo, restando un importante valor jurídico agregado que existiría si lográsemos unificar un mismo criterio sobre la definición de estos actos.

Dicha ambigüedad repercute inclusive en el Derecho Penal Internacional, que, si bien no será objeto del presente escrito, es dable destacar que incluso el uso de expresiones análogas al terrorismo en esta rama del Derecho difiere de las aproximaciones realizadas tanto por el DIH como por el DIPG. Así, mostraremos que tendremos tres ramas del Derecho Internacional que articulan de manera distinta su relación con los llamados “actos de terrorismo”.

Comencemos previamente con un breve repaso de algunas cuestiones introductorias sobre el DIH y su aplicación, adaptando dicha temática al tema del presente ensayo, ya que, como veremos, situarnos en tiempos de paz o de conflicto armado hará variar lo que debemos entender jurídicamente por un acto de terrorismo.

El Derecho Internacional Humanitario: Razón de ser y aplicación

El DIH es un conjunto de normas que, por razones humanitarias, trata de limitar los efectos de los conflictos armados, procurando proteger a las personas que no participan o que ya no participan en los combates, limitando los medios y métodos de hacer la guerra⁵.

El DIH suele comúnmente llamarse también “derecho de la guerra” y “derecho de los conflictos armados”, dado que es en este tipo de situaciones donde esencialmente se aplica. Está integrado por convenios firmados entre Estados, por el Derecho Consuetudinario Internacional, así como por principios generales del Derecho. Sin hacer un análisis exhaustivo sobre la materia, dado que no es el objeto principal de este trabajo, explicaremos que el DIH se encuentra principalmente contenido en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, más sus dos Protocolos Adicionales de 1977, relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados: el Protocolo I para conflictos armados internacionales y el Protocolo II para conflictos armados no internacionales. Asimismo, el DIH comprende también otros tratados complementarios que prohíben el uso de ciertas armas y tácticas militares o que protegen a ciertas categorías de personas o de bienes como los Con-

⁵ ¿Qué es el Derecho Internacional Humanitario? (CICR) Servicio de Asesoramiento en DIH (<https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/dih.es.pdf>. Consultado 12 de noviembre de 2017).

venios de la Haya sobre conducción de hostilidades o protección de bienes culturales⁶.

Como es bien sabido, es importante distinguir los conflictos armados en internacionales (CAI) y no internacionales (CANI), ya que según su tipo varían las normas aplicables, siendo bastante más extensiva la aplicación de las normas del DIH para el primer supuesto. Esto debido principalmente a la reticencia que tienen ciertos Estados a someterse a reglas internacionales que indiquen cómo han de comportarse frente a un conflicto armado interno suscitado entre grupos armados no estatales entre sí o contra las fuerzas armadas de su propio Estado⁷. Los CANI están básicamente sujetos al Derecho establecido en el art. 3º común de los cuatro convenios de Ginebra, más el segundo Protocolo Adicional. Dichas normas son hoy consideradas como consuetudinarias y, por ende, aplicables a todos los sujetos de Derecho Internacional⁸.

Sabido esto, existen dos maneras de encuadrar un supuesto “acto terrorista” dentro de la órbita jurídica del DIH. Enmarcándolo dentro de un CAI o un CANI. ¿Cómo se obtiene esto? Determinando, primero, la existencia de un conflicto armado.

“Defining the matter under consideration is of great importance, since it should be clearly understood that only terrorist acts committed in situations of armed conflict fall within the scope of application of international humanitarian law. Terrorism in ‘peacetime’, that is, in situations which cannot be classified as armed conflicts, is not covered by international humanitarian law which, in such situations, is quite simply not applicable”⁹.

Los jueces del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY), en el fallo “Tadic”, del 2 de octubre de 1995, brindaron de manera general los elementos necesarios para hablar de un conflicto armado: “Un conflicto armado existe toda vez que se emplea el uso de la fuerza armada

6 Ídem.

7 Gutiérrez Posse, H. D. T. (2014). *Elementos de Derecho Internacional Humanitario*. Eudeba, 127-133; D’Aspremont, J.; De Hemptinne, J. (2012). *Droit International Humanitaire*. Ed. A Pedone, 76.

8 SCSL, “Procureur c. Samuel Hinga Norman”, SCSL-AR-729, 31 de mayo de 2004, para. 20. Happold, M. (2005). “International Humanitarian Law, War Criminality and Child Recruitment: The Special Court of Sierra Leone’s Decision in Prosecutor v. Samuel Hingo Norman”. *Leiden Journal of International Law*, 288.

9 Gasser, H. P. (1986) *Prohibition of Terrorist Acts in International Humanitarian Law*. Ob. cit., 16. (Definir el tema en consideración es de suma importancia, ya que debe entenderse claramente que solo los actos terroristas cometidos en situaciones de conflicto armado entran en el ámbito de aplicación del Derecho Internacional Humanitario. El terrorismo en “tiempos de paz”, esto es, en situaciones que no pueden calificarse como un conflicto armado, no está cubierto por el Derecho Internacional Humanitario, el cual, en tales situaciones, simplemente no es aplicable. Traducción propia del autor).

entre Estados (CAI) o cuando existe un conflicto armado prolongado entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre estos mismos grupos en el seno de un Estado (CANI)”.

Este mismo tribunal especifica que los CAI existen “toda vez que hay un recurso a la fuerza armada entre Estados”. Dicha definición va en el mismo sentido que la redacción del art. 2º común de los Convenios de Ginebra, los cuales se aplican en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias de las Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra”.

Los CAI pueden ser de tres tipos:

- 1) Los conflictos armados interestatales.
- 2) Los CANI que se internacionalizan por la intervención de un Estado o una organización internacional.
- 3) Guerras de liberación nacional.

Un poco más adelante veremos qué importancia tiene esta clasificación para el objeto del presente artículo.

Con respecto al ámbito de aplicación material de los CANI, no cualquier ataque puede ser calificado como conflicto armado y ser regido por el DIH. Para recaer en el ámbito de un conflicto armado no internacional, la jurisprudencia internacional ha recurrido principalmente a dos criterios¹⁰: i) Un mínimo de intensidad en el conflicto; ii) Organización de las partes involucradas.

Cabe aclarar que, tradicionalmente, la doctrina hacía una distinción entre CANI de baja y alta intensidad, de acuerdo al cumplimiento del ám-

10 El Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia ha explicado, en este sentido: “Bajo este test, al establecer la existencia de un conflicto armado de carácter interno la Sala debe apreciar dos criterios: (i) la intensidad del conflicto y (ii) la organización de las partes [ver sentencia del caso ‘Tadic’, par. 562]. Estos criterios se utilizan ‘solamente para el propósito, como mínimo, de distinguir un conflicto armado de actos de delincuencia, insurrecciones desorganizadas y de corta duración, o actividades terroristas, que no están sujetas al Derecho Internacional Humanitario’ [sentencia del caso ‘Tadic’, par. 562]. [...] En consecuencia, un cierto grado de organización de las partes será suficiente para establecer la existencia de un conflicto armado. [...] Esta posición es consistente con otros comentarios autorizados sobre el tema. Un estudio realizado por el CICR sometido como documento de referencia a la Comisión Preparatoria para el establecimiento de los Elementos de los Crímenes para la CPI notó: ‘La determinación de si existe un conflicto armado no internacional no depende del juicio subjetivo de las partes a ese conflicto; debe ser determinado con base en criterios objetivos; el término *conflicto armado* presupone la existencia de hostilidades entre fuerzas armadas organizadas en mayor o menor medida; debe haber oposición por las fuerzas armadas, y una cierta intensidad de los combates [...]’”. Ver también Tribunal Penal Internacional para Ruanda –TPIR–, Judgment, “The prosecutor v. Sejan Paul Akayesu”, ICTR-96-4-T, párrafo 120, citado en Dörmann, K. (2003). *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court. Sources and Commentary*. Cambridge. Cambridge University Press, 386.

bito de aplicación material contenido en el art. 1º del segundo Protocolo Adicional, o del art. 3º común de los Convenios de Ginebra. El cumplimiento de las disposiciones del segundo Protocolo Adicional cedió paso a una exigencia más flexible requerida en el art. 3º común, dando paso a una aplicación uniforme de todo el DIH para los CANI. Es decir, tanto del segundo Protocolo Adicional como del art. 3º común de los Convenios de Ginebra, sin diferenciar si los mismos corresponden a CANI de baja o alta intensidad¹¹. El TPIY, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda¹² y la Corte Penal Internacional (CPI)¹³ tampoco toman esta distinción, adoptando como criterios para determinar la existencia de un conflicto armado no internacional, las dos condiciones mencionadas¹⁴ (condiciones a las cuales el Comité Internacional de la Cruz Roja también adhiere¹⁵).

No pudiendo cumplir con la condición de organización requerida, lo que puede suceder con grupos armados desarticulados, la aplicación solamente del art. 3º común de los cuatro Convenios de Ginebra podría justificarse¹⁶.

El segundo Protocolo Adicional expresa en su art. 1º que este no se aplicará “a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados”.

Esto es sumamente importante para determinar el alcance jurídico que los Convenios de Ginebra podrían llegar a tener o no sobre un acto de violencia producido por un acto de terrorismo, ya que muchos de ellos podrían no revestir la suficiente intensidad para considerarse meritorios de un análisis en la óptica del DIH.

“Muchas manifestaciones de violencia que actualmente se producen [...] y que suelen ser calificadas de ‘terroristas’ son perpetradas por grupos poco organizados (redes) o por individuos que, en el mejor de los casos, tie-

nen una ideología común. Con las pruebas que habitualmente se dispone, no es posible calificar a esos grupos o redes como partes de algún tipo de conflicto armado”¹⁷.

Sin embargo, hay que reconocer que no todos los grupos comúnmente conocidos como terroristas poseen la misma estructura, y muchas de ellas tienen incluso un alto nivel de organización que permite cumplir perfectamente con la condición de organización requerida para respetar las disposiciones del segundo Protocolo.

En esta óptica, la Corte Suprema de Israel expresó: “[...] *today’s reality, a terrorist organization is likely to have considerable military capabilities. At times they have military capabilities that exceed those of states. Confrontation with those dangers of terrorism constitutes a part of the International Law dealing with armed conflicts [...]*”¹⁸.

Para cada caso, es necesario entonces evaluar si quienes participan de un enfrentamiento cuentan con la suficiente capacidad organizativa exigida y si los ataques realizados alcanzan el nivel de intensidad requerido. Esto último medido a través de criterios tales como el número de combatientes, el tipo de armas utilizadas, el número de víctimas, así como la capacidad de dar instrucciones, de planificar operaciones, de reclutar o de equipar nuevos combatientes¹⁹.

Distinto es para los conflictos armados internacionales ya que los mismos se constituyen independientemente de la intensidad de los ataques, los motivos o su duración²⁰. Cabe destacar, pues, que es suficiente con que un Estado intervenga indirectamente para internacionalizar el conflicto.

En otras palabras, toda vez que se logre conectar un determinado acto terrorista con la intervención de otro Estado, dicho acto quedará enmarcado dentro del DIH como un CAI, sin la necesidad de tener que lidiar con grados de intensidad o niveles de organización.

11 Vité, S. (2009). *La Lutte contre la criminalité organisée: peut-on parler de conflit armé au sens ou lpentend le droit international humanitaire?* Actes du colloque de Bruges. Revue Internationale de la Croix-Rouge de 2010 consacré a la violence urbaine, 69-77; D’Aspremont, J. ; De Hemptinne, J. (2012). *Droit International Humanitaire*. Ob. cit., 70.

12 TPIR, “Procureur c. Akayesu”, ICTR-96-4-T, 2 Septembre 1998, paras. 619-627; TPIR, “Procureur c. Kayishema et consorts”, ICTR-95-1-T, 31, 21 mai 1999, paras. 170-172.

13 CPI, “Procureur c. Katanga et consorts”, ICC-01/04-01/07, 30 septembre 2008, para. 239.

14 TPIY, “Procureur c. Haradinaj”, IT-04-84-T, 3 avril 2008, paras 32-60; TPIY, “Procureur c. Blagojevic et consorts”, IT-02-60-T, 17 janvier 2005, para. 536; TPIY, “Procureur c. Halilovic”, IT-01-48-T, 16 novembre 1995, para. 24; TPIY, “Procureur c. Limaj et consorts”, IT-03-65-T, 30 novembre 2005, para. 84.

15 CICR (2008). *Prise de position, “Comment le terme conflit armé et-il défini en droit international humanitaire?”* (Disponible en: <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/article/other/armed-conflict-article-170308.htm>. Consultado el 13 de junio de 2018).

16 D’Aspremont, J. ; De Hemptinne, J. (2012). *Droit International Humanitaire*. Ob. cit., 76.

17 CICR (2011). “Derecho Internacional Humanitario y terrorismo: respuestas a preguntas clave”. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/faq/5yyqg4.htm>.

18 Corte Suprema de Israel, “Public Committe Against Torture c. Israel”, 13 de diciembre de 2006, HCJ 769/02, para. 21. (Hoy en día, es probable que una organización terrorista tenga considerables capacidades militares. A veces con capacidades militares que superan aquella de los Estados. El enfrentamiento con estos peligrosos grupos terroristas constituye parte integral del Derecho Internacional que se ocupa de los conflictos armados. Traducción propia del autor).

19 CICR (2012). *Conflit interne ou autres situations de violence : quelle différence pour les victimes?* (Disponible en <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/interview/2012/12-05-niac-non-international-armed-conflict.htm>. Consultado el 23 de diciembre de 2017).

20 CPI, “Procureur c. Lubanga Dyilo”, ICC.01/04-01/06, 29 de enero de 2007, para. 207. Discussion, in *Conflicts armés, parties aux conflits armés et DIH: les catégories juridiques faces aux réalités contemporaines*, Actes du colloque de Bruges, 22-23 octobre 2009, Collegium, n° 40, 2010, 46.

Existen tres grandes posibilidades de relacionar un determinado grupo armado o la comisión de un acto terrorista con el accionar de un Estado. Ello, principalmente, a través de un examen de responsabilidad internacional.

1. Cuando un grupo armado está habilitado por el derecho de un Estado a ejercer prerrogativas de poder público o cuando el mismo constituya *de facto* el gobierno de ese mismo Estado²¹. (La guerra librada por Estados Unidos contra Afganistán hasta junio de 2002 es un ejemplo; territorio en el cual los talibanes ejercían un poder efectivo en gran parte del territorio).
2. Cuando un grupo armado actúa bajo el control o la dirección de otro Estado²².
3. Cuando un Estado adopta como suyo un determinado comportamiento o actos²³. (Ejemplo ocurrido en la toma de rehenes en la embajada norteamericana en Teherán²⁴).

Con respecto al segundo de los casos, nos limitaremos a decir que el grado de control requerido para determinar la existencia de un conflicto armado internacional es el criterio del control global o general. A diferencia de la teoría del control efectivo requerido para determinar la responsabilidad internacional²⁵, en este supuesto, basta con demostrar que detrás de una acción bélica, hubo algún grado de intervención de un Estado, sin la necesidad de tener que demostrar un control preciso o demasiado riguroso para el acto en cuestión.

Según el TPIY, basta que el Estado ejerza “un control global sobre ese grupo, no solamente equipándolo o financiándolo, sino también coordinándolo o participando en la planificación general de las actividades militares”²⁶.

21 Art. 9° sobre la Responsabilidad del Estado adoptados por la CDI y aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución N° 56/1983 del 12 de diciembre de 2001).

22 Art. 8° sobre la Responsabilidad del Estado adoptados por la CDI y aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución N° 56/1983 del 12 de diciembre de 2001).

23 Art. 11 sobre la Responsabilidad del Estado adoptados por la CDI y aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución N° 56/1983 del 12 de diciembre de 2001).

24 CIJ, *Affaire relative au personnel Diplomatique et Consulaire des États Unis à Téhéran* (“États-Unis D’Amérique c. Iran”), fallo del 24 de mayo de 1980.

25 CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (“Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Montenegro”), fallo del 26 de febrero de 2007, Rec. 2007, paras. 402-407. Este fallo retoma el precedente CIJ, “Nicaragua c. Estados Unidos” (CIJ; *Affaire de activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, “Nicaragua c. États-Unis”, 27 de junio de 1986).

26 TPIY, “*Procureur c. Tadic*”, IT-944-1-A-Bis, 15 de julio de 1999, paras. 131 y 137.

Sabiendo entonces cuándo un acto de terrorismo puede ser analizado en la óptica del DIH, veamos a continuación las distintas consideraciones jurídicas que implican el estudio de este tipo de actos en contextos de conflictos armados.

Actos de terrorismo y Derecho Internacional Humanitario

¿Qué entiende el DIH por actos de terrorismo? ¿Qué dicen los Convenios de Ginebra y sus dos Protocolos al respecto?

El DIH posee cuatro referencias relacionadas con el terrorismo. Dos artículos para los CAI y dos artículos para los CANI.

Conflictos armados internacionales:

- Art. 33 del Conv. IV: “Están prohibidos los castigos colectivos, así como toda medida de intimidación o de *terrorismo*”.
- Art. 51, Párr. II (Protocolo I, segunda parte): “Quedan prohibido los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea *aterrorizar* a la población civil”.

Conflictos armados no internacionales:

- Art. 13, del Protocolo II: “Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea *aterrorizar* a la población civil”.
- Art. 4° del Protocolo II: “[...] están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar [...] los *actos de terrorismo* [...]”.

Como observamos, el DIH no solo refiere a “actos de terrorismo”, sino también de “terrorismo” y “aterrorizar”. ¿Qué definición y relación le adjudica el DIH a estos tres términos?

El DIH, lamentablemente, no define qué entiende por actos de terrorismo. Esto conduce en consecuencia a preguntarnos si sería posible, en virtud del principio conciliador de las normas del Derecho²⁷, extrapolar lo que entiende el Derecho Internacional General por estos actos en situaciones de conflictos armados.

Sin embargo, encontramos que existen varias incongruencias que dificultan la posibilidad de conciliar las definiciones de una y otra rama del Derecho Internacional. En primer lugar, el DIH exige la contemplación de

27 Principio de interpretación también conocido como “integración sistemática”. Para más información sugerimos ver: J. D’Aspremont, J. (2005). “Systemic Integration of International Law by Domestic Courts: Domestic Judges as Architects of the Consistency of the International Legal Order”. Eds. Hart Publishing. McLachlan, C. (2005). “The Principle of Systemic Integration and Article 31(3) of the Vienna Convention”. *International and Comparative Law Quarterly*, 279 y sigs.

principios como el de *necesidad militar* que, por su razón de ser, prevé que ciertos actos bélicos estén permitidos, incluso aun aquellos que puedan generar terror, “ya que el DIH no impone a las partes contendientes una prohibición absoluta de recurrir a ello”²⁸. Este principio de necesidad militar puede traducirse como “el derecho de usar la violencia a un grado necesario para constreñir al adversario y someterlo lo más rápidamente posible (total o parcialmente), con una cantidad mínima de muertes y daños ocasionados”²⁹. Resultaría, por ende, incongruente considerar cualquier ataque como un acto ilícito, o peor aún, como actos terroristas. Esto supondría desnaturalizar el DIH y sus principios, creados al efecto de adaptar un marco jurídico a un contexto particular. Ataques contra combatientes u objetivos militares no están prohibidos y constituyen la desafortunada realidad de un conflicto armado, por lo que estos no deberían ser jurídicamente calificados *a priori* como “terroristas” por otra rama del Derecho Internacional que no contemple este y otros principios del DIH³⁰. De otra manera, se correría el riesgo de crear obligaciones contradictorias para las partes.

A modo ejemplificativo, los siguientes delitos de los tratados vinculados a los actos de terrorismo podrían perfectamente justificarse desde la óptica del DIH, siempre y cuando se respeten los derechos y las obligaciones allí contenidos; especialmente los principios de distinción, proporcionalidad y precaución.

28 Olásolo Alonso, H. (2009). “Ámbito de actuación del Derecho Penal como instrumento de respuesta al fenómeno del terrorismo internacional y el papel de la Corte Penal Internacional y de las jurisdicciones nacionales en su persecución”. *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana, 536.

29 Sandoz, Y.; Swinarski, C. y Zimmermann, B. (1987). *Commentaire des Protocoles Additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, ICRC, para. 1397.

30 XXXI Conférence Internationale de la Croix Rouge et du Croissant Rouge (2011), *Rapport sur “Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains”*, 57. Disponible en: <https://www.icrc.org/fre/assets/files/red-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-ihl-challenges-report-11-5-1-2-fr.pdf>. (Consultado el 21 de enero de 2017). “Si, comme cela a été mentionné plus haut, le DIH régit (et interdit) les actes de violence contre les personnes civiles et les biens de caractère civil dans un conflit armé, il permet en revanche, ou du moins n’interdit pas, les attaques contre des combattants ou des objectifs militaires. Ces actes constituent l’essence même d’un conflit armé et, en tant que tels, ne devraient pas être juridiquement définis comme ‘terroristes’ dans une autre branche du droit international. Les définir ainsi impliquerait que ce sont des actes prohibés qui doivent être érigés en crimes dans cet autre cadre juridique international. Et ceci serait en contradiction avec la réglementation dichotomique des actes de violence qui est une caractéristique fondamentale du DIH”.

Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima, 1988.	Artículo 3º.c: <i>Destrucción de un buque o causar daños a un buque o a su carga que puedan poner en peligro la navegación segura del mismo.</i>
Protocolo de 2005 del Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima	Artículo 3º bis a. iii.: <i>Utilice un buque de forma que cause la muerte o daños o lesiones graves.</i>
Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, 1997.	Artículo 2º: <i>Comete delito en el sentido del presente Convenio quien ilícita e intencionadamente entrega, coloca, arroja o detona un artefacto o sustancia explosivo u otro artefacto mortífero en o contra [...] una instalación de infraestructura. a) Con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales, o b) Con el propósito de causar una destrucción significativa de ese lugar, instalación o red que produzca o pueda producir un gran perjuicio económico.</i>
Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, 1979.	Artículo 1º: <i>Toda persona que se apodere de otra o la detenga, y amenace [...] mantenerla detenida a fin de obligar a un tercero, a saber, un Estado, una organización internacional intergubernamental, una persona natural o jurídica o un grupo de personas, a una acción u omisión como condición explícita o implícita para la liberación</i> ³¹ .

En este mismo sentido se expresó el Consejo de Estado Colombiano en su fallo de 2015 que sostuvo que la toma a la base militar de Las Delicias, en 1996, por parte de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), no podía considerarse un acto terrorista ya que “los actos de terror

31 Deberá prestarse particularmente atención a las disposiciones contenidas en el III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra de 1949.

pueden considerarse jurídicamente permitidos si se dirigen exclusivamente contra quienes participan directamente en las hostilidades y siempre que no desconozcan los principios del Derecho Humanitario, especialmente los de limitación y proporcionalidad³². Hans Peter Gasser, de manera similar, expresó que “dentro de los límites reconocidos, el terror es un arma que puede utilizarse en combate contra las fuerzas armadas de la parte adversa”, de manera que “lo que parece un acto terrorista en un contexto civil puede ser un acto de guerra legítimo si está dirigido contra personal militar enemigo³³”.

En segundo lugar, el DIH nació como una rama del Derecho aplicable a todas las partes y actores de un conflicto armado *por igual*. No obstante, algunos tratados del DIPG no contemplan este principio de igualdad entre los beligerantes en cuanto excluyeron la comisión de ciertos actos de terrorismo cuando estos fueran llevados a cabo exclusivamente por fuerzas armadas de un Estado. Esto sucede, a modo de ejemplo, con el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas de 1997, el cual especifica no ser aplicable a “las actividades de las fuerzas armadas durante un conflicto armado³⁴”. En este mismo sentido lo hace también el Protocolo de 2005 del Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima³⁵.

El constituir ataques armados lícitos para una sola de las partes no está contemplado en el DIH, ya que aplicar el Derecho de manera desigual en los conflictos armados, deslegitima el propósito de intentar limitar los

32 Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, fallo del 29 de abril de 2015, Exp. N° 32.014, p. 57.

33 Gasser, H. P. (2002). “Actos de terror, ‘terrorismo’ y Derecho Internacional Humanitario”. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 163, 219 y sigs.

34 Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas de 1997, art. 19 (2): “Las actividades de las fuerzas armadas durante un conflicto armado, según se entienden esos términos en el Derecho Internacional Humanitario y que se rijan por ese Derecho, no estarán sujetas al presente Convenio y tampoco lo estarán las actividades realizadas por las fuerzas militares de un Estado en el cumplimiento de sus funciones oficiales, en la medida en que se rijan por otras normas del Derecho Internacional”.

35 Artículo 3°, párr. 2: “Las actividades de las fuerzas armadas durante un conflicto armado, según se entienden estos términos en el Derecho Internacional Humanitario, que se rijan por este Derecho, no estarán sujetas al presente Convenio y tampoco lo estarán las actividades realizadas por las fuerzas militares de un Estado en el cumplimiento de sus funciones oficiales, en la medida en que se rijan por otras normas del Derecho Internacional”. De igual manera falla el concepto atribuido por los Estados Unidos en un informe anual sobre este tema que considera al acto terrorista como el acto de violencia premeditado con motivaciones políticas contra no combatientes realizado por grupos subnacionales o agentes clandestinos (22 U.S.C. § 2656f(d)(2)). See also Wilkinson, P. *Terrorism versus Democracy: The Liberal State Response* (2001), at 12–13 “premeditated, politically motivated violence perpetrated against noncombatant targets by subnational groups or clandestine agents”.

daños producidos por la guerra a todos los bandos. “Cualesquiera sean las intenciones morales y legales, la teoría de la aplicación discriminatoria de las leyes y costumbres de la guerra produce el mismo resultado inaceptable, es decir, una guerra sin restricciones³⁶”.

Por consiguiente, y en virtud de este principio, es imprescindible tener en estricta consideración que desde la óptica del DIH, *tanto grupos armados no oficiales como fuerzas armadas de un Estado son susceptibles de cometer “actos de terrorismo”* contra la población civil o personas que no participan de las hostilidades, ya que esta calificación no depende del sujeto que lo realiza sino de la acción ilícita que se comete.

Así también lo ha interpretado el Consejo de Estado Colombiano en un fallo de 2015, cuando señala que “resulta esencial diferenciar el acto del actor, el delito de la persona, el terrorista del acto terrorista, que tanto fáctica como jurídicamente una cosa es el sujeto en sí y otra es la acción realizada por ese sujeto [...]. Como corolario de lo anterior, es claro que los actores del terrorismo pueden ser estatales o particulares [...]”³⁷.

Recordamos, al respecto, que el propósito de este artículo no es hacer un análisis de la categoría conceptual del “terrorismo” como sujeto de acción, sino de los “actos de terrorismo” como métodos de conducción de hostilidades en manos de combatientes.

¿Cómo, entonces, podemos definir el encuadre jurídico otorgado a los actos de terrorismo según el DIH? ¿De qué manera podemos comprender las tipificaciones más arriba mencionadas?

El que no esté definido en este cuerpo de normas del DIH supone ciertamente una dificultad adicional a estas respuestas. De hecho, este debate forma parte de la razón por la cual hoy no contemos con una definición inequívoca sobre terrorismo o acto de terrorismo. Incluso el Derecho Penal Internacional posee sus propias consideraciones y matices respecto a ello³⁸.

Pese a no contar con una definición, los comentarios realizados a los Convenios de Ginebra realizados por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) pueden ayudarnos a desentrañar el espíritu del legislador.

El comentario al art. 4° del II Protocolo expresa que la prohibición de los actos de terrorismo se inspira en el art. 33 del IV Convenio³⁹, el cual se

36 Bugnion, F. (2002). “Guerra justa, guerra de agresión y Derecho Internacional Humanitario”. *Revista Internacional de la Cruz Roja*. (Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tecmu.htm>). Consultado el 12 de julio de 2016).

37 Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, fallo del 29 de abril de 2015, Exp. N° 32.014, 59.

38 Paredi, L. (2015). “The War of Terror: An Analysis of International Jurisprudence”. *International Crimes Database*, 11.

39 CICR (1998). Comentarios del art. 4°, prot. 2 Apartado d - Los actos de terrorismo.

encuentra ordenado con el subtítulo: “Responsabilidad individual, castigos colectivos, pillaje, represalias”. Allí puede observarse que el término “terrorismo” está íntimamente relacionado con la imposición de penas colectivas y con el acto de “intimidar”; acción, esta última, que precede a “terrorismo” con la conjunción disyuntiva “o”, lo que indicaría, en este supuesto, desde el punto de vista gramatical, equivalencia denominativa.

En este mismo sentido se ha expresado el informe elaborado por la XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y Media Luna Roja, sobre Derecho Internacional Humanitario y desafíos sobre los conflictos armados contemporáneos de octubre de 2011. Dicho informe señala que el art. 33 de la IV Convención de Ginebra, así como el art. 4.2 del II Protocolo Adicional están abocados a proteger a los civiles o personas que no participan (o han dejado de participar) directamente en las hostilidades. El primer artículo para CAI y el segundo para CANI. “El lugar y el contenido que ocupan ambos artículos muestra claramente que el fin es evitar que una de las partes de un conflicto armado pueda aterrorizar a los civiles que están bajo el control del enemigo, particularmente a través de la imposición de penas colectivas”⁴⁰.

De manera similar lo interpreta la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que aclara que las referencias a “medidas de terrorismo” o “los actos de terrorismo”, del DIH, han de entenderse con el objetivo de prohibir castigos colectivos⁴¹.

Paradójicamente, este tipo de infracciones no corresponde con lo que habitualmente catalogaríamos como “actos de terrorismo”, dado que en general estos no son cometidos ni contra una población civil en poder del adversario ni a través de penas o castigos colectivos.

Mucho más se asemeja a lo que comúnmente entenderíamos por “acto de terrorismo” con la aproximación realizada por los arts. 51 (2) y 13 de los Protocolos I y II que utilizan el verbo “aterrorizar” como la acción típica requerida para la configuración del ilícito, la cual es entendida como “causar terror”.

Sobre ese punto podemos destacar una diferencia adicional respecto a los Tratados del DIPG, ya que, a diferencia de los previsto por el Convenio

Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, el DIH no requiere la ultraintencionalidad de procurar la obtención de un cierto acto del poder político o de un organismo internacional como elemento para configurar el ilícito. Para el DIH, basta la acción de “aterrorizar” a la población civil como fin en sí mismo; mientras que para el DIPG, la acción de intimidar por medio de la violencia es utilizada para ejercer un poder de coerción para la obtención de un fin superior⁴².

La interacción descuidada entre el DIH y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos o el Derecho Internacional General en un conflicto armado puede llevar a una situación en la cual los miembros de los grupos armados no estatales corran el riesgo de sufrir penas severas a través de la legislación nacional, aun por actos de violencia no prohibidos por el DIH. Cuestión aún más grave en los conflictos armados no internacionales, ya que estos no prevén siquiera el estatus de prisionero de guerra o inmunidad para quienes participen del conflicto armado de manera lícita y acorde al DIH.

La única salvedad que realiza el segundo Protocolo Adicional para recompensar a quienes cumplen con las disposiciones del DIH en un CANI es “acordar la más amplia amnistía posible”⁴³, pero si a la ausencia de estatus de prisionero de guerra e inmunidad por actos bélicos lícitos, sumamos adicionalmente un estrato suplementario de incriminación, designando como “terrorista” actos que no son considerados como ilícitos en la óptica del DIH, ponemos en serio riesgo que este sea respetado y tenido en cuenta⁴⁴.

Es importante que ante cualquier decisión que implique calificar a un grupo como terrorista, ya sea por medio de una organización internacional o por los países individualmente, esta se haga con parámetros que contemplen las consideraciones realizadas en este documento, so riesgo de estigmatizar los grupos armados que participan en un conflicto armado sin consideración de las reglas y principios que rigen el DIH.

Esto requiere especial cuidado por parte de aquellos organismos como la Unión Europea o el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que, al confeccionar las listas de “grupos terroristas”, suelen realizarlas sobre la

(Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/comentario-protocolo-ii.htm>. Consultado el 25 de agosto de 2017).

40 XXXI Conférence Internationale de la Croix Rouge et du Croissant Rouge (2011). *Rapport sur “Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains”*, 55. Disponible en: <https://www.icrc.org/fre/assets/files/red-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-ihl-challenges-report-11-5-1-2-fr.pdf>.

41 OHCHR (2008). *Los Derechos Humanos, el Terrorismo y la Lucha contra el Terrorismo*, Folleto informativo N° 32, 18.

42 Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, artículo 2.1.b, “Cualquier acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves [...], cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo”.

43 Art. 6.5 del II Protocolo Adicional.

44 XXXI Conférence Internationale de la Croix Rouge et du Croissant Rouge (2011). *Rapport sur “Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains”*, 55. (Disponible en: <https://www.icrc.org/fre/assets/files/red-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-ihl-challenges-report-11-5-1-2-fr.pdf>. Consultado en mayo de 2017).

base de informaciones concretas provenientes de investigaciones nacionales o de procesos relacionados con un acto terrorista de acuerdo a lo definido en los convenios. Esto afecta negativamente a los individuos pertenecientes a dichos grupos con relación al hecho de respetar el DIH. La incorporación de estos grupos o personas a estas listas debería ser evaluada no solo a través de la luz de los Convenios Internacionales sobre Terrorismo sino también por las reglas del DIH.

La situación actual respecto de la problemática jurídica sobre el término conlleva a considerar que ante la imposibilidad de adoptar criterios que unifiquen o armonicen una definición de actos de terrorismo, tanto para tiempos de paz como tiempos de conflictos armados, se prosiga con esa misma lógica de que se adopten listas de grupos terroristas distintas según estos se desenvuelvan en uno u otro contexto.

Adicionalmente, el uso abusivo del término terrorista puede vulnerar otros derechos y garantías, como el derecho de asilo o refugio, en donde se deniega cualquier derecho a gozar de esta condición a quienes sean considerados como tales⁴⁵.

Como vemos, intentar aplicar lo que el Derecho Internacional general entiende por actos de terrorismo en situaciones de conflictos armados resulta delicado a los propósitos del DIH. Un estudio minucioso de cada caso resulta imprescindible⁴⁶. Considerar como ilícitos actos que no lo son para el DIH supone crear un marco jurídico ambiguo y contradictorio para quienes procuren cumplir con sus respectivas obligaciones durante un conflicto armado.

Por otra parte, como adelantamos, el Derecho Penal Internacional también posee sus propios matices a la hora de analizar los elementos necesarios para entender cuándo un crimen “de terror” o ligado a la acción de aterrorizar se configura. En el caso “Galic”, el tribunal de primera instancia del TPIY estableció los siguientes elementos constitutivos del crimen de aterrorizar:

“133. In conclusion, the crime of terror against the civilian population in the form charged in the Indictment is constituted of the elements common to offences falling under Article 3° of the Statute, as well as of the following specific elements:

*1. Acts of violence directed against the civilian population or individual civilians not taking direct part in hostilities **causing death or serious in-***

45 Sandoz, Y. (2002). *Lutte Contre la Terrorisme et Droit International: Risques et Opportunités*, 12 Swiss. Rev.Int'l & Eur. L. 319, 327.

46 Sugerimos también ver para estos propósitos: Kai Ambos, E. M. (2015). *Terrorismo y Derecho Penal. Algunos aspectos de la criminalización de terrorismo*. Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, 508.

jury to body or health within the civilian population. (El destacado es nuestro.)

2. The offender wilfully made the civilian population or individual civilians not taking direct part in hostilities the object of those acts of violence.

3. The above offence was committed with the primary purpose of spreading terror among the civilian population”⁴⁷.

Como observamos en el presente caso, el TPIY exige la comisión de muertes o serias lesiones a la integridad física de la población civil, lo cual constituye una exigencia no requerida por el DIH. Notamos también que el TPIY limita su calificación a violencia dirigida *solo contra civiles* y no personas o bienes protegidos por el DIH. Sin embargo, tribunales internacionales como el de Sierra Leona, requieren elementos distintos al TPIY⁴⁸, lo cual visibiliza aún más las ambigüedades que existen en torno al concepto, ya no solo entre distintas ramas del Derecho Internacional sino también por distintos Tribunales Penales Internacionales. Preferimos igualmente no adentrarnos demasiado en este punto que requeriría un análisis más extenso en Derecho Penal Internacional⁴⁹. Lo que queremos destacar es el triple fraccionamiento del orden jurídico internacional respecto a la compleja acepción del acto de terrorismo en el Derecho Internacional General, Humanitario y Penal. Cada uno analizado de acuerdo a elementos, consideraciones y principios propios.

Es posible que ciertos actos de terrorismo definidos en los Tratados Internacionales se conviertan en crímenes del Derecho Penal Internacional si estos ocurrieren durante un conflicto armado, toda vez que dichos actos violen alguno de los principios rectores del DIH: distinción, precaución o

47 “Le Procureur c. Stanislav Galic”, IT-98-28-T, jugement (5 décembre 2003), Chambre de première instance, parr. 130. (Confirmado en Galic, Cámara de apelación, parr. 100-104). “133. En conclusión, el delito de terror contra la población civil [...] está constituido por los elementos comunes a los delitos comprendidos en el artículo 3° del Estatuto, así como por los siguientes elementos específicos:

1. Actos de violencia dirigidos contra civiles que no participaban directamente en las hostilidades, causando la muerte o lesiones graves en el cuerpo o la salud.
2. La persona dirigió deliberadamente un ataque contra civiles que no participaban directamente en las hostilidades.
3. Las violaciones mencionadas arriba se cometieron con el principal propósito de difundir el terror entre la población civil”. (Traducción propia del autor)

48 “Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa”, Case No. SCSL-04-14-T, Trial Chamber, Judgement, 2 August 2007, para. 173.

49 Para más información, sugerimos leer Paredi, L. (2015). “The War of Terror: An Analysis of International Jurisprudence”. Ob. cit.; “Prosecutor v. Stanislav Galic”, Case No. IT-98-29-T, Trial Chamber, Judgement, 5 December 2003; “Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa”, Case No. SCSL-04-14-T, Trial Chamber, Judgement, 2 August 2007.

proporcionalidad y adicionalmente concurren los elementos objetivos y subjetivos requeridos por el Derecho Penal Internacional para configurar un crimen. No obstante, sería incorrecta cualquier extrapolación directa que considere todo acto de terrorismo según el DIPG como crimen del Derecho Penal Internacional sin antes analizar las particularidades que cada rama del Derecho tiene. Entender lo contrario implicaría dos cuestiones por igual erróneas: 1. Asumir que todo acto de terrorismo definido en los tratados coincide siempre con todos los elementos requeridos para configurar un crimen del DPI. 2. Excluir los principios del DIH sobre conducción de hostilidades⁵⁰.

No decimos que no existe la posibilidad de crear cierta vinculación entre las distintas ramas del Derecho y que ciertos actos de terrorismo del DIPG encuadren, por ejemplo, dentro de una calificación de crimen de guerra; lo que decimos es que esto no siempre sucede. Podría incluso calificarse como delitos de lesa humanidad si se comprobasen ciertos elementos como la sistematicidad o generalización de un ataque ilícito⁵¹.

Tampoco resulta correcto, como puede inferirse de lo ya explicado, afirmar que todo acto de terrorismo según el DIH representa un crimen de guerra, ya que como hemos visto existen también diferencias sustanciales respecto al tratamiento e interpretación que el Derecho Penal Internacional hace sobre la cuestión. Ello es también importante de señalar, ya que pese a haber hecho referencia a informes del CICR que nos han ayudado a desentrañar e interpretar qué ha de comprenderse como “acto de terrorismo”⁵², hemos descubierto que otros documentos del mismo organismo, en sentido contrario, vuelven a confundir y asociar el alcance de esta calificación con el crimen de guerra del Estatuto de la CPI, del art. 8°.2.e⁵³: “Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades”. Esto resulta incongruente con

50 Para una mayor referencia a los principios del DIH sugerimos Gutiérrez Posse, H. D. T. (2014). *Elementos de Derecho Internacional Humanitario*. Ob. cit., 68-86; D’Aspremont, J. ; De Hemptinne, J. (2012). *Droit International Humanitaire*. Ob. cit., 76-180.

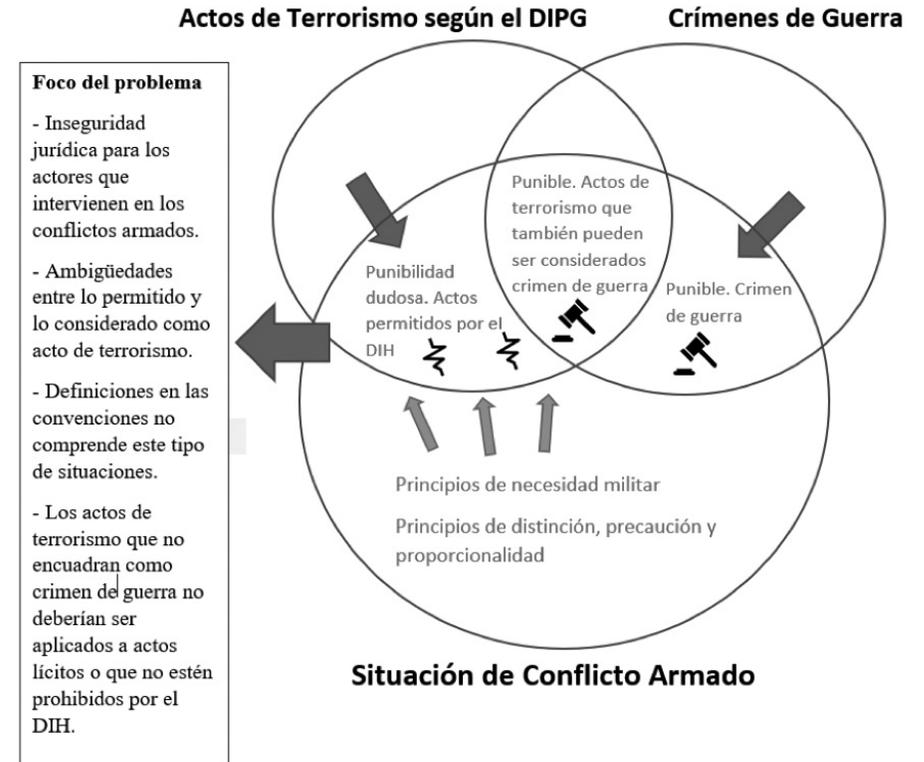
51 CICR (2002). “Actos de terror, ‘terrorismo’ y Derecho Internacional Humanitario”. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, por Hans-Peter Gasser. (Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5ted8g.htm>).

52 XXXI Conférence Internationale de la Croix Rouge et du Croissant Rouge (2011). *Rapport sur “Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains”*, 55. Disponible en: <https://www.icrc.org/fre/assets/files/red-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-ihl-challenges-report-11-5-1-2-fr.pdf>.

53 CICR, Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario (2008). *Los Crímenes de Guerra según el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y su base en el Derecho Internacional Humanitario*, cuadro comparativo, 22.

la explicación que dimos más arriba sobre el significado que este acto entraña para el DIH. Ello muestra la necesidad, sin duda, de seguir trabajando sobre esta cuestión para evitar arribar a interpretaciones contradictorias respecto al alcance que esta calificación posee.

A continuación, sintetizamos gráficamente parte del problema que observamos:



Este tipo de vinculaciones entre DIPG, DIH y DPI nos hace reflexionar sobre si *tendría algún valor jurídico agregado* una superposición denominativa de “acto de terrorismo”, según lo comprende el DIPG, sobre aquellas infracciones graves del DIH cuando estas ya estuvieran contempladas como crímenes de guerra por el DPI. ¿Qué valor jurídico suplementario lograríamos con esta doble calificación de acto de terrorismo y crimen de guerra?

Si lográsemos unificar un mismo criterio para definir los actos de terrorismo que torne posible una aplicación transversal de los tratados al campo

del DIH, además de subsanar en gran medida ambigüedades e incongruencias, *esto habilitaría también a las jurisdicciones nacionales a continuar aplicando los mecanismos propios de prevención sobre dichos “actos terroristas”, conforme se prevé en los Tratados Internacionales sobre la materia, aun durante un conflicto armado.* Entiéndase, por ejemplo, la recolección de información de inteligencia, la extradición, la cooperación policial y judicial, las investigaciones financieras, el congelamiento de activos, la penalización de los actos preparatorios, entre otros. Brindando, de esta manera, una herramienta adicional a nivel nacional importante para combatir el terrorismo, sin el inconveniente de tener que recaer en un análisis exhaustivo que deba diferenciar múltiples definiciones de “actos de terrorismo” según el contexto.

La elaboración de instrumentos jurídicos transversales para combatir el terrorismo en tiempos de paz y conflictos armados es indispensable, ya que este es un fenómeno que puede presentarse indistintamente en ambos escenarios. Para ello es importante lograr una legislación internacional que recepte los principios del DIH a los efectos de evitar las incongruencias que hoy existen. Un análisis minucioso de los tratados existentes nos revela que en algunas oportunidades esto se ha hecho, desafortunadamente no en todos los casos y de manera discontinuada.

Una legislación transversal debería incluir en todos los casos las siguientes características:

- i. Que se aplique indistintamente al sujeto que comete un acto terrorista, sea este actor estatal o no.
- ii. Que exceptúe de dicha calificación toda acción llevada a cabo de conformidad a los principios del DIH.
- iii. Que los actos de terrorismo no solo condenen ataques contra objetivos civiles, sino también contra cualquier otra persona o bienes protegidos por el DIH, como por ejemplo aquellas personas que sin ser civiles han dejado de participar directamente en las hostilidades (prisioneros de guerra, heridos, etc.).

Conclusiones

Como vemos, la ambigüedad sobre este tema es extensa. La falta de consenso sobre una definición clara ha terminado creando estancos jurídicos separados respecto al terrorismo, logrando muchas veces más incongruencias que aciertos, dificultando una aplicación ágil y transversal del Derecho a un fenómeno que se replica en todo tipo de contextos. La falta de una legislación que trabaje en sintonía clara con el DIH complejiza los mecanismos de articulación jurídica para contrarrestar un mismo problema,

como por ejemplo la aplicación de aquellas herramientas judiciales contra el terrorismo que derivan de los Tratados Internacionales.

Es importante seguir avanzando en una definición general que recepte la naturaleza y los principios del DIH, que exigen entender que ciertos actos de violencia son propios de este y que merecen ser legislados adecuadamente para lograr una aplicación más realista del Derecho en general. No hacerlo conlleva el riesgo de recaer en ambigüedades que afectan y socavan la voluntad de los combatientes a cumplir con el Derecho Internacional Humanitario en su conjunto.

Una legislación transversal, que unifique una misma definición, o al menos, una misma aproximación teórica en todas las ramas del Derecho, ayudaría también a poder identificar con mayor criterio los grupos catalogados como terroristas que actúan en conflictos armados, sin correr el riesgo de estar vulnerando derechos y garantías que estigmatizan a quienes participan de un conflicto armado respetando la normativa del DIH.

En 2015, más del 63 % del total de las resoluciones emitidas por el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas versaron sobre cuestiones vinculadas al crimen organizado, la mayoría de ellas en relación a crímenes cometidos por medio del terror⁵⁴. Esto es un claro indicativo de la amenaza que ejerce el uso de los actos de terrorismo en la comunidad internacional, representando una amenaza externa creciente para muchos países que han decidido combatir este flagelo a través de sus fuerzas armadas. Ante este desafío del siglo XXI, en que muchos de los conflictos armados pueden inclinarse hacia esta modalidad de enfrentamientos, es necesario contar con herramientas legales claras que no dejen espacios a ambigüedades. Precisamente por ello, es necesario superar las diferencias terminológicas e interpretativas que existen hoy entre los distintos instrumentos del Derecho Internacional, a modo de poder aunar los esfuerzos provenientes desde las distintas ópticas jurídicas para combatir los actos de terrorismo en todo tipo de contextos, ya sean estos de paz o de conflictos armados.

Fuentes

Convenios y Protocolos

- Convenio sobre las Infracciones y Ciertos Otros Actos Cometidos a Bordo de las Aeronaves, 1963.

⁵⁴ The Global Initiative against Transnational Organized Crime (2018). Organized Crime: A growing concern on the Security Council Agenda. (Disponible en <http://globalinitiative.net/scresolutions/>. Consulta realizada el 14 de julio de 2018).

- Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, 1970.
- Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, 1971.
- Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos Contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, 1973.
- Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, 1979.
- Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares, 1980.
- Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos de Violencia en los Aeropuertos que Presten Servicios a la Aviación Civil Internacional, Complementario del Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, 1988.
- Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental, 1988.
- Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima, 1988.
- Convenio sobre la Marcación de Explosivos Plásticos para los Fines de Detección, 1991.
- Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, 1997.
- Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, 1999.
- Enmiendas a la Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares, 2005.
- Protocolo de 2005 del Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima.
- Protocolo de 2005 Relativo al Protocolo de 1988 para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental.
- Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear, 2005.
- Convenio para la Represión de Actos Ilícitos Relacionados con la Aviación Civil Internacional, 2010.
- Protocolo Complementario del Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, 2010.
- Protocolo que modifica el Convenio sobre las Infracciones y Ciertos Otros Actos Cometidos a Bordo de las Aeronaves, 2014.

Resoluciones y Fallos

- Resolución N° 56/1983 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas Sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos del 12 de diciembre de 2001.
- TPIY, “Procureur c. Haradinaj”, IT-04-84-T, 3 de abril de 2008.
- TPIY, “Procureur c. Blagojevic et consorts”, IT-02-60-T, 17 de enero de 2005.
- TPIY, “Procureur c. Limaj et consorts”, IT-03-65-T, 30 de noviembre de 2005.

- TPIY, “Procureur c. Halilovic”, IT-01-48-T, 16 de noviembre de 1995.
- TPIY, “Procureur c. Tadic”, IT-944-1-A-Bis, 15 de julio de 1999.
- TPIY, “Procureur c. Stanislav Galic”, IT-98-28-T, judgement, 5 de diciembre de 2003.
- TPIR, “Procureur c. Akayesu”, ICTR-96-4-T, 2 Septembre 1998.
- TPIR, “Procureur c. Kayishema et consorts”.

Otras

- CICR (1998). Comentarios del art. 4º, protocolo. 2 apartado d - Los actos de terrorismo. (Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/comentario-protocolo-ii.htm>).
- CICR (2008). Prise de position, “Comment le terme conflit armé et-il défini en droit international humanitaire?”. Disponible en: <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/article/other/armed-conflict-article-170308.htm>.
- CICR (2011). Derecho Internacional Humanitario y terrorismo: respuestas a preguntas clave. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/faq/5yyqg4.htm>.
- CICR (2012). Conflit interne ou autres situations de violence : quelle différence pour les victimes? (Disponible en <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/interview/2012/12-05-niac-non-international-armed-conflict.htm>).
- CICR. Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario (2008). Los Crímenes de Guerra según el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y su base en el Derecho Internacional Humanitario, cuadro comparativo.
- XXXI Conférence Internationale de la Croix Rouge et du Croissant Rouge (2011). Rapport sur “Le Droit International Humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains”, 57. Disponible en: <https://www.icrc.org/fre/assets/files/red-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-ihl-challenges-report-11-5-1-2-fr.pdf>.
- Corte Penal Internacional (CPI), “Procureur c. Katanga et consorts”, ICC-01/04-01/07, 30 septembre 2008.
- CPI, “Procureur c. Lubanga Dyilo”, ICC.01/04-01/06, 29 de enero de 2007.
- Corte Suprema de Israel, “Public Committe Against Torture c. Israel”, 13 de diciembre de 2006, HCJ 769/02.
- Corte Internacional de Justicia (CIJ). Affaire relative au personnel Diplomatique et Consulaire des États Unis à Téhéran (“États-Unis D’Amérique c. Iran”), fallo del 24 de mayo de 1980.
- CIJ. Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (“Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Montenegro”), fallo del 26 de febrero de 2007
- Consejo de Estado Colombiano, Sala de lo contencioso administrativo, fallo del 29 de abril de 2015, Exp. N° 32.014.
- OHCHR (2008). “Los Derechos Humanos, el Terrorismo y la Lucha contra el Terrorismo”. Folleto informativo N° 32.

- Servicio de Asesoramiento CICR (CICR). “¿Qué es el Derecho Internacional Humanitario?” Servicio de Asesoramiento en DIH.
- SCSL. “Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa”, Case No. SCSL-04-14-T, Trial Chamber, Judgement, 2 August 2007.
- The Global Initiative against Transnational Organized Crime (2018). Organized Crime: A growing concern on the Security Council Agenda.
- Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR). Judgment, “The prosecutor v. Sejan Paul Akayesu”, ICTR-96-4-T.
- Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia (TPIY). “Prosecutor v. Kayishema”, Judgment, ICTR-95-1-T. 31, 21 mayo de 1999.

- Paredi, L. (2015). “The War of Terror: An Analysis of International Jurisprudence”. *International Crimes Database*.
- Sandoz, Y.; Swinarski, C. y Zimmermann, B. (1987). Commentaire des Protocoles Additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949, ICRC.
- Sandoz, Y. (2002). Lutte Contre la Terrorisme et Droit International: Risques et Opportunités, 12 Swiss. Rev.Int'l & Eur. L. 319.
- Vité, S. (2009). “La Lutte contre la criminalité organisée: peut-on parler de conflit armé au sens ou l'entend le droit international humanitaire?”. Actes du colloque de Bruges, Revue Internationale de la Croix-Rouge de 2010 consacré a la violence urbaine.

Bibliografía

- Bugnion, F. (2002). “Guerra justa, guerra de agresión y Derecho Internacional Humanitario”. *Revista Internacional de la Cruz Roja*.
- D'Aspremont, J.; De Hemptinne, J. (2012). *Droit International Humanitaire*. Ed. A Pedone.
- D'Aspremont, J. (2012). *Systemic Integration of International Law by Domestic Courts: Domestic Judges as Architects of the Consistency of the International Legal Order*. Eds. Hart Publishing.
- Gasser, H. P. (1986). “Prohibition of Terrorist Acts in International Humanitarian Law”. *International Committee of the Red Cross*.
- Gasser, H. P. (2002). “Actos de terror, ‘terrorismo’ y Derecho Internacional Humanitario”. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 163.
- Ghesquiere, S.; Camus, E. et al (2010). “Conflicts armés, parties aux conflits armés et DIH: les catégories juridiques faces aux réalités contemporaines”. *Actes du colloque de Bruges*, 22-23 octobre 2009, Collegium, N° 40.
- Gutiérrez Posse, H. D. T. (2014). *Elementos de Derecho Internacional Humanitario*, Eudeba.
- Happold, M. (2005). “International Humanitarian Law, War Criminality and Child Recruitment: The Special Court of Sierra Leone’s Decision in Prosecutor v. Samuel Hingo Norman”. *Leiden Journal of International Law*.
- Kai Ambos, M. E. (2015). *Terrorismo y Derecho Penal. Algunos aspectos de la criminalización de terrorismo*. Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional.
- Knut, D. (2003). *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court. Sources and Commentary*. Cambridge. Cambridge University Press.
- McLachlan, C. (2005). “The Principle of Systemic Integration and Article 31(3) of the Vienna Convention”. *International and Comparative Law Quarterly*.
- Olásolo Alonso, H. (2009). “Ámbito de actuación del Derecho Penal como instrumento de respuesta al fenómeno del terrorismo internacional y el papel de la Corte Penal Internacional y de las jurisdicciones nacionales en su persecución”. *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional*. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana.

**EL RÉGIMEN JURÍDICO INTERNACIONAL EN EL MARCO
DEL DERECHO SUCESORIO**

The International Legal Regime within the Framework of Inheritance Law
Il regime giuridico internazionale nel quadro del diritto delle successione

Juan Carlos Cajarville¹

Recibido: 25 de abril de 2018
Aprobado: 27 de septiembre de 2018

Resumen: El texto analiza los fundamentos y las reglas aplicables al Derecho Internacional Privado con el objetivo de comprender qué es la norma indirecta y cómo deberían los jueces aplicar el Derecho extranjero en un caso internacional. ¿Se deben considerar un hecho o un derecho? La aplicación, ¿procede de oficio o a pedido de parte? Luego, para comprender el régimen jurídico de las sucesiones internacionales, se analizan el instituto de la sucesión universal (intestada y testamentaria) y los diferentes sistemas aplicables a la materia. Por último, se compara este sistema con la redacción del art. 2644 del Código Civil y Comercial vigente.

Palabras claves: Sucesión Internacional - Sistemas sucesorios - Jurisdicción internacional - Derecho aplicable.

Abstract: The article analyzes the foundations and rules applicable to Private International Law with the aim of understanding what the indirect rule is and how judges should apply foreign law to an international case. Should they be considered a fact or a right? Does the application come on

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica Argentina, asociado en Estudio Jurídico Notarial González Gil. Adaptación de trabajo final de posgrado en el Curso Actualización en Derecho Sucesorio, dictado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el Instituto de Derecho del Colegio de Abogados del Dpto. Judicial de Mercedes. Email: juan.cajarville@gmail.com.

it's own or at the request of a party? Then, to understand the legal regime of international successions we analyzed the institute of universal succession (intestate and testamentary) and the different systems applicable to the subject. Finally, this system is compared with the wording of art. 2644, Civil and Commercial Code in force.

Keywords: International Succession - Inheritance Systems - International Jurisdiction - Applicable Law.

Sommario: Il testo analizza le basi e le regole applicabili al Diritto internazionale privato per capire quale sia la regola indiretta e come i giudici debbano applicare la legge straniera in un caso internazionale. Dovrebbero essere considerati un fatto o un diritto? L'applicazione viene da sola o su richiesta di parte? Quindi, per comprendere il regime giuridico delle successioni internazionali vengono analizzati l'istituto di successione universale (intestato e testamentario) e i diversi sistemi applicabili al soggetto. Infine, questo sistema viene confrontato con la formulazione dell'articolo 2644 Codice civile e Commerciale in vigore.

Parole chiave: Successione internazionale - Sistemi di successione - Giurisdizione internazionale - Legge applicabile.

Para citar este texto:

Cajarville, J. C. (2018). "El régimen jurídico internacional en el marco del Derecho Sucesorio", *Prudentia Iuris*, N° 86, pp. 65-103.

I. Introductorio

I.i. Conceptualización

Sin lugar a dudas, el régimen en estudio es una de las áreas del Derecho Internacional Privado (en adelante, D.I.Pr.) plena de posibilidades, abierta tanto a la reflexión equilibrada como a la polémica vehemente, encerrando, tal vez, las mayores complejidades para el jurisconsulto. En el Derecho de Sucesiones suelen quedar íntimamente vinculadas casi todas las ramas jurídicas, ya que en la persona del causante convergen todas las relaciones vitales, de variada índole: podrá ser titular de un inmueble, o de determinados derechos societarios, haber contraído matrimonio, ser parte activa de un contrato².

² Conf. Feldstein de Cárdenas, S. L. (2012). "El control de constitucionalidad del Derecho extranjero en materia de sucesiones internacionales". Cita: MJ-DOC-6147-AR | MJD6147.

Dichas complejidades nacen de la propia naturaleza de las relaciones jurídicas de tipo internacional que trascienden a la mera esfera nacional, y en donde a una relación jurídica privada se le incorpora un elemento extranjero, el cual puede provenir de la conexión de las personas, los bienes, o la voluntad exteriorizada de los hombres con una sociedad extranjera. En este sentido, C. M. Vico afirma que "si la vida de relación y todas las vinculaciones que ella engendra nacieran, se desarrollaran y se extinguiesen dentro de las fronteras de cada Estado, no habría problemas de D.I.Pr. Si ellos existiesen es porque los individuos atraviesan las fronteras, porque múltiples contratos se celebran en un país para cumplirse en otro, porque los derechos se constituyen o transfieren en Estados distintos al de la situación de las cosas, porque hay sucesiones cuyos causantes tienen bienes y herederos en países diferentes, etc."³.

En líneas generales, la doctrina coincide en que el D.I.Pr. es "[...] es la rama del Derecho Privado que tiene por objeto el régimen de las relaciones jurídicas en las que existen uno o varios elementos extraños al Derecho local"⁴.

Con una visión más específica, Goldschmidt define dicha rama del Derecho como "el conjunto de los casos jusprivatistas con elementos extranjeros y de sus soluciones, descritos casos y soluciones por normas inspiradas en los métodos indirecto, analítico y sintético-judicial, y basadas las soluciones y sus descripciones en el respeto al elemento extranjero"⁵.

En relación al objeto de dicha disciplina, se sostiene que la misma procura la solución de problemas o conflictos creados por la actividad de los sujetos que anudan relaciones de Derecho Privado, en las cuales existen uno o más elementos extraños al Derecho local⁶. Por lo tanto, una vez que hayamos caracterizado un caso (o sus elementos) como extranjero, es preciso darle el tratamiento que en justicia corresponde. "Este tratamiento debe basarse en el respeto al elemento extranjero, y el respeto, a su vez, consiste en hacer con el caso lo que presumiblemente con él harían en el país al que pertenece"⁷.

³ Vico, C. M. (1967). *Curso de Derecho Internacional Privado*. Dictado en las Facultades de Derecho de Buenos Aires y La Plata. Compilado por Isauro P. Argüello y Pedro Frutos (28 y sigs.). Tomo I. Cap. II. Sexta Edición. Buenos Aires. Biblioteca Jurídica Argentina.

⁴ *Ibidem ut supra*.

⁵ Goldschmidt, W. (2011). *Derecho Internacional Privado*. 10ª Ed. Buenos Aires. AbeledoPerrot, 3.

⁶ Vico, C. M. Ob. cit., 21.

⁷ Goldschmidt, W. (1990). *Derecho Internacional Privado*. 7ª Ed. Buenos Aires. Depalma, 15.

Delimitando el estudio al ámbito sucesorio, Saucedo⁸ afirma que “la sucesión es ‘nacional’ o ‘interna’ cuando la persona humana fallece en el lugar donde vivió siempre y tiene sus bienes. O, lo que es lo mismo, cuando en el discernimiento y tramitación de su juicio sucesorio, habrán de intervenir las autoridades de un único Estado, que también aplicarán el propio Derecho vigente en ese medio. Se trata de un tema que está regido íntegramente por el Derecho Privado de cada país, y no despierta mayores interrogantes, pues por regla los operadores jurídicos convocados habrán de sujetarse en estas lides a un único ordenamiento jurídico”.

Asimismo, considera que “el Derecho Internacional Privado pone su foco de atención en las sucesiones *mortis causa*, cuando presentan contactos con elementos extranjeros relevantes, sea porque el patrimonio del de cujus está disperso en los territorios de distintos Estados, sea porque el causante ha fallecido en el exterior (es decir, fuera del lugar de su domicilio o residencia habituales); o porque al momento del hecho luctuoso tiene una nacionalidad distinta a la del Estado donde se produce aquél; en fin, porque existe un testamento que vincula y conecta al acervo hereditario del autor con distintos derechos. He aquí a la sucesión ‘internacional’”.

“En rigor –continúa dicho autor–, las circunstancias y contactos apuntados pueden convocar, por igual, derechos y autoridades judiciales diferentes para regir la transmisión de los bienes o para resolver las cuestiones extrapatrimoniales ligadas con la persona del difunto (v. gr., designación de tutores, curadores o albaceas, mandas respecto del destino final de su cuerpo, exequias, etc.), con resultados a veces contrapuestos, según la óptica desde donde se mire el tema”. Situaciones que han llevado históricamente a discusiones doctrinarias que analizaremos ulteriormente en el presente libelo.

I.ii. Las normas en el marco del Derecho Internacional Privado

Al estudiar las fuentes del D.I.Pr., “entre las múltiples formas de distinción o clasificación de las normas de Derecho Internacional Privado, corresponde diferenciar, por un lado, las normas generadas en virtud de acuerdos entre Estados, que se clasifican como Derecho Internacional Privado ‘convencional’ y que obliga a evaluar la incidencia de los Tratados Internacionales en la regulación del tráfico privado externo; y por otro, las normas creadas en virtud de actos de organizaciones internacionales

8 Saucedo, R. J. (2016). *Las reglas de Derecho Internacional Privado en materia sucesoria en el Código Civil y Comercial*. Publicado: SJA 2016/11/09-5; JA 2016-IV. Abeledo Perrot N°: AP/DOC/187/2016.

en el marco de un proceso de integración económica, que en el caso de la Unión Europea, se conoce como Derecho Internacional Privado ‘institucional’. Ambos casos resultan manifestaciones de la cooperación pacífica entre los Estados en materia jurídica”⁹.

En miras a la regulación de las relaciones iusprivatistas internacionales, el Derecho Internacional Privado se vale –generalmente– de las típicas normas indirectas o reglas de conflicto para así fijar la ley que el sistema jurídico estime responder con la naturaleza esencial de la relación con elementos extranjeros, el Derecho que resulte tener más proximidad, conexión e interés en la cuestión¹⁰.

La estructura de la norma D.I.Pr. contiene en su *tipo legal* una situación jurídica que requiere ser precisada, como por ejemplo la capacidad, los efectos del contrato, la porción disponible en el Derecho Sucesorio, entre otros; y la *consecuencia jurídica* no reglamenta “directamente” la situación descripta, sino que remite a un ordenamiento que es el que habrá de regularla: a la ley del domicilio, a la ley del lugar de cumplimiento, a la ley del último domicilio del causante, según el caso. “Esta manera de actuar de la norma del D.I.Pr. le confiere el carácter de *norma indirecta*”¹¹.

Con el objeto de señalar los derechos aplicables al caso, la norma indirecta emplea un medio técnico llamado *punto de conexión*, clasificados en términos generales como: “personales” (nacionalidad, domicilio, residencia); “Reales” (lugar de situación de los bienes); y “voluntarios” (lugar de celebración o ejecución de un contrato, lugar de comisión de un delito).

A través de ellos se procura localizar cada relación jurídico-privada en un territorio donde está vigente determinado ordenamiento. Claro está que la elección de los distintos puntos de conexión depende de la política legislativa, que al mismo tiempo nos revela cuál es el criterio que inspira la solución de los conflictos de leyes¹².

Al mismo tiempo, para cumplir su cometido, “el D.I.Pr. puede utilizar *normas de estructura directa*, estableciendo la solución en forma específica, concreta al caso iusprivatista internacional. Esta técnica legislativa no es habitual en el derecho de fuente interna regulador de relaciones internacionales; mas suele ser empleada en la fuente convencional y especialmente en los ámbitos de integración regional, en los que, en algunos casos, la remi-

9 Rodríguez, M. S. (2015). “Las fuentes del Derecho Internacional Privado en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”. Citar: *elDial.com* - DC1EBE.

10 Rodríguez, M. S. (2015). “La regulación de las sucesiones en el Derecho Internacional Privado”. Publicado en *RCCyC* y 211 AR/DOC/3055/2015.

11 Kaller de Orchanstky, B. (1995). *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires. Editorial Plus Ultra, 85.

12 Conf. *Ibidem*, 86.

sión al Derecho extranjero implicaría diferentes soluciones y disímiles tratamientos, impropios de la igualdad de trato que caracteriza a los espacios de integración¹³.

Un claro ejemplo es la norma relativa a las disposiciones de última voluntad realizadas a través de un testamento consular; instituto regulado en el art. 2646 CCCN, el cual es una típica norma de estructura directa, en razón de que no tiene por fin seleccionar la ley aplicable a la cuestión, sino que ella cuenta en su consecuencia jurídica con la solución al tema descripto en la hipótesis regulatoria.

I.iii. La aplicación del Derecho extranjero y sus limitaciones

Con relación a este tópico, el legislador, en la redacción actual del art. 2595, CCCN, ha resuelto varias cuestiones –o problemas– en un mismo apartado con el subtítulo “Aplicación del Derecho extranjero”: a) La aplicación e interpretación del mismo. b) La covigencia de varios derechos respecto a un mismo problema en el país cuyo ordenamiento jurídico resulta aplicado. c) La multiplicidad de derechos aplicables a una misma o varias relaciones jurídicas¹⁴.

Dicho artículo, en su parte pertinente, reza: “Cuando un Derecho extranjero resulta aplicable: a) el juez establece su contenido, y está obligado a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada. Si el contenido del Derecho extranjero no puede ser establecido se aplica el Derecho argentino [...]”.

A este respecto se sostiene que “el respeto al país extranjero y, en su caso, a las personas que en él han actuado, exige que ‘apliquemos’ el Derecho extranjero tal cual lo aplicarían en el país respectivo. Lo que nosotros hacemos no es, pues, en realidad, ‘aplicación’, sino que es ‘imitación del Derecho extranjero’ (teoría del uso jurídico)”¹⁵. Según dicha teoría, si se declara aplicable una controversia, al Derecho extranjero hay que darle el mismo tratamiento de fondo, con el máximo grado asequible de probabilidad que le daría el juez del país cuyo derecho ha sido declarado aplicable¹⁶. Eso es, debe imitar al juez extranjero, teniendo en cuenta la legislación (en sentido

amplio) de dicho país, como también la jurisprudencia y la opinión de especialistas foráneos en la materia objeto del litigio.

Por lo tanto, se ha modificado sustancialmente la previsión del art. 13 del Código derogado, en concordancia con las convenciones internacionales –véanse el art. 2º de CIDIP II y los Protocolos Adicionales a los Tratados de Montevideo de 1989 y 1940–, obligando a aplicar de oficio el Derecho extranjero. Sin embargo, es dable reconocer que el principio de la oficialidad no surge nítidamente de la redacción de la nueva norma¹⁷.

Es importante resaltar que el art. 2595, CCCN, habilita al juez a aplicar el Derecho argentino siempre que “el Derecho extranjero no pueda ser establecido”. Es decir, que el juez debe aplicar el Derecho argentino sólo en casos excepcionales, dado que si así no lo hiciera iría en contra de su propio ordenamiento jurídico internacional, quien en determinados casos iusprivatistas internacionales manda –es decir, expresamente lo obliga– a aplicar el Derecho extranjero.

Ahora bien, habiéndose aclarado ello, cabría preguntarse cuándo efectivamente un juez –en un mundo globalizado–, teniendo a disposición todos los medios electrónicos, junto a la posibilidad de solicitar la cooperación internacional mediante exhortos, se encuentra verdaderamente “imposibilitado” o escaso de recursos para conocer el contenido, la vigencia y el alcance del Derecho foráneo.

Sin embargo –dicho ello–, no podemos dejar de recordar al lector, que el legislador curiosa y novedosamente “brinda al juez una válvula de escape para aquellos casos en los que la norma indirecta lo conduzca a un derecho poco vinculado, en tanto otro ordenamiento jurídico, en cambio, se presenta estrechamente relacionado al caso”¹⁸.

Dicha cláusula de excepción –regulada en el art. 2597, CCCN– reza: “Excepcionalmente, el derecho designado por una norma de conflicto no debe ser aplicado cuando, en razón del conjunto de las circunstancias de hecho del caso, resulta manifiesto que la situación tiene lazos poco relevantes con ese derecho y, en cambio, presenta vínculos muy estrechos con el derecho de otro Estado, cuya aplicación resulta previsible y bajo cuyas reglas la relación se ha establecido válidamente. Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso”.

Conjuntamente con la válvula de escape mencionada, el ordenamiento jurídico establece dos límites a la aplicación del Derecho extranjero: a) El orden público internacional; y b) Las normas de policía.

13 Rodríguez, M. S., *ibídem* nota 10.

14 Bueres, A. J. dirección (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*. Tomo II. 5ª edición. Buenos Aires. Hammurabi. Editor José Luis Depalma, 657.

15 Rodríguez, M. S., *ibídem* nota 9.

16 Bueres, A. J. Ob. cit., 658.

17 *Ibídem*, 660.

18 *Ibídem*, 660.

a) *El orden público internacional*

Por un lado, autores como Medina, Zannoni y gran parte de nuestra doctrina, entienden al orden público desde una doble óptica: por un lado, desde la perspectiva del Derecho Interno, delimitando el territorio en que se desenvuelve la autonomía privada; y por otro, desde la óptica del Derecho Internacional, señalando los límites a la aplicación del Derecho extranjero¹⁹. Siendo este último definido como “el conjunto de principios fundamentales e inderogables por voluntad de las partes, en que se asienta el orden jurídico local y que el juez que entiende en la causa debe invocar y utilizar para excluir la aplicación de un Derecho extranjero [...] que resulta lesivo a tales principios”²⁰.

En este sentido C. M. Vico²¹ afirma que existe el orden público como género que comprende dos especies, el internacional y el interno; considera que al decir “orden público internacional entendemos que hay un contacto legislativo, que hay una ley extranjera llamada a regir la relación jurídica en que se produce ese contacto y que esa ley extranjera se encuentra detenida por un principio obligatorio para el juez del tribunal. Pero hay principios obligatorios mucho más numerosos para el juez del tribunal cuando se trata de aplicar simplemente la legislación local, la cual no puede ser derogada en muchos casos en los cuales no es obligatoria la aplicación de las leyes extranjeras”²². Sin embargo, sí podrán y deberán ser derogados o suprimidos por el tribunal local en aquellos casos en que nuestro ordenamiento jurídico –por indicación de una norma indirecta de importación– nos obligue a aplicar el Derecho extranjero, siempre y cuando no se viole el orden público “internacional”.

Es decir, “el orden público interno es más estricto y se aplica a mucha mayor cantidad de casos que el orden público internacional. [...] De manera que lo que no puede hacer jurídicamente la acción humana en la vida social, puede hacerlo una ley extranjera: puede cambiar esas edades –en referencia a la capacidad de la persona en el testamento, matrimonio o contrato de un menor–, cosa que no puede hacer la libre voluntad jurídica contractual de las partes. Estas limitaciones a la acción humana en la vida social son de *orden público interno*, pero no de orden público internacional, porque una ley extranjera distinta de esas limitaciones puede ser aplicada en el país”.

Ahora bien, ¿cuándo dichas limitaciones a la acción humana son también de orden público internacional? A ese interrogante, el autor responde que “cuando esa ley extranjera es aplicable por el juez, en razón de ser repugnante a un principio básico de nuestra legislación”. Y así se introduce el concepto –novedoso y apropiado– de la “repugnancia” dentro del marco de las limitaciones a la aplicación del Derecho extranjero. Volviendo al ejemplo de la capacidad de las personas para contraer matrimonio, la misma se rige –conforme a las reglas del D.I.Pr.– por la ley del lugar de celebración en cuanto a la edad, pero no en cuanto al parentesco. Virtud de lo cual, el parentesco que constituye incesto para nuestra legislación local, limitará la aplicación de la ley extranjera que lo admita, aunque sea la ley del lugar de celebración del matrimonio. Esto se debe a que al chocar con nuestra concepción de moral y buenas costumbres en el instituto jurídico mencionado, “no es aplicable, *por razón de su contenido*, una ley extranjera que permite algo repugnante a un concepto básico de nuestra legislación”²³.

Aquí es donde encuentra dicho autor el “límite indeciso” o la “zona de penumbra” entre lo que es repugnante y lo que es meramente discordante con nuestra legislación. Por lo tanto, dicha dificultad interpretativa o de calificación concreta –sumado a la mutabilidad del instituto que veremos a continuación– hace imposible la aplicación *a priori* del mismo, y debería entenderse al orden público “internacional” sólo en aquellas (o algunas) materias “en que los países civilizados reprueben instituciones más o menos inconfesables, como la esclavitud, la trata de blancas, la piratería, el contrabando y, en suma, todo cuanto signifique una negación de las reglas del Derecho de Gentes. Fuera de tales casos la coincidencia desaparece [...]”²⁴.

Es menester destacar que el instituto en análisis es receptado por el art. 2600, CCCN, cuya letra establece: “Las disposiciones de Derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino”.

Se le ha criticado la técnica legislativa utilizada al no haberse incorporado las palabras “manifiestamente contraria”, para dar una mayor connotación a la importancia que debe darse al momento de acudir a esta “válvula de escape” –estudiada anteriormente. La importancia de la designación “manifiestamente” viene de la mano de comprender y darle al orden público la entidad de ser una excepción al juego normal de la regla de conflicto, buscando así evitar un mal uso de esta problemática. Uno de los mayores temores que el uso del orden público genera consiste en que, si la solución

19 Conf. Medina, G. (2015). “Orden público en el Derecho de Familia”. Tomo *La Ley* 2015-f ISSN 0024-1636. Buenos Aires, 1.

20 Kaller de Orchansky, B. Ob. cit., 356.

21 Vico, C. M. (1967). Ob. cit., T. I. Cap. VIII, 195 y sigs.

22 *Ibidem*, 207.

23 *Ibidem*, 206/7.

24 *Ibidem*, 212.

implica la aplicación de la *lex fori*, las autoridades judiciales echen mano a él para así aplicar su propio derecho y salirse de la problemática de aplicar un Derecho foráneo y desconocido. Es por ello que, al momento de controlar el Derecho extranjero declarado aplicable por la norma de conflicto, *solo debe rechazarse si esa legislación es manifestamente incompatible con los principios fundamentales del juez y no por una simple incompatibilidad*; la cual es lógico que se pueda presentar como consecuencia del choque de las civilizaciones. Señalado ello, la norma argentina mantiene una coherente relación respecto a la disposición convencional del art. 5° de la CIDIP II sobre Normas Generales²⁵.

Finalmente, es sabido que “los Estados cuentan con diversos caminos para evitar que se agredan los principios básicos que inspiran su propia legislación”²⁶. Por un lado, uno de ellos es el instituto que hemos analizado en el presente apartado, y al que se arriba a través de la regla de conflicto, donde la ley extranjera es desplazada por ofender gravemente al derecho del juez, virtud de lo cual, su aplicación será siempre *a posteriori*.

b) Las normas de policía

Por otro lado, se está ante las denominadas *leyes de policía*, *leyes de aplicación inmediata*, **normas locales internacionalmente imperativas**, *receptadas por el actual art. 2599 del CCCN*. Distinguiéndose del anterior toda vez que consiste en el dictado de leyes, de ciertas reglas que deberán ser aplicables en todo caso, contengan o no elementos extranjeros.

“Se trata de normas sustantivas o materiales o directas que exigen su aplicación inmediata sin necesidad de transitar el camino de la norma de conflicto. La relación es captada por la norma local internacionalmente imperativa, que le es apriorística y directamente aplicable. Vale decir, subyace en este tema la fuerza de inhibir los efectos extraterritoriales de aquella ley extranjera que en su contenido atenta gravemente contra los principios esenciales, las concepciones fundamentales que constituyen la base del propio Derecho”²⁷.

25 Baltar, L. (2015). “El orden público internacional en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”. Publicado en www.rubinzalonline.com.ar. Cita: RC D 1239/2015.

26 Feldstein de Cárdenas, S. L. “Divorcio y orden público internacional: una pareja indisoluble para el Derecho Internacional Privado Argentino”. Fallo “Solá, Jorge Vicente s/ suc. ab intestato”. Revista *La Ley*. Ver: http://www.academia.edu/5304227/CASO_SOLA_DIVORCIO_Y_ORDEN_PUBLICO_INTERNACIONAL (Recuperado el 12-12-2017).

27 *Ibidem*.

I.iv. Sistemas sucesorios

Habiéndonos rociado de un repaso de cuestiones relativas a la parte general del D.I.Pr., es sustancial detenernos en la materia específica del presente trabajo. Para lo cual –previo al análisis detallado del régimen sucesorio internacional– creemos atinente explicar cuáles son los distintos sistemas sucesorios, dado que conforme se adopten unos u otros tendrán implicancia directa en la jurisdicción y en el derecho aplicable en el proceso sucesorio.

Para ello, resulta ocurrente precisar cuáles son los sistemas de Derecho Internacional Privado que actualmente tienen vigencia²⁸:

- a) sucesión germánica escisionista (idea económica-política), que entraña soluciones territoriales y pluralidad de sucesión en bienes inmuebles, porque lo importante son los bienes dejados por el causante y no la persona del causante;
- b) sucesión romana (sustitución persona), con respuestas normativas únicas ya que la sucesión se rige por una sola ley, puesto que se la concibe como una sustitución de la persona fallecida en otra o varias personas; y
- c) sistema de la *professio juris*, donde el causante puede elegir el derecho conflictual de la sucesión; está facultado para adoptar la ley aplicable. Es decir, por ejercicio de su autonomía el causante dispone, entre las leyes vinculadas a su patrimonio, cuál de ellas regulará la materia sucesoria.

Habiendo delimitado las diferencias, podemos a continuación establecer cuáles son los sistemas que resguarda –o no– nuestro ordenamiento jurídico.

I.iv.a) Sistema de la unidad

Los partidarios de este sistema afirman que las cuestiones esenciales que comprende la materia sucesoria deben regirse por una sola ley. Vale decir, la ley personal del causante, ya sea de su nacionalidad o la de su domicilio²⁹.

Los defensores de la nombrada teoría –cuyo origen nos remite al Derecho romano– tienen como base los siguientes fundamentos:

28 Conf. Iñiguez, M. D. (2015), en su comentario al art. 2643 en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo VI. Directores: Herrera, M.; Caramelo, G. y Picasso, S., 409-410.

29 Kaller de Orchansky, B. (1995). *Ob. cit.*, 284.

- a) Por un lado, entender a la institución hereditaria como sucesión en la persona –por oposición a sucesión en los bienes–, conforme a la cual los bienes del causante que se transmiten constituyen una universalidad³⁰. En efecto, se suceden los derechos y obligaciones que componen el patrimonio de una persona, entendido como una universalidad jurídica indivisible y abstracta, dependiente del sujeto y con radicación en un solo lugar³¹.
- b) Por otro, respeto absoluto por la voluntad subjetiva del causante. En virtud de lo cual, se supone que esa voluntad, cuando no fue expresamente manifestada por medio de un testamento –como en el caso de las sucesiones *ab intestato*–, es única y no puede depender de la existencia de bienes hereditarios en distintas jurisdicciones. Ello, en razón de que a falta de voluntad expresa, cada legislación atribuye al causante una voluntad presunta, tomando como presunción general aquella que le parezca más apropiada a las relaciones de familia.

Por tal razón, si en lugar de acudir a la ley personal del causante –ya sea por su domicilio o nacionalidad– se acude a las diferentes leyes que rigen en cada país donde el fallecido tuviese bienes, habría diferentes voluntades presuntas para las diferentes partes de sus bienes. Esta última idea no puede defenderse, debido a que el causante no dejó disposición expresa donde manifieste tal voluntad diferida según los bienes de su patrimonio³².

I.iv.b) Sistema de la pluralidad

En la otra vereda, encontramos a los defensores del sistema también llamado “del fraccionamiento”, el cual respalda la aplicación de una pluralidad de derechos, teniendo en consideración la situación de los bienes que se transmiten. En efecto, se aplica a cada bien –mueble o inmueble– la ley de su situación³³. En esencia, implica que habrá más de una la ley aplicable cuando haya bienes ubicados en distintas naciones³⁴.

30 *Ibidem*.

31 Maffia, J. O. (1993). *Manual de Derecho Sucesorio*. Tomo 1. Buenos Aires. Ediciones Depalma, 47.

32 *Ibidem*, 284.

33 Goldschmidt, W. Ob. cit., 359.

34 Maffia, J. O. Ob. cit., 43.

A diferencia del sistema revelado anteriormente, el fraccionamiento tiene su origen en la doctrina germánica, la cual considera que la herencia es un reparto renovado del patrimonio familiar entre determinadas personas³⁵.

Los principales argumentos –y sus críticas– de aquellos que protegen la pluralidad son los siguientes:

- a) En primer lugar, teniendo en cuenta que cada Estado ejerce exclusivamente sobre su territorio el derecho de soberanía –la cual es una e indivisible–. La soberanía se extiende a todos los bienes que componen la sucesión, cualquiera sea su naturaleza. Por lo tanto, la cuestión sucesoria interesa al orden público y es por ello que hay un interés público en que la ley propia sea la que rija toda sucesión respecto de los bienes situados en cada país. Sin embargo, a los efectos de relativizar dicho argumento, cabe resaltar que en el Derecho moderno, el Estado y la soberanía que este ejerce obedecen a concepciones distintas. En este enfoque, “la aplicación de un Derecho extranjero no afecta en nada a la soberanía que ejerce el Estado sobre su territorio; la aplicación del Derecho extranjero es una cuestión de Derecho Privado que encuentra sus límites en el orden público internacional, mientras el ejercicio de la soberanía consiste en el imperio de Derecho Público sobre el propio territorio”³⁶.
- b) En segundo lugar, parte de la doctrina –según la autora referida– considera que siendo la sucesión un título traslativo del dominio de los bienes que componen el acervo hereditario, debe estar sometida a ley del lugar de situación de los bienes (aplicación de regla “*lex rei sitae*” o territorialidad de la ley sucesoria), de igual modo que lo están los Derechos Reales. Sin embargo, “este argumento confunde el régimen de los bienes *ut singuli* con el de los bienes *ut universitas*”, dado que “la transmisión de los bienes a título singular está regida por principios distintos a los que rigen la transmisión de bienes por causa de muerte, la cual comprende un patrimonio, es decir, una universalidad jurídica. La aplicación de una ley única a la transmisión del patrimonio no impide que [...] los bienes que componen dicho patrimonio se rijan por la ley del lugar de la situación”. Sin embargo, es trascendente señalar que el régimen de los Derechos Reales es estrictamente territorial,

35 Goldschmidt, W. Ob. cit., 359.

36 Kaller de Orchansky, B. Ob. cit., 285/6.

mientras que el régimen de sucesiones es extraterritorial³⁷.

- c) Otra manifestación a favor de la ya mencionada territorialidad encuentra su base en el “interés fiscal”. En esta órbita podemos descubrir dos argumentos:

Por un lado, se estima que es el fisco quien tiene derecho a la titularidad de los bienes en las sucesiones vacantes dentro del territorio nacional. Se busca así evitar que por aplicación de un Derecho extranjero –ya sea el del domicilio o nacionalidad del causante–, aquél atribuya los bienes a favor de dicho Estado.

Contrariamente, se entiende que en el caso de una sucesión vacante, los bienes muebles o inmuebles que se encuentren en el territorio de un país corresponden al fisco no porque el Estado sea heredero, sino en virtud de su derecho de soberanía, es decir, en razón de su dominio eminente sobre su propio territorio.

Por otro lado, parte de la doctrina fundamenta la aplicación del Derecho y jurisdicción local, por razones netamente impositivas. Sin embargo, “el tributo impuesto a causa de la transmisión de una herencia se hace efectivo aún en países que adoptan el sistema de la unidad”; ello toda vez que el Derecho Fiscal es Derecho Público y, por tanto, territorial. Por lo que, si los herederos solicitan en el país el reconocimiento de un fallo extranjero, la inscripción de titularidad en registros especiales, o cualquier trámite relativo a dichos bienes, deberán acreditar que han pagado los impuestos correspondientes a los bienes situados en el país³⁸.

- d) Por último, resta considerar un factor sociocultural o de estricto carácter sentimental, de cuyo análisis resulta que los “privatistas (civilistas y comercialistas) de todos los países se resisten emocionalmente a la aplicación del Derecho Privado extranjero y prefieren en el mayor número posible de casos aplicar el Derecho Privado patrio”³⁹.

I.iv.c) Sistema mixto

Por último, tropezamos con el sistema intermedio o mixto, que armoniza las dos nociones antagónicas analizadas anteriormente. Proclama el fraccionamiento para los bienes inmuebles y unidad para los muebles; y

37 *Ibidem*, 286.

38 *Ibidem*, 286-7.

39 *Ibidem*, 287, atento a las razones expuestas por Goldschmidt, W. *Hacia la unidad legislativa en materia de herencia internacional*. T. 126. Buenos Aires. La Ley, 1134.

es adoptado por países como Inglaterra, Estados Unidos, Francia, Bélgica, Austria, Hungría y Rumania.

De acuerdo a Kaller de Orchansky, el sistema por adoptar varía según si el ordenamiento jurídico de un Estado se inspira en la “sucesión en la persona” o “en los bienes”. En el primero, se considera más adecuada la adopción del sistema de unidad, con las excepciones que deriven *a posteriori* en razón del orden público internacional. Esto se debe a que si lo que se transmite es un patrimonio –como universalidad jurídica–, lo racional es que la sucesión sea regida por un derecho, indicado por un punto de conexión personal (nacionalidad o domicilio) al tiempo de la muerte del causante. Por el contrario, en el segundo supuesto, podría ser conveniente adoptar la solución adoptada por la tesis del fraccionamiento o en la tesis mixta⁴⁰.

II. La jurisdicción internacional

La jurisdicción es considerada por la doctrina como “una potestad cuyo ejercicio comprende tanto la tarea de juzgar (declarar el derecho) mediante la instrucción y preparación de las vías que conduzcan a dirimir el litigio, demandas, pruebas, alegaciones, etc. (fase de juzgamiento), como así mismo la actividad de hacer reconocer y ejecutar *ius imperii* lo decidido (fase *imperium*)”⁴¹.

Para saber a qué nos referimos al hablar de jurisdicción internacional, Goldschmidt propone preguntarse: ¿En qué supuestos son competentes los tribunales argentinos y cuándo lo son los tribunales de otros países?⁴²

En otras palabras, la jurisdicción internacional se encargará de determinar qué autoridad resolverá un conflicto suscitado entre dos o más sujetos y un elemento extranjero.

La jurisprudencia ha establecido que, “en primer lugar, es falso que sea, por regla general, el juez nacional el que decidirá libremente si el caso se resuelve por Derecho propio o extranjero. Esta decisión ya ha sido tomada por el legislador en la elección del punto de conexión de la norma indirecta. El juez deberá ahora subsumir, no elegir el Derecho aplicable. En los casos excepcionales de carencia de norma general de conflicto, la elaboración judicial de ella tampoco obstaría al examen de la propia jurisdicción antes de iniciar la instrucción procesal”⁴³.

40 Conf. Kaller de Orchansky B., *ibidem*, 287/8.

41 Ramayo, R. A. (1998). *Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires. Educa, 56.

42 Conf. Goldschmidt, W. (2010). *Derecho Internacional Privado*. Ob. cit., 874.

43 Conf. Superior Tribunal de Justicia de Rawson (José Luis Pasutti-Fernando Royer-VA). En la causa: 000A 000021 (12-11-2002).

Dicho poder o potencia entre los diferentes Estados para resolver los conflictos surgidos en casos con elementos extranjeros, es un “aspecto no menor, pues el magistrado ante quien se tramite el sucesorio siempre es proclive a aplicar su propio Derecho Interno (*lex fori*), en aquellos aspectos que a primera vista parezcan reñidos con su orden público internacional, o bien por las normas de policía y materiales que consagren su régimen jurídico”⁴⁴.

Podemos puntualizar que la doctrina es pacífica al entender que “la jurisdicción internacional resulta pasible de ser clasificada en directa e indirecta. La primera de ellas se relaciona con el análisis que efectúa el juez nacional para determinar si el caso mixto sometido a su juzgamiento pertenece al país. Por el contrario, la segunda refiere al examen que realiza el magistrado sobre la jurisdicción internacional de su par extranjero, ante la petición por el reconocimiento o ejecución de una sentencia dictada por este último”⁴⁵.

Por otra parte, “el examen de las normas atributivas de jurisdicción permite advertir que, en ocasiones, el dispositivo legal adjudica jurisdicción exclusivamente a un foro, participando entonces del grupo de normas que Quintín Alfonsín llamaba preceptivas; en otros casos, asigna competencia a dos o más Tribunales de diversos Estados existiendo, entonces, jurisdicciones concurrentes para decidir el caso *iusprivatista* –normas optativas en los términos del autor citado–; o bien puede ocurrir que el precepto delegue en las partes la elección del foro al cual desean sujetarse”⁴⁶.

En consiguiente, habrá “jurisdicción exclusiva” cuando un Estado resulta ser el único instituido como depositario de la jurisdicción internacional para entender en un caso litigioso⁴⁷. Dicha exclusividad de jurisdicción puede estar dada por el propio Estado –como “autoconcesión” por parte del Derecho Interno–, puede emerger del Derecho convencional, o ser derivada de la autonomía de la voluntad.

Cierto es que, en determinadas materias, el Estado no admite otra jurisdicción que la de sus propios órganos jurisdiccionales, y excluye la jurisdicción de cualquier otra autoridad estatal. Dichos foros exclusivos son “excepcionales” y de “interpretación restrictiva”; en consecuencia, los jueces no deberían asumir este tipo de jurisdicción si no existe una disposición que expresamente lo indique⁴⁸.

44 Saucedo, R. J. Ob. cit.

45 Piñero, R. F. “Jurisdicción internacional en materia contractual”. Citar: *elDial.com* - DC245A. Publicado el 24-11-2017.

46 *Ibidem*.

47 Ramayo, R. A. Ob. cit., 61.

48 Bueres, A. J. Ob. cit., 675/6.

Tal es así que el nuevo Código prevé –por lo menos expresamente– cuatro supuestos, tres de ellos enumerados en el art. 2609, CCCN: a) en materia de Derechos Reales sobre inmuebles situados en la República; b) en materia de validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un registro público argentino; c) en materia de inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos industriales y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro, cuando el depósito o registro se haya solicitado o efectuado o tenido por efectuado en Argentina. Asimismo, el art. 2653, CCCN, establece que “en caso de niños con domicilio en la República, los jueces argentinos son exclusivamente competentes para la declaración en situación de adoptabilidad, la decisión de la guarda con fines de adopción y para el otorgamiento de una adopción [...]”.

Podría el lector interpelar: ¿por qué nos detuvimos a analizar la jurisdicción exclusiva? Dicha motivación la encontraremos en los apartados siguientes, al momento de dilucidar si existen contradicciones en nuestro ordenamiento jurídico, e incluso, preguntarnos cuál es la relación con lo establecido por el inc. “a)” anteriormente transcrito, y la polémica relativa a la jurisdicción y el Derecho aplicable al proceso sucesorio cuando existieren bienes inmuebles situados en la República, y así analizar si verdaderamente la solución adoptada por nuestro legislador es –o no– ajustada a Derecho.

II.i. Fuente interna

II.i.a) Régimen del Código Civil derogado

Siguiendo los pasos ilustrados de nuestra doctrina⁴⁹, en los casos sucesorios la norma del anterior art. 3284 del CCiv. determinaba que tenían jurisdicción los jueces del último domicilio del causante. Sin embargo, P. M. All nos señala que se ha entendido que “esta jurisdicción no puede juzgarse como exclusiva y excluyente sino que, por el contrario, debe concurrir con los jueces de los lugares en los cuales se encuentren situados bienes del causante”.

Ahora bien, esta “jurisdicción con base patrimonial” (o bien, foro de patrimonio) encontraba sustento por aplicación análoga del art. 16 de la Ley N° 14.394; y fundamentalmente es respaldada por buena parte de la jurisprudencia –aunque dividida⁵⁰– de los tribunales argentinos.

49 Conf. All, P. M. (2006). “Las normas de jurisdicción internacional en el sistema argentino de fuente interna”. Publicado en *DeCITA* (Derecho del Comercio Internacional. Temas y actualidades), N° 4 (Litigio judicial internacional). Buenos Aires. Zavalía, 422-444.

50 Dado que, a contrario sensu –y a título ejemplificativo–, la Cámara de Apelaciones de

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires⁵¹ sostuvo la jurisdicción de los tribunales argentinos en base a la existencia de un bien relicto situado en nuestro país, a pesar de que los causantes, al momento de fallecer, tenían su último domicilio en Dinamarca. El tribunal, en este caso, utilizó para fundamentar su argumentación el art. 10, CC, que dispone que los bienes inmuebles situados en la Argentina están sujetos a la ley del lugar de su situación. Ahora bien, como lo ha advertido Boggiano, dicha disposición no es una norma de jurisdicción y, aun cuando el autor coincide en que la decisión de la Corte fue buena, en su opinión, al no estar la cuestión específicamente regulada en el D.I.Pr. de fuente interna, debería haberse acudido analógicamente a las normas de los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940⁵².

Sin embargo, como analizaremos a continuación, los “foros reales” – aquellos que establecen o determinan la competencia a favor de los tribunales del lugar de situación de los bienes– son más propios en cuestiones de Derechos Reales que en sucesiones, y en aquellos temas suele además reconocerse un carácter exclusivo⁵³.

II.i.b) Régimen vigente

La actual redacción del art. 2643, CCCN⁵⁴, “establece expresamente la jurisdicción concurrente de los jueces del lugar del último domicilio del causante (foro personal) y los del lugar de situación de los bienes inmuebles del difunto (foro del patrimonio), en este caso, sólo respecto de los que se encuentren en el país”⁵⁵.

De ello deriva que “la aparente claridad o sencillez de los términos del artículo 2643, del nuevo Código, nos genera el interrogante de si el sistema general adoptado es el de la unidad sucesoria, el de la pluralidad, o un sistema mixto, dado que los términos en que ha sido redactado pueden conducir a la tramitación de un proceso único ante el juez del último domicilio del

causante en el país (si la masa patrimonial está constituida sólo de derechos y bienes muebles, y por qué no, bienes raíces en territorio extranjero); o bien, frente a la existencia de inmuebles en el territorio nacional, llevar a la pluralidad del trámite de los procesos sucesorios por la asignación, determinación de competencia internacional múltiple”.

Se puede establecer que la norma mencionada sigue el segundo de los sistemas antes mencionados –en el apartado “I.iv.”–, morigerado por el principio del patrimonio. “La disposición prescribe la vigencia del sistema de unidad, pero desplaza la competencia a favor de jueces argentinos cuando existen inmuebles en la República. La excepción tiene por objeto solo esos bienes, ya que se entiende que se aplica la regla según la cual los tribunales nacionales son competentes cuando se debe aplicar el Derecho argentino a una sucesión, y a esos bienes se les aplica el Derecho argentino de conformidad al art. 2644, CC”⁵⁶.

Vale destacar que –de conformidad con lo estudiado por M. S. Rodríguez⁵⁷– “el D.I.Pr. de sucesión se asienta en la consideración patrimonial de los bienes que componen la sucesión, escapando a una concepción real (*uti singuli*), como así también en el alcance del elemento personal y su dominio sobre los aspectos reales propio de los sistemas de tradición romanista, asentados sobre el principio de la universalidad de la sucesión”.

Para comprender cuál de los foros adoptados por nuestro legislador pareciera ser el más sincero, debemos tener en cuenta dos consideraciones. Por un lado, “la jurisdicción personal del último domicilio del causante resulta, a las claras, un foro razonable. Designa la ubicación del patrimonio del difunto así como su lugar relevante acerca de los actos de última voluntad; favorece un buen desarrollo del proceso, la obtención de pruebas, la ejecución de la decisión, de medidas cautelares y la administración del caudal relicto. El foro del domicilio conduce a la unicidad procesal (ya que el domicilio, como atributo de la persona, es único) y encuentra, como ya dije, su antecedente legislativo en las soluciones establecidas en el anterior Código Civil, por los artículos 90, inc. 7º, y 3284; este último en cuanto dispuso que “[l]a jurisdicción sobre la sucesión corresponde a los jueces del lugar del último domicilio del difunto [...]”.

Por otro lado, “menor justificación en nuestra tradición normativa parece tener el foro dispuesto en relación a la existencia de bienes inmuebles. El anterior debate suscitado en torno a la remisión al artículo 10 en el Código Civil de Vélez, efectuada en la nota del artículo 3283, buscaba fundamentar la exclusividad de la ley y del foro de situación del inmueble en alegadas cuestiones de soberanía nacional por la referencia a los bienes

Mar del Plata, Sala 2ª, en fecha en el caso “Elvira Herms” (22-5-1973), resolvió que los jueces argentinos eran incompetentes en un supuesto de sucesión de un causante con último domicilio en el extranjero pero que era propietario de bienes inmuebles radicados en la Argentina.

51 Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, Caso “Pablo Andersen” (sentencia del 10-9-1974).

52 Conf. All, P. M. Ob. cit., 422-444.

53 Rodríguez, M. S. *Ibidem* nota 10.

54 Art. 2643. “*Jurisdicción*. Son competentes para entender en la sucesión por causa de muerte, los jueces del último domicilio del causante o los del lugar de situación de los bienes inmuebles en el país respecto de éstos”.

55 Bueres, A. J. Ob. cit., 711.

56 Iñiguez, M. D. Ob. cit., 410.

57 Rodríguez, M. S. *Ibidem* nota 10.

raíces ‘situados en la República’. En esta materia, la propiedad inmobiliaria aparece como un vínculo débil y debemos recordar que el interés público, que justificaría el foro exclusivo de los bienes inmuebles, tiene sus raíces en el criterio histórico de la territorialidad que desde el feudalismo pasa a integrar –con Mancini– el concepto de soberanía del Estado que se extiende a los bienes inmuebles como una parte accesoria al propio territorio estatal”.

En síntesis, podemos plantear tres conclusiones:

- i) La remisión al foro del lugar de situación de los bienes no es una materia objeto de jurisdicción imperativa ni exclusiva, sino concurrente, dado que alternativamente se recepta el fuero del domicilio y del patrimonio con respecto a inmuebles cuando están situados en la República, al utilizar la disyunción “o” cuando enuncia los puntos de conexión mencionados.

Recordamos nuevamente el art. 2609 –mencionado en el introducción de esta sección–, en el cual se establecen los casos en los que Argentina se reserva la exclusividad jurisdiccional. En su inciso a) regula la exclusividad en materia de Derechos Reales sobre inmuebles situados en la República. Virtud de lo cual, “Siguiendo los lineamientos de Diego Fernández Arroyo, los criterios de exclusividad son de carácter excepcional y su ámbito de aplicación no debe extenderse más allá de lo estrictamente contemplado en ellos. Con lo cual, solo en materia específicamente de Derechos Reales hay exclusividad descartándose ella en materia sucesoria”⁵⁸.

- ii) El examen precedente nos lleva a la segunda conclusión: “Toda sucesión internacional llevada ante el juez del último domicilio del causante –situado en el extranjero–, que recaiga sobre bienes inmuebles ubicados en nuestro territorio, debe ser reconocida, en principio, de manera local en cuanto al control de competencia”⁵⁹. En otros términos, el foro del patrimonio “no podrá operar como negación del reconocimiento de una sentencia extranjera dictada ante el juez del último domicilio del causante en otro país”⁶⁰.

Todo ello, en razón de que se mantiene la disposición contenida en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, “cuyo artículo 517 establece los requisitos que deben cumplirse para que la sentencia dictada por autoridad foránea produzca efectos localmente. Entre to-

58 Baltar, L. (2015). “Las sucesiones internacionales a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: ¿Un pequeño gran cambio?” *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”* - Año IX, Número 15.

60 Iñiguez, M. D. Ob. cit., 410.

dos ellos nos interesa la primera parte del inciso 1º, en el cual se dispone que “[...] la sentencia [...] emane de tribunal competente según las normas argentinas de jurisdicción internacional [...]”. Conforme ello, y al supuesto planteado, esa sentencia superaría el control de competencia bilateral exigido”⁶¹.

- iii) Podemos decir “que el *forum rei sitae* no atribuye competencia a los tribunales argentinos sobre la totalidad de la sucesión, es decir, sobre los bienes inmuebles situados en Argentina y los bienes inmuebles situados en el extranjero, sino sólo con relación a los primeros”⁶².

II.ii. Fuente convencional

Dentro de las soluciones contenidas en los Tratados Internacionales en los que la Argentina es parte, se hallan los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo (en adelante, TDCM) de 1889 y el homónimo TDCM de 1940, en sus arts. 40 y 45, en cuanto a la ley aplicable –que estudiaremos más adelante–, y en los arts. 66 y 63, en cuanto a la jurisdicción. Siendo de público conocimiento que nuestro país es parte del TDCM 1889 junto con Bolivia, Perú y Colombia; y respecto del TMDC 1940 lo es junto con Uruguay y Paraguay⁶³.

Dicha fuente convencional dispone que “la jurisdicción y la ley aplicable están en función de la existencia de bienes en el país. Estos bienes pueden ser inmuebles o muebles con situación permanente”⁶⁴. En este sentido, los Tratados mencionados disponen “que los juicios a que dé lugar la sucesión por causa de muerte se seguirán ante los jueces de los lugares en donde se hallen situados los bienes hereditarios”⁶⁵.

III. El Derecho aplicable

Nos encontramos aquí en la etapa más desafiante del presente ensayo. Por ello consideramos conveniente detenernos en un análisis minu-

61 Baltar, L. *Ibidem* loc. cit. nota 58.

62 All, P. M. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo VI. Dirección Julio César Rivera y Graciela Medina. Coordinación de Mariano Esper. Edición: 1ª ed., 1ª reimpr. Buenos Aires. La Ley. ISBN: 9789870327622, 918 y sigs.

63 Hooft, E. R. (2004). “Sucesiones en el Derecho Internacional Privado del Mercosur”. Cita: *elDial.com* - DC4D7.

64 *Ibidem* loc. cit. *ut supra*.

65 Conf. los arts. 66 y 63 de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, respectivamente.

cioso de nuestro ordenamiento jurídico de fuente interna (derogado y del actualmente vigente) y convencional; para poder dilucidar las diferentes posturas y problemáticas planteadas históricamente por nuestra doctrina. Nos preguntaremos, entonces, cuáles son los criterios y las teorías –examinadas anteriormente– adoptados por nuestro codificador respecto a qué ley se aplicará ante la existencia de un caso sucesorio internacional.

Cabe resaltar que las soluciones aquí arribadas tienen una gran relevancia práctica, dado que el Derecho Sucesorio aplicable es el que rige cuestiones tales como el orden sucesorio, el momento de posesión de la herencia, la porción disponible y las porciones legítimas, la posibilidad o no de celebrar pactos sobre herencias futuras, los modos de partición, el instituto de colación, así como las causales de desheredación o indignidad, entre otras. “De aquí la importancia del Derecho que resulte aplicable al caso concreto, sea a través de las conexiones que indiquen las normas indirectas, sea por expresa disposición del causante en testamentos o pactos sobre herencias”⁶⁶.

Asimismo, dicho autor señala que “de conformidad con la posición dominante a nivel jurisprudencial, el nuevo Código, de manera simétrica, sujeta la jurisdicción internacional y el derecho aplicable al lugar del último domicilio del causante, con reglas generales. Sin embargo, a renglón seguido, en ambos casos, consagra la excepción para los inmuebles ubicados en nuestro país”. Sin embargo, la pregunta que nos inquieta –y que aún no queda resuelta con la modificación– es si el derecho que se debe aplicar con respecto a dichos bienes inmuebles situados en la Argentina es Derecho Sucesorio o Derechos Reales.

III.i. Fuente interna

III.i.a) Régimen derogado

Si bien se encontraba doctrinariamente aceptado en nuestro ordenamiento jurídico la adopción del sistema de la unidad sucesoria, muchos comentaristas y gran parte de nuestros tribunales entendían que –con fundamentos en los arts. 10⁶⁷ y 11⁶⁸, CCiv.– se habría establecido una ex-

66 Saucedo, R. J. Ob. cit.

67 “Art. 10 CCiv.: “Los bienes raíces situados en la República son exclusivamente regidos por las leyes del país, respecto a su calidad de tales, a los derechos de las partes, a la capacidad de adquirirlos, a los modos de transferirlos, y a las solemnidades que deben acompañar esos actos. El título, por lo tanto, a una propiedad raíz, sólo puede ser adquirido, transferido o perdido de conformidad con las leyes de la República”.

68 Art. 11 CCiv.: “Los bienes muebles que tienen situación permanente y que se conservan sin intención de transportarlos, son regidos por las leyes del lugar en que están situados;

cepción –al sistema indicado– cuando en el acervo hereditario existieran bienes inmuebles situados en el país, consagrando así la doctrina pluralista para dicho supuesto y generándose una histórica discusión en la cual los partidarios del fraccionamiento fundamentaban su postura en los términos del art. 10, CC; y los defensores de la unidad se cimentaban en los arts. 3283⁶⁹, CCiv. (sucesión *ab intestato*) y el 3612⁷⁰, CCiv. (sucesión testamentaria).

Podemos subrayar que será objeto del presente dilucidar si el legislador ha dado solución –o no– a la mentada problemática, y analizar –en caso afirmativo– si la misma se ajusta a Derecho.

La base de esta histórica disputa recaía respecto del ámbito de aplicación del art. 10, CCiv., es decir, sobre si este era una excepción al art. 3283, CCiv.

La doctrina internacionalista entendía que no era una excepción y que el ámbito de aplicación del art. 10, CCiv., era para cuestiones de estricto carácter real, ya que de su análisis y lectura no surgía su aplicación al caso de sucesiones. Es decir, la aplicación del art. 10, CCiv., era sólo para las cuestiones que se estudian en Derecho Civil IV. Mientras que en materia sucesoria Derecho Civil V, se debía aplicar la ley del último domicilio del causante.

Para lograr una correcta apreciación de esta temática, siguiendo el pensamiento de C. M. Vico⁷¹, es conveniente retomar algunas consideraciones generales del Derecho Sucesorio.

El Código velezano definía la sucesión en su art. 3279, del CCiv., como “la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta, a la persona que sobrevive, a la cual la ley o el testador llama para recibirla. El llamado a recibir la sucesión se llama heredero en este Código”. Al mismo tiempo que el art. 3281, CCiv., prescribía que “la sucesión a título universal es la que tiene por objeto un todo ideal, sin consideración a su contenido especial, ni a los objetos de esos derechos”.

Se transmite, entonces, una universalidad jurídica, no bienes individualmente considerados sino la herencia, es decir, el patrimonio de una per-

pero los muebles que el propietario lleva siempre consigo, o que son de su uso personal, esté o no en su domicilio, como también los que se tienen para ser vendidos o transportados a otro lugar, son regidos por las leyes del domicilio del dueño”.

69 Art. 3283 CCiv.: “El derecho de sucesión al patrimonio del difunto, es regido por el derecho local del domicilio que el difunto tenía a su muerte, sean los sucesores nacionales o extranjeros”.

70 Art. 3612 CCiv.: “El contenido del testamento, su validez o invalidez legal, se juzga según la ley en vigor en el domicilio del testador al tiempo de su muerte”. En concordancia con el art. 3283 CCiv. adopta el sistema de la unidad para legislar sobre la sucesión.

71 Vico, C. M. Ob. cit., 24.

sona a otra (u otras). Queda claro que el objeto del proceso sucesorio está constituido por “el conjunto de bienes de una persona”⁷².

La jurisprudencia tiene dicho que “el Código Civil argentino se inscribe en la vertiente romana, en cuanto a que lo que se transmite es un ‘patrimonio’; tal concepto surge en forma indubitable de lo expresado en los arts. 3279 y 3281 del mismo. Ante la definición tan precisa expresada en la última norma citada, no puede aceptarse la tesis de aquellos que sostienen que el patrimonio, frente a la muerte de su principal, desaparece, no quedando sino bienes sueltos, de los que se encarga el Estado, bajo cuya jurisdicción se encuentran, de decidir sobre su titularidad actual”⁷³.

Conforme la teoría clásica o personalista, el patrimonio es un “atributo de la personalidad, y sólo la voluntad humana es suficiente para reunir en un todo los derechos de que es titular una persona”⁷⁴. De esta manera, reúne los siguientes caracteres que le son propios: a) universalidad, b) inalienabilidad, y principalmente, c) indivisibilidad o unidad⁷⁵.

Esta última particularidad nos conduce a razonar el siguiente silogismo categórico: “La personalidad es indivisible; el patrimonio es una emanación de la personalidad. Luego, una misma persona no puede tener sino un solo patrimonio”⁷⁶. Es decir, que como regla general es “uno o único porque si no se da en la persona sino una sola personalidad, lógicamente su patrimonio debe ser uno solo”⁷⁷ –con excepción de los patrimonios de afectación, como el fiduciario.

De este modo, “entiéndase básicamente que ‘unidad’ [...] significa que el patrimonio se va a transmitir aplicando una sola ley a la sucesión hereditaria, sin que importe el lugar donde se tramita el juicio”⁷⁸.

En base a ello, y luego de haber repasado el articulado del Código veleno, no debemos dejar de lado las notas redactadas por el codificador, que si bien no integran el plexo normativo siempre fueron fuente interpretativa del mismo. De este modo, la nota al art. 3283, CCiv.⁷⁹ –íntegramente trans-

cripta–, contiene en el primer párrafo una cláusula referida solamente a los bienes inmuebles situados en el país, cuya transmisión sucesoria puede llamarse una excepción al principio general de la universalidad, dado que su “título debe siempre ser transferido en conformidad a las leyes de la República, art. 10, de este Código”⁸⁰.

Sin embargo, parte respetada de nuestros académicos entendían “que no existe tal excepción sobre los bienes inmuebles, y que la misma nota que la expresa, la destruye en el párrafo que le sigue, sumado a que las excepciones a textos legales no pueden resultar de las notas respectivas”⁸¹.

Por lo tanto, atento a la nota en observación (párrafo segundo), no debemos perder de vista que el codificador, inmediatamente después de enunciar la excepción de referencia, la anula o contradice. Tal es así que “la casa, los dominios rurales”, que allí enuncia, son bienes inmuebles y para los cuales “no se concibe que el causante tenga voluntades diferentes para hacer registrar su transmisión sucesoria por diversas leyes. Debe presumirse que tiene una sola voluntad, que una sola ley interpretativa de esa voluntad rige su transmisión, y esa ley no es otra que la de su último domicilio, como lo expresa con toda claridad el artículo al que esta nota pertenece”⁸².

A mayor abundamiento, concordamos con el art. 10, CCiv., cuando se refería “a una especie determinada de bienes, no a la universalidad de que tales bienes pueden formar parte, y cómo la sucesión considera el patrimo-

considerado como unidad es un objeto ideal, de un contenido indeterminado. Puede componerse de propiedades, de derecho a cosas particulares, a créditos y deudas que tienen una existencia invisible. El patrimonio no está fijo en un lugar y no se le podría asignar el *locus rei sitae*. Considerar como tal el lugar en que está situada la mayor parte de los bienes, sería una idea arbitraria, puesto que ella no tiene nada de preciso, y también porque la parte menor de los bienes merece tanta consideración como la parte mayor. Si abandonamos el domicilio, no nos queda sino colocar el derecho a la sucesión donde se encuentre cada uno de los bienes que lo componen. Pero cuando esos bienes están diseminados en lugares diferentes, tendríamos que admitir muchas sucesiones independientes las unas de las otras. Puede llamarse una excepción a este principio general, lo que está dispuesto respecto a la transmisión de los bienes raíces que forman una parte del territorio del Estado, y cuyo título debe siempre ser transferido en conformidad a las leyes de la República, art. 10 de este Código.

Respecto a las sucesiones “*ab intestato* hay una consideración especial. Reposan sobre la voluntad presunta del difunto, no porque esa voluntad pueda considerarse como un hecho cierto respecto a una persona determinada, sino porque cada ley positiva, cada código, adopta la presunción general que le parece más apropiada a la naturaleza de las relaciones de familia. Se concibe fácilmente que esa presunción varíe según las diversas legislaciones, pero no que, en un caso dado, se presuma que el difunto ha podido tener voluntad diferente para las diversas partes de sus bienes, y que haya querido otro heredero para su casa, para sus dominios rurales, o para su dinero, cuando no ha hecho una declaración expresa por testamento”.

80 Conf. Nota art. 3283 CCiv.

81 Vico, C. M. Ob. cit., 27.

82 *Ibidem*, 27.

72 Art. 2312 CCiv.: “Los objetos inmateriales susceptibles de valor, e igualmente las cosas, se llaman ‘bienes’. El conjunto de los bienes de una persona constituye su ‘patrimonio’”.

73 Causa “Gómez, Carlos L. s. sucesión.”, Juz. Nac. Civ. N° 29 (sentencia del 1-4-1986).

74 Caycedo Tribín, C. F. y Lara Galvis, A. M. (2000). *Derecho Civil Bienes – Derechos Reales*. Investigación profesoral, director Dr. Juan José Rodríguez Beltrán. Universidad de La Sabana. Facultad de Derecho. Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas, Chía, 31. Véase: <https://intellec-tum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/5266/129862.PDF?sequence=1&isAllowed=y>.

75 Ochoa, G.O. (2008). *Derecho Civil: bienes y Derechos Reales*. 1ª edición. Volumen 2. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello, 74. ISBN: 978-980-244-515-8.

76 *Ibidem*, 75.

77 Caycedo Tribín, C. F. y Lara Galvis, A. M. Ob. cit., 32.

78 Causa “Gómez, Carlos L. s. sucesión”, cit.

79 Nota al art. 3283 CCiv.: “Savigny, *Derecho romano*, t. 8, § § 375 y 376. El patrimonio

nio como objeto ideal, como unidad de un contenido indeterminado (nota al art. 3283) o como un todo ideal sin consideración a su contenido especial ni a los objetos de esos derechos (art. 3281); parécenos obvio que no atañe a la transmisión sucesoria ni a ningún caso de universalidad. En otros términos, el art. 10 considera los inmuebles *ut singuli*, y el art. 3283, como integrantes del conjunto que forma el objeto propio de la sucesión (nota al art. 3283, CCiv.)⁸³.

En resumen, sobre este asunto se daban tres teorías en relación con el Derecho aplicable a las sucesiones internacionales: La primera, reconocida como doctrina histórica, aplicaba el derecho del lugar del último domicilio del causante (arts. 3283 y 3612, CC), con la excepción de los inmuebles, a los que aplica la ley argentina (art. 10, CC). La segunda teoría considera que rigen los arts. 10 y 11 del Código Civil en materia sucesoria, restringiendo el ámbito de la ley del último domicilio del causante a las cosas muebles sin situación permanente. La tercera teoría, que comparto con la doctrina iusprivatista internacional preponderante, aplicaba a toda la sucesión la ley del último domicilio del causante (arts. 3283 y 3612), sin perjuicio de las cuestiones de estricto carácter real que se rigen por la *lex rei sitae*⁸⁴.

En este orden de ideas, la sentencia en los autos “Gómez, Carlos L. s/ Sucesión” aplica, conforme a las enseñanzas de la tercera teoría, la ley del último domicilio del causante y establece que el ámbito de aplicación del art. 10 del Código Civil se limita a las transmisiones *ut singuli*. Sentado, pues, “el principio de que el art. 10 se refiere exclusivamente a las transmisiones *uti singuli* y el 3283 a las *ut universitatis*, no surge ningún obstáculo para que las comprendidas en el primero de los artículos se rijan por la *lex rei sitae*. [...] Concluimos que la transmisión sucesoria tiene naturaleza patrimonial, de ninguna manera se podrá conocer ‘su contenido’ en materia sucesoria, antes de la determinación e inscripción de las hijuelas en el caso de existencia de varios herederos o hasta la declaratoria de herederos en el caso del heredero único, en cuyo caso ‘ya no hay sucesión’. A partir de este momento comienza a regir en consecuencia la aplicación del art. 10 del Código Civil para las transmisiones *uti singuli* pero con anterioridad, es decir hasta el momento de la partición, deben regir sin dudas los principios del art. 3283”⁸⁵.

Por último, debemos aclarar que los modos de transmitir los derechos individuales o particulares sobre los bienes eran aquellos establecidos por

los arts. 3265⁸⁶ y 577⁸⁷, CCiv., que resuelven que la forma de transferirlos es por la tradición. Distinto es el modo –consignado en los arts. 3410 a 3413, CCiv.– que se aplica a las sucesiones regidas por las leyes de la República o por las leyes extranjeras, razón por la cual se establecía que no se adquieren por tradición sino por la muerte del causante (3410, CCiv.) o por ser otorgada judicialmente (arts. 3412 y 3413, CCiv.)⁸⁸.

Consecuentemente, y en virtud de las razones aquí expuestas, se puede afirmar que el ámbito de aplicación del art. 10, CC, no abarcaba el Derecho Sucesorio sino que se refería a las transmisiones a título singular.

III.i.b) Régimen vigente

De las evidencias anteriores resulta que no podemos pasar por alto los conceptos e interpretaciones que históricamente han sido receptados por nuestra doctrina y jurisprudencia a la hora de desentrañar las nuevas disposiciones del CCCN en este aspecto. Para una mejor sistematización, separaremos el estudio en las dos secciones que veremos a continuación.

III.1.b)1. Sistema adoptado por el CCCN

Para poder dilucidar cuál de los sistemas estudiados es adoptado por el legislador, parece justo iniciar el presente apartado transcribiendo la nueva redacción del art. 2644, CCCN, relativa al “derecho aplicable” en las sucesiones internacionales: “La sucesión por causa de muerte se rige por el derecho del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento. Respecto de los bienes inmuebles situados en el país, se aplica el Derecho argentino”.

A primera vista, aparenta ser una regla de derecho bastante simple, sencilla o franca, que resuelve toda discusión entablada a su respecto en el Código Civil anteriormente vigente. Sin embargo, veremos que dicha claridad no es tal, o al menos se pueden tener ciertas reservas a la hora de interpretar el artículo mencionado.

Respetados comentaristas afirman que el nuevo articulado “sigue al respecto la postura tradicional de la fuente interna. Hay una total corres-

86 Art. 3265 CCiv.: “Todos los derechos que una persona transmite por contrato a otra persona, sólo pasan al adquirente de esos derechos por la tradición, con excepción de lo que se dispone respecto a las sucesiones”.

87 Art. 577 CCiv.: “Antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real”.

88 Vico, C. M. Ob. cit., 28.

83 *Ibidem*, 27.

84 Weinberg De Roca, L., *Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires. Editorial Depalma, ISBN 950-14-098408.

85 “Gómez, Carlos L. s. sucesión”, cit.

pondencia entre la causa personal sucesoria y el punto de conexión también personal del último domicilio del causante”. Al mismo tiempo, “respecto de la aplicación del Derecho argentino a los inmuebles sitios aquí se configura como una especie de norma internacionalmente imperativa o de aplicación inmediata, y por lo tanto de carácter unilateral, no generalizable”⁸⁹, en virtud de lo cual se excluye la aplicación del Derecho extranjero respecto de ellos.

Con este criterio, ciertos doctrinarios afirman que la norma sigue el sistema de la “unidad atenuada”, al estimar que “la sucesión *mortis causae* se rige por el derecho del domicilio del causante al tiempo de su muerte. No sólo se inclina por el sistema domiciliario sino que también soluciona el problema del conflicto móvil, ya que precisa que el derecho del domicilio del *de cuius* se determina temporalmente al momento de su fallecimiento. La primera parte de la disposición constituye una norma de conflicto. Sin embargo, la segunda parte entraña una norma de policía (internacionalmente imperativa) al disponer que ‘respecto de los bienes inmuebles situados en el país, se aplica el Derecho argentino’, receptando de esta forma la solución del art. 10 del Código Civil sustituido, solución sostenida en forma casi unánime por la jurisprudencia. Es decir que toda la sucesión se rige por una sola ley, la del domicilio del causante al tiempo de su muerte pero, respecto de los bienes inmuebles localizados en nuestro país, se aplica inexorablemente la *lex fori* argentina. Podría afirmarse que se está frente a la consagración del sistema de la unidad, aunque éste aparezca mitigado por la necesidad de aplicar el Derecho argentino a los bienes situados en el país. Dicho de otro modo, si un causante fallece, la sucesión se rige por la ley del último domicilio de éste al tiempo de su muerte y dicha ley regula la transmisión de los bienes muebles e inmuebles que se encuentren en el extranjero; sin embargo, si existe un bien inmueble en Argentina, respecto de ese bien se aplica Derecho argentino”⁹⁰.

A *contrario sensu*, notable es el razonamiento de L. Baltar, quien considera que en realidad no nos encontramos ante ninguno de los sistemas que hemos estudiado en el presente libelo. En primer término, debido a que el sistema de la unidad no reconoce ningún tipo de fraccionamiento posible a la hora de determinar el Derecho aplicable. En segundo término, tampoco podríamos considerar que se ha reflejado el pluralismo, pues según el propio texto de la norma los bienes muebles e inmuebles situados en el extranjero

quedan sometidos al último domicilio del causante, algo no acorde con su razonamiento. Por último, se pregunta si estaremos frente a un sistema mixto; sin embargo, su respuesta también es negativa, dado que dicho sistema es tajante en cuanto a la división de la calidad de los bienes y al Derecho aplicable a cada uno de ellos: los bienes muebles quedan sometidos al derecho del último domicilio del causante, mientras que los inmuebles –todos– quedan sometidos a la *lex rei sitae*⁹¹.

Consiguientemente opina el autor que “nos hemos apartado de los clásicos sistemas y hemos elaborado uno nuevo: ‘el sistema de la jurisprudencia mayoritaria’. Este maravilloso nuevo sistema no hizo otra cosa que receptar un caprichoso recelo sobre los bienes inmuebles locales aplicándoles el Derecho argentino sin importar el tipo de sucesión. Varios son los antecedentes jurisprudenciales donde solo se ha buscado aplicar el Derecho local a los inmuebles situados localmente sin importar el resto de los bienes”⁹².

En este orden de ideas, resultan llamativos los fundamentos abordados por el codificador a la hora de explicar los motivos de la reforma, que aquí transcribimos: “El tratamiento del derecho de las ‘sucesiones’ con elementos extranjeros ha respetado las líneas de la jurisprudencia mayoritaria de nuestro país, tanto en cuanto al juez competente como al derecho aplicable”⁹³.

El problema aquí es que la justicia no se debe valorar o medir cuantitativamente, sino que por la propia naturaleza de las relaciones jurídicas. Atento al fundamento ontológico del criterio de la justicia encontrado implícito en la definición de Ulpiano, quien habla de “dar a cada quien lo suyo”, pues si bien es cierto que “lo suyo” –como analogado principal del Derecho– se determina muchas veces por el Derecho Positivo –es decir, la norma como uno de los analogados secundarios del Derecho, en tanto y en cuanto sea justa–, éste a su vez se inspira en el Derecho Natural que tiene un fundamento ontológico. Así, por Derecho Natural es suyo de cada persona humana su cuerpo y su espíritu, y todas sus potencias y facultades; y suyos también son los actos que realiza con conocimiento de causa y voluntad libre. De manera que si tenemos presente que el objeto general regido por las normas –aquí comprendidas las jurídicas– son los actos humanos, el principio de imputación entendido en sentido amplio, al igual que el de responsabilidad, deriva

89 Ferrer, F. A. M.; Santarelli, F. G. y Soto, A. M., Directores del tomo XI. (2016). *Código Civil y Comercial Comentado*. Alterini, J. A., Director general. 2ª edición actualizada y aumentada. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La Ley, v. 11, 1168 p.; ISBN 978-987-03-3148-3. ISBN 978-987-03-3137-7 (Obra completa). Artículos 2277 a 2671.

90 All, P.M. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Ob. cit.

91 Conf. Baltar, L. *Ibidem* loc. cit. nota 59.

92 *Ibidem*.

93 “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, 238. Corrobórese en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>.

de la justicia que manda dar y reconocer a cada quien lo suyo⁹⁴ (el Derecho), como objeto de la misma.

El concepto de “lo suyo”, el “*suum*” que “otorga a cada sujeto la justicia de acuerdo con la definición de Ulpiano, [...] es aquello que pertenece al sujeto, no como concesión de una ley positiva, sino como consecuencia de su naturaleza o esencia y valor, y que constituye el origen tanto de la pretensión como de la obligación. El suyo primario no se funda en lo que el hombre haga o rinda, sino en lo que el hombre es”. Por tanto, “todos los hombres son iguales, en cuanto todos son personas. Cada persona es individual y distinta de toda otra, pero la esencia específica de la persona es idéntica en todos [...]. Y porque la persona constituye la esencia del hombre es que el suyo primario corresponde a todos y que la justicia es la igualdad del derecho de todos”⁹⁵.

Por lo tanto, siendo la justicia un valor absoluto, y no admitírsela “a medias”, interpretamos que el codificador no respeta el valor justicia –ni las reglas o principios– protegidos por el Derecho Internacional Privado, que se sustenta en el respeto por el elemento extranjero. Lejos de ello, se excusa el legislador en el criterio de la “jurisprudencia mayoritaria”, sin tener en cuenta la internacionalidad del caso para poder garantizar una solución justa.

Si siguiéramos la lógica de los autores mencionados *ab initio*, nos surge el siguiente interrogante: “¿Qué sucede con los bienes inmuebles situados en el extranjero? A ellos sí se les aplica el derecho del último domicilio del causante. En este supuesto, todos aquellos argumentos que llevaron a dar una solución territorialista para nuestros bienes raíces no tienen el mismo peso para los bienes raíces foráneos en una completa discriminación sin razonamiento válido. La falta de coherencia está a flor de piel”.

De igual manera, “si el acervo hereditario solo estuviera compuesto por un bien inmueble situado en el extranjero, pero el último domicilio del causante está situado en Argentina, ¿no sería lo correcto aplicarle el Derecho del Estado donde esté situado para mantener una lógica jurídica? Con el nuevo Código ello no sucede pues a ese bien le aplicamos el derecho del último domicilio: el Derecho local. Si hemos considerado que a los bie-

nes inmuebles locales les aplicamos nuestro Derecho para la protección de nuestros principios fundamentales –entre otros argumentos–, ¿por qué no hacemos lo mismo con los bienes inmuebles extranjeros? No permitimos que los bienes inmuebles locales sean transmitidos *mortis causa* por un Derecho extranjero pero sí lo hacemos sobre inmuebles foráneos”.

Por su parte –prosiguiendo el pensamiento de Baltar–, considera que en realidad no habría posibilidad alguna en la cual el juez local deba aplicar un Derecho foráneo a la sucesión internacional, dado que en definitiva en todo momento debería aplicarse el Derecho argentino.

Para arribar a tal conclusión sigue la siguiente lógica: a) Si el último domicilio del causante se encontraba en el país, siempre aplicaremos el Derecho local a cualquier tipo de bien. b) Si el último domicilio del causante estuviera en el extranjero, el juez argentino solo tendría competencia si hay algún bien inmueble local al cual le aplicará Derecho local. c) En el único supuesto que “podría” aplicarse Derecho extranjero sería cuando el causante tenga último domicilio en el extranjero, dejando bienes muebles en el extranjero y un bien inmueble en Argentina. “Pero esta situación jamás pasará: el juez argentino solo puede entender sobre los bienes inmuebles locales por disposición del artículo 2643 y aplica Derecho local. Lo mismo sucedería si al supuesto le incorporamos bienes muebles locales, pues seguiría siendo incompetente para todos ellos (excepto el bien raíz local)”⁹⁶.

En síntesis, independientemente de si compartimos, o no, el análisis preliminar relativo a la aplicabilidad efectiva de la norma citada, consideramos que por la actual redacción del art. 2644, CCCN, no se ha resuelto la discusión histórica examinada en el capítulo precedente, en virtud de lo cual, cuando se menciona que la ley argentina aplicable a los bienes inmuebles se refiere exclusivamente al estricto carácter real de los mismos, su materia es exclusiva. Sin embargo, a todo lo relativo al sistema sucesorio *stricto sensu* debiera aplicarse la ley del último domicilio del causante, sin distinguir la naturaleza y el origen de los bienes, conforme se afirma en el art. 2425, CCCN: “En las sucesiones intestadas no se atiende a la naturaleza ni al origen de los bienes que componen la herencia, excepto disposición legal expresa en contrario”.

Como se puede inferir de lo expuesto por los comentaristas del artículo, surge que “este principio solo admite dos excepciones: en la adopción de los descendientes, para el adoptado simple (art. 2432, CCyC); y para los bienes correspondientes a los cónyuges en el sistema de comunidad de ganancias (art. 2433, CCyC)”⁹⁷. Asimismo, en otro comentario al artículo en

94 Conf. Bernal Moreno, J. K. *La idea de Justicia*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Véase: file:///C:/Users/User/Google%20Drive/POSGRADO/Doctrina%20Jurisprudencia/La_idea_de_justicia.pdf.

95 Faz Arredondo, L. (2012). *La Justicia como virtud, igualdad y valor jurídico*. Revista de Derecho Humanos y Estudios Sociales. Año IV, No. 8, 145-6. ISSN 1889-8068. Véase: <http://www.derecho.uaslp.mx/Documents/Revista%20REDHES/N%C3%BAmero%208/Redhes8-07.pdf>.

96 Baltar, L. *Ibidem* loc. cit. nota 59.

97 Herrera, M.; Caramelo, G. y Picasso, S. (Directores) (2015). *Código Civil y Comercial*

estudio se interpreta sobre dicha regla que “no tendrá relevancia si se trata de inmueble o muebles y tampoco será trascendente la forma en que fueron adquiridos”⁹⁸. Consecuentemente, si sólo admiten tales excepciones, no queda otra opción que inferir que la excepción relativa a la aplicación de la ley argentina en el art. 2644, CCCN, se refiere exclusivamente al estricto carácter real de los bienes inmuebles, realizando así una interpretación restrictiva de la norma, dado que –conforme se lo exige en el art. 2425, CCCN– no se establece “expresamente” la exclusión de la aplicación del Derecho Sucesorio extranjero del último domicilio del causante, quedando a nuestro criterio nuevamente un vacío legal en dicha materia.

Por lo tanto, como expresan Goldschmidt y Pardo, “siendo la herencia un patrimonio y por ello una unidad de derecho y obligaciones, el Derecho Internacional Privado debe defender esta unidad sometiéndola a un solo derecho que la reglamente, aunque los diversos bienes relictos se encuentren en territorios supeditados a diversas soberanías. Esta ley única será la personal del causante, sea su ley nacional, sea su ley domiciliaria [...]”⁹⁹.

III.i.b)2. Sucesión testamentaria. Complemento

En el siguiente apartado complementario, trataremos de manera sucinta aquellos artículos relativos a las sucesiones internacionales que aún no hemos exhibido en el presente trabajo. Así, conforme a los fundamentos del Anteproyecto del CCCN, el legislador afirma que “se ha mantenido la regla que favorece la validez formal de los testamentos otorgados en el extranjero, así como también la regulación del testamento consular. En el supuesto excepcional de ausencia de herederos en caso de sucesión regida por un Derecho extranjero, se ha introducido una norma inspirada en la Ley Italiana de Derecho Internacional Privado, que trata los derechos del Estado argentino, o de la ciudad autónoma o de la provincia donde los bienes están situados”¹⁰⁰.

A tal efecto, teniendo en consideración que el análisis de la normativa aplicable a los testamentos consulares y las herencias vacantes¹⁰¹ exceden

el objeto del presente ensayo, a continuación estudiaremos la formalidad y capacidad testamentaria de los institutos jurídicos aludidos.

Nuestro régimen actualmente vigente no ha innovado respecto al Código de Vélez Sarsfield en cuanto a la naturaleza de las formas exigidas por la ley para los testamentos en casos internacionalistas. Se han mantenido tres especies de testamentos. El “ológrafo”, escrito, fechado y firmado por la mano misma del testador (art. 2477, CCCN); el testamento “por acto público”, instrumentado por escritura pública ante el escribano autorizante y dos testigos hábiles (art. 2479, CCCN); y el testamento “consular”, otorgado en el extranjero ante un ministro plenipotenciario del Gobierno de la República (art. 2646, CCCN), que trabajaremos más adelante.

En cuanto a las formas, el CCCN regula el tema de la ley aplicable de los testamentos, en dos artículos. El primero de ellos, el art. 2472, referente al ámbito de vigencia temporal de la ley aplicable, establece que la ley que rige la forma es la vigente al momento de testar. En segundo término –apartándose del principio general vigente para la forma de los actos jurídicos en general establecido en su art. 2649–, “el art. 2645 unifica prácticamente todas las opciones que contemplaba el Código de Vélez Sarsfield y establece una amplia gama de posibilidades, a elección del testador. Es así que el testamento en el extranjero (cualquiera sea la nacionalidad del testador) puede ser otorgado según: a) la ley del lugar de otorgamiento; b) la ley del domicilio del testador; c) la ley de la residencia habitual del testador; d) la ley de la nacionalidad del testador; e) la ley argentina”¹⁰².

Podríamos aquí preguntarnos si la forma escrita –que anteriormente en el Código Civil estaba expresamente exigida por el art. 3607¹⁰³– es también esencial o de orden público para el CCCN. “El tema no es de menor importancia, dada la libertad de elección de la ley que regirá la forma del testamento otorgado en el extranjero, para que tenga validez en la República Argentina. En efecto, si una legislación extranjera admitiera una forma testamentaria no escrita (tal, por ejemplo, el testamento filmado o grabado en audio), y dicha legislación fuera la del lugar de otorgamiento del acto, la del domicilio del testador, la de su residencia habitual o la de su nacionalidad, el testamento así otorgado debería ser válido en nuestro país, siempre y cuando no vulnerara el orden público argentino, según lo dispone el art. 2600 del Código Civil y Comercial de la Nación”¹⁰⁴.

2F42072297%2Fv1.0&titleStage=F&titleAcct=ia744803f0.

102 Cabrera de Gariboldi, C. (2015). “Las formas de los testamentos en el Código Civil y Comercial de la Nación”. Citar: *elDial.com* - DC2045.

103 Al definir el testamento como “[...] un acto escrito, celebrado con las solemnidades de la ley [...]” (art. 3607 CCiv.).

104 Cabrera de Gariboldi, C. Ob. cit.

de la Nación Comentado. 2ª edición. INFOJUS. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, 161. ISBN Tomo 6: 978-987-3720-35-2.

98 Bueres, A. J. Ob. cit., 571.

99 “Gómez, Carlos L. s. sucesión”. Juz. Nac. Civ. N° 29, 1-4-1986.

100 “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”. Ob. cit., 238.

101 Para cuyo estudio se recomienda: 1) Herrera, M.; Caramelo, G. y Picasso, S. (Directores). Ob. cit., 414. 2) Scotti, L. *Manual de Derecho Internacional Privado*. Versión ebook. Thomson Reuters, La Ley, 11. Recuperado en:

[https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=laley%2F2017%](https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=laley%2F2017%2F42072297%2Fv1.0&titleStage=F&titleAcct=ia744803f0)

Cabrera de Gariboldi elabora su razonamiento en virtud de que al momento de la redacción del Código velezano no existían medios técnicos confiables que permitieran documentar la última voluntad de una persona, más allá de la escritura (del propio testador, o de alguien que diera fe pública de esa voluntad). En cambio, hoy en día, gracias al avance de la tecnología, existen distintos medios idóneos, que pueden ser sometidos a pericias para acreditar que no han sido manipulados o alterados, y que permiten recoger y establecer de manera indubitada la autenticidad de la manifestación de voluntad del testador. Por ende, si bien nuestro CCCN no tiene previstas otras formas testamentarias diferentes a las escritas, tampoco la exige expresamente como requisito esencial de ese acto jurídico, en virtud de lo cual no violaría el orden público una ley extranjera que admitiera una forma no escrita, siempre y cuando se respeten los recaudos señalados.

Por otro lado, respecto a la “capacidad para otorgar testamento y revocarlo se rige por el derecho del domicilio del testador al tiempo de la realización del acto” (art. 2647, CCCN).

La doctrina tiene apuntado que en materia sucesoria existe una capacidad particular para efectuar ese acto específico, considerando a ésta como un atributo de la persona e independiente del sucesorio. Esa condición implica que difiera la capacidad exigida para testar con la ley que regula la sucesión. Por lo cual, la capacidad se rige por la ley vigente del domicilio del testador al tiempo del acto, mientras que la sucesión se reglamenta por el Derecho vigente al día del fallecimiento del causante. En efecto: “La norma contempla el hecho de que el testador cambie su domicilio una vez que efectúe el testamento. En cada mudanza de domicilio serán de aplicación las normas de capacidad de ese domicilio, que pueden o no coincidir con la ley de la sucesión. La solución legal prefiere la ley vigente al momento de testar sobre la del sucesorio, con la finalidad de lograr formas testamentarias válidas”¹⁰⁵.

III.ii. Fuente convencional

Volviendo la mirada hacia las soluciones contenidas en los Tratados Internacionales en los que la Argentina es parte, vemos que los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y 1940 (en su capítulo XII) instauran de manera decisiva el fraccionamiento absoluto en materia sucesoria.

El TMDC de 1889 dispone “que la ley del lugar de la situación de los bienes hereditarios, al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate, rige la forma del testamento. Esto no obstante, el testamento otorgado por acto público con cualquiera de los Estados contratantes será admitido en todos los demás (art. 44)”. Idéntica disposición contiene el TMDC 1940, salvo en cuanto no exige “acto público”, sino testamento abierto o cerrado otorgado por acto solemne¹⁰⁶.

Asimismo, el art. 45 (TMDC de 1889) afirma que dicha ley rige: “a) La capacidad de la persona para testar; b) La del heredero o legatario para suceder; c) La validez y efectos del testamento; d) Los títulos y derechos hereditarios de los parientes y del cónyuge supérstite; e) La existencia y proporción de las legítimas; f) La existencia y monto de los bienes reservables; g) En suma, todo lo relativo a la sucesión legítima o testamentaria”. Nuevamente, se reitera el mismo criterio en el Tratado de 1940, el cual sólo excluye de la aplicación de la *lex situs* a la capacidad de la persona para testar.

Con una mirada crítica, ciertos internacionalistas entienden que ambos Tratados establecen una mera yuxtaposición entre causa y punto de conexión porque determinan la aplicación del Derecho del lugar de situación de los bienes, con lo que los tribunales van a aplicar la *lex fori*; produciendo este fraccionamiento un verdadero destrozo¹⁰⁷.

En suma, todo lo relativo a la sucesión legítima o testamentaria se rige por el Derecho del lugar de situación de los bienes. No obstante hay vestigios de unidad en materia de deudas, legados, colación y formas. En primer término, las “deudas” que “debiesen ser satisfechas en alguno de los Estados contratantes gozarán de preferencia sobre los bienes allí existentes al tiempo de la muerte del causante. Si tales bienes no alcanzasen para la cancelación de dichas deudas, los acreedores cobrarán sus saldos proporcionalmente sobre los bienes dejados en otros lugares, sin perjuicio del preferente derecho de los acreedores locales. Cuando las deudas deban ser canceladas en el lugar en que el causante no hubiese dejado bienes, los acreedores exigirán su pago proporcionalmente sobre los bienes dejados en otros lugares, con la salvedad arriba mencionada”¹⁰⁸.

Por otro lado, los “legados” de bienes determinados por su género – continuando su razonamiento– y que “no tuviesen lugar designado para su pago se rigen por el derecho del domicilio del testador al tiempo de su muerte y se harán efectivos sobre los bienes que deje en ese domicilio; en defecto

106 Scotti, L. Ob. cit., 4.

107 Conf. Alterini, J. A. Ob. cit.

108 Conf. Ibídem.

105 Herrera, M.; Caramelo, G. y Picasso, S. (Directores). Ob. cit., 413/4.

de ellos o por su saldo, se pagarán proporcionalmente a todos los demás bienes del causante”. Finalmente, en todo lo relativo a la “colación”, se deduce que “se rige por el derecho de la sucesión en que fuese exigida. Si la colación consiste en algún bien raíz o mueble, se limitará a la sucesión de la que ese bien dependa. Cuando consistiese en alguna suma de dinero, se repartirá entre todas las sucesiones a que concurra el heredero que deba la colación proporcionalmente a su haber en cada una de ellas”¹⁰⁹.

En última instancia, resta mencionar que existen otros Tratados Internacionales que regulan los temas que nos ocupan, pero que no se encuentran vigentes en nuestro país, tales ordenamientos son: por un lado, el Convenio de La Haya del 5 de octubre de 1961 sobre los Conflictos de Leyes en Materia de Forma de las Disposiciones Testamentarias, que tiene por finalidad determinar la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte; y por otro, la Convención de La Haya de 1989 sobre la Ley Aplicable a las Sucesiones por causa de Muerte, en vigor desde el 5 de enero de 1962, entre cuarenta y dos Estados; sin embargo, no ha sido ratificado por la Argentina.

IV. Reflexión final

Hemos llegado al final del presente trabajo, habiendo orientado al lector sobre varios conceptos relativos al marco regulatorio de las sucesiones internacionales. Sin embargo, lejos de tener respuestas consumadas de todos los aspectos aquí desarrollados, nos apremian ciertos interrogantes: ¿Continúa la discusión histórica respecto al sistema sucesorio adoptado por nuestra fuente interna? ¿Respeto nuestro ordenamiento iusprivatista internacional el elemento extranjero en materia sucesoria? ¿Hemos perdido la oportunidad de mejorar las soluciones en el D.I.Pr.?

Compartimos la opinión de quienes reconocen que nuestras inquietudes son el único final que puede tener una investigación sobre el Derecho. Porque ella no puede nunca darnos respuesta definitivas. El Derecho es un producto humano, y preguntarnos sobre él siempre obliga a terminar haciéndose preguntas sobre el hombre. De ahí que al legar a la justicia ese final tan buscado y anhelado, aparece en su verdadero carácter de simple principio, nos vuelve a dejar colocados en la puerta de la Ética, para luego plasmarse en el ordenamiento positivo¹¹⁰.

Ahora bien, como juristas, legisladores o magistrados, debemos evitar caer en la aplicación del Derecho Interno en contraposición al Derecho ex-

tranjero por el solo hecho de ignorarlo, por el miedo a lo desconocido, o por cierta xenofobia por el simple hecho de ser tal.

Tal es así, que si adoptamos la interpretación mayoritaria del art. 2644, nos encontramos con una norma espectacular, si somos jueces. Siempre aplicaremos Derecho local, no debemos investigar el Derecho extranjero, no debemos analizar la posible violación al orden público –internacional–, no habrá posible fraude a la ley, no debemos preocuparnos por el reenvío, etcétera¹¹¹.

Lejos de ello, compartimos el pensamiento de Goldschmidt, quien considera que “los casos pertenecen, según los diversos elementos que los componen, a un país o a otro, o a varios a la vez. Su tratamiento debe tener en consideración su pertenencia, tanto porque sus protagonistas muchas veces durante el desarrollo del caso la tienen en cuenta y la adaptan al Derecho del país, como porque cada país posee un derecho a reglamentar los casos que a él se vinculan. En otras palabras, urge distinguir entre casos (o elementos de casos) propios, y casos (o elementos de casos) extranjeros, y con miras a estos últimos respetar el Derecho del país al que ellos pertenecen. La justicia exige, por ende, el respeto al carácter extranjero de un caso”¹¹².

En atención a tales consideraciones, concluimos que “el mencionado principio de justicia, si bien asequible directamente a una intuición eidética, puede igualmente seducirse de los tres principios fundamentales de la justicia formulados por Ulpiano. El principio del *lemmem laedere* (no lesionar a nadie) impone el respeto al Derecho Objetivo extranjero, en razón de que su repudio perjudicaría al país extranjero. El principio del *suum cuique tribuere* (a cada uno atribuir lo suyo) exige en nuestro país reconocer los Derechos Subjetivos adquiridos en otro, puesto que rechazar este reconocimiento dañaría a sus titulares. Por último, el principio del *honeste vivere* (hay que vivir honestamente) limita tanto el respeto al Derecho Objetivo, como el respeto de los Derechos Subjetivos extranjeros, por considerar como límite de ambos lo que nosotros estimamos la honestidad de la vida social”¹¹³.

Bibliografía

- All, P. M. (2015). *Código Civil y Comercial de La Nación Comentado*. Tomo VI. Dirección Julio César Rivera y Graciela Medina. Coordinación de Mariano Esper. Edición: 1ª ed., 1ª reimpr. Buenos Aires. La Ley. ISBN: 9789870327622.
- All, P. M. (2006). “Las normas de jurisdicción internacional en el sistema argentino

109 Conf. *Ibidem*.

110 Faz Arredondo, L. Ob. cit., 147.

111 Baltar, L. *Ibidem* loc. cit. nota 59.

112 Goldshmidt, W. *Ibidem* loc. cit. nota 7, 13.

113 Goldshmidt, W. *Ibidem ut supra*.

- de fuente interna”. Publicado en *DeCITA* (Derecho del Comercio Internacional. Temas y actualidades), N° 4 (Litigio judicial internacional). Buenos Aires. Zava-
lía, 422-444.
- Baltar, L. (2015). *El orden público internacional en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*. Publicado en www.rubinzalonline.com.ar. Cita: RC D 1239/2015.
- Baltar, L. (2015). “Las sucesiones internacionales a la luz del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: ¿Un pequeño gran cambio?” *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”* - Año IX, Número 15.
- Bernal Moreno, J. K. *La idea de Justicia*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Véase: [file:///C:/Users/User/Google%20 Drive/POSGRADO/Doctrina%20Jurisprudencia/La_idea_de_justicia.pdf](file:///C:/Users/User/Google%20Drive/POSGRADO/Doctrina%20Jurisprudencia/La_idea_de_justicia.pdf).
- Bueres, A. J., dirección (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*. Tomo II. 5ª edición. Buenos Aires. Hammurabi. Editor José Luis Depalma, 657.
- Cabrera de Gariboldi C. (2015). “Las formas de los testamentos en el Código Civil y Comercial de la Nación”. Citar: *elDial.com* - DC2045.
- Caycedo Tribín, C. F. y Lara Galvis, A. M. (2000). *Derecho Civil Bienes – Derechos Reales*. Investigación profesoral, director Dr. Juan José Rodríguez Beltrán. Universidad de La Sabana. Facultad de Derecho. Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas, Chía, 31. Véase: <https://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/5266/129862.PDF?sequence=1&isAllowed=y>.
- Código Civil y Comercial de la Nación y los Fundamentos del Anteproyecto de Ley. Código Civil de la República Argentina, Ley N° 340 y sus actualizaciones. Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles.
- Faz Arredondo, L. (2012). “La Justicia como virtud, igualdad y valor jurídico”. *Revista de Derecho Humanos y Estudios Sociales*. Año IV, No. 8, 145-6. ISSN 1889-8068. Véase: <http://www.derecho.uaslp.mx/Documents/Revista%20REDHES/N%C3%BAmero%208/Redhes8-07.pdf>.
- Feldstein de Cárdenas, S. L. “Divorcio y orden público internacional: una pareja indisoluble para el Derecho Internacional Privado Argentino”. Fallo “Solá, Jorge Vicente s/ suc. ab intestato”. *Revista La Ley*. Véase: http://www.academia.edu/5304227/CASO_SOLA_DIVORCIO_Y_ORDEN_PUBLICO_INTERNACIONAL.
- Feldstein de Cárdenas, S. L. (2012). “El control de constitucionalidad del Derecho extranjero en materia de sucesiones internacionales”. Cita: MJ-DOC-6147-AR | MJD6147.
- Ferrer, F. A. M.; Santarelli, F. G. y Soto, A. M., Directores del tomo XI. (2016). *Código Civil y Comercial Comentado*. Alterini, J. A., Director general. 2ª edición actualizada y aumentada. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La Ley, v. 11, 1168 p.; ISBN 978-987-03-3148-3. ISBN 978-987-03-3137-7 (Obra completa). Artículos 2277 a 2671.
- Goldschmidt, W. (2011). *Derecho Internacional Privado*. 10ª Ed. Buenos Aires. AbeledoPerrot.
- Goldschmidt, W. *Hacia la unidad legislativa en materia de herencia internacional*. T. 126. Buenos Aires. La Ley, 1134.
- Herrera, M.; Caramelo, G. y Picasso, S (Directores) (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. 2ª edición. INFOJUS. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, 161. ISBN Tomo 6: 978-987-3720-35-2.
- Hoofft, E. R. (2004). “Sucesiones en el Derecho Internacional Privado del Mercosur”. Cita: *elDial.com* - DC4D7.
- Iñiguez, M. D. (2015), en su comentario al art. 2643 en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo VI. Directores: Herrera, M.; Caramelo, G. y Picasso, S., 409-410
- Kaller de Orchansky, B. (1995). *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires. Editorial Plus Ultra.
- Maffia, J. O. (1993). *Manual de Derecho Sucesorio*. Tomo 1. Buenos Aires. Ediciones Depalma.
- Medina, G. (2015). “Orden público en el Derecho de Familia”. Tomo *La Ley* 2015-f ISSN 0024-1636. Buenos Aires, 1.
- Ochoa, G. O. (2008). *Derecho Civil: bienes y Derechos Reales*. 1ª edición. Volumen 2. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello, 74. ISBN: 978-980-244-515-8.
- Piñeiro, R. F. “Jurisdicción internacional en materia contractual”. Citar: *elDial.com* - DC245A.
- Ramayo, R. A. (1998). *Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires. Educa, 56.
- Rodríguez, M. S. (2015). “Las fuentes del Derecho Internacional Privado en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”. Citar: *elDial.com* - DC1EBE.
- Rodríguez, M. S. (2015). “La regulación de las sucesiones en el Derecho Internacional Privado”. Publicado en *RCCyC* y 211 AR/DOC/3055/2015.
- Saucedo, R. J. (2016). “Las reglas de Derecho Internacional Privado en materia sucesoria en el Código Civil y Comercial”. Publicado: *SJA* 2016/11/09-5; *JA* 2016-IV. Abeledo Perrot N°: AP/DOC/187/2016.
- Tratados de Montevideo de 1989 y de 1940, y sus Protocolos Adicionales.
- Vico, C. M. (1967). *Curso de Derecho Internacional Privado*. Dictado en las Facultades de Derecho de Buenos Aires y La Plata. Compilado por Isauro P. Argüello y Pedro Frutos. Tomo I. Caps. II. y VIII. 6ª Edición. Buenos Aires. Biblioteca Jurídica Argentina, 28 y sigs.
- Weinberg De Roca, L. *Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires. Editorial Depalma, ISBN 950-14-098408.

**LA NOTABLE INCERTEZA QUE PRODUCE LA INCORPORACIÓN
DE TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS AL BLOQUE
DE CONSTITUCIONALIDAD**

*The Notable Uncertainty that Produces the Incorporation of Human
Rights Treaties to the Constitutional Block*

*L'incertezza notabile che produce l'incorporazione dei Trattati dei Diritti
Umani al blocco della costituzionalità*

Max Silva Abbott¹

Recibido: 23 de mayo de 2018
Aprobado: 10 de septiembre de 2018

Resumen: La incorporación de Tratados de Derechos Humanos y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana al bloque de constitucionalidad genera un grave problema de incerteza que usualmente no ha sido tratado por la doctrina partidaria de esa incorporación. Lo anterior no se debe a un mal funcionamiento de los ordenamientos jurídicos nacionales, sino a algunas características del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y a la manera en que la Corte pretende que funcione el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Palabras claves: Bloque de constitucionalidad - Corte Interamericana - Interpretación de Tratados Internacionales - Jurisprudencia - Incerteza.

Abstract: The incorporation of Human Rights Treaties and the jurisprudence of the Inter-American Court into the constitutional block generate a serious problem of uncertainty that as a rule, has not been addressed by the

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

party doctrine of that incorporation. The foregoing is not due to a malfunction of national legal systems, but to some characteristics of International Human Rights Law and to the way in which the Court intends the Inter-American Human Rights System to work.

Keywords: Constitutional block - Inter-American Court - Interpretation of International Treaties - Jurisprudence - Uncertainty.

Sommario: L'incorporazione di trattati sui diritti umani e la giurisprudenza della Corte Interamericana nel blocco costituzionale genera un grave problema di incertezza che non è stato solitamente affrontato dalla dottrina del partito di tale incorporazione. Ciò non è dovuto a un malfunzionamento dei sistemi giuridici nazionali, ma ad alcune caratteristiche del diritto internazionale dei diritti umani e al modo in cui la Corte intende lavorare con il Sistema Interamericano dei Diritti Umani.

Parole chiave: Blocco di costituzionalità - Corte Interamericana - Interpretazione dei Trattati Internazionali - Giurisprudenza - Incerteza.

Para citar este texto:

Silva Abbott, M. (2018). "La notable incerteza que produce la incorporación de Tratados de Derechos Humanos al bloque de constitucionalidad", *Prudentia Iuris*, N° 86, pp. 105-131.

1. Introducción

No cabe duda de que el desarrollo que en los últimos lustros ha tenido el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en particular gracias a la labor de la Corte Interamericana y de una nutrida doctrina muy atenta a sus *sentencias y opiniones consultivas*, ha significado un replanteamiento de buena parte de los paradigmas jurídicos que hasta hace poco parecían incommovibles. Y uno de esos paradigmas era la situación de privilegio indiscutido que ostentaba la Constitución, al ser considerada la norma-madre a la cual tenían que someterse necesariamente todas las demás, bajo la pena incluso de resultar expulsadas de ese ordenamiento jurídico.

Sin embargo, este sitio de honor está siendo puesto en duda por buena parte de la doctrina abocada al Derecho Internacional de los Derechos Humanos de nuestra región, al estimar que al menos debiera compartir su posición de privilegio en un plano de igualdad, con los Tratados de Derechos Humanos que el país hubiera soberanamente suscrito, que de esta manera,

pasarían a incorporarse al denominado "bloque de constitucionalidad". E incluso existen autores que estiman que los Tratados Internacionales debieran tener una jerarquía superior a la Carta Fundamental. De ahí que se hable de una "constitucionalización del Derecho Internacional" o de una "internacionalización del Derecho Constitucional"², que básicamente apuntan a una interacción mutua entre ambos órdenes normativos al momento de tutelar los Derechos Humanos de los habitantes de un país.

En este trabajo no nos pronunciaremos sobre la pertinencia o impertinencia de este planteamiento. Sólo lo esbozaremos de manera hipotética y sin aludir a ningún ordenamiento jurídico en particular, a fin de abordar el notable problema de incerteza que, a nuestro entender, se genera como consecuencia de esta simbiosis constitucional-internacional. Sin embargo, pese a que la complementación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las Constituciones nacionales ha sido abordada por abundante doctrina, hasta donde hemos podido observar, el presente fenómeno ha pasado inadvertido. Ahora bien, este problema es ocasionado a nuestro juicio no por una falla que pudieran tener los ordenamientos jurídicos nacionales, sino debido a algunas características propias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y a ciertos modos de proceder de la Corte Interamericana que han influido o intentado influir en la forma de aplicarlo en nuestra región.

De este modo, primero se abordará brevemente, de una manera crítica y sin aludir a ningún ordenamiento jurídico en particular, el fenómeno de la internacionalización del Derecho Constitucional o la constitucionalización del Derecho Internacional, gracias a la incorporación de los Tratados de Derechos Humanos al bloque de constitucionalidad. Posteriormente, se aludirá a este problema de incerteza mencionado y, finalmente, se arribará a algunas conclusiones.

² Von Bogdandy, A, et. al. (2017). "A manera de prefacio. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador*". En Von Bogdandy, A.; Morales Antoniazzi, M.; Ferrer Mac-Gregor, E. (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*. México. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro / Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 43-44; Nogueira Alcalá, H. (2012). "El uso del Derecho convencional Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2010". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39 N° 1, 153; Burgorgue-Larsen, L. (2014). "La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional". En Von Bogdandy, A.; Fix-Fierro, H.; Morales Antoniazzi, M. (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*. México. UNAM / Max-Planck-Institut Für Ausländisches / Öffentliches Recht Und Völkerrecht/Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 456-457.

2. La internacionalización del Derecho Constitucional

Según se ha dicho, desde hace algunos años, el paradigma de la supremacía constitucional ha recibido diversas críticas de parte de los principales defensores del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de nuestra región³, en atención a que varias cartas fundamentales han incorporado un cúmulo de Tratados de Derechos Humanos a su propio catálogo de derechos⁴, y en algunos casos –si bien por regla general, debido a sentencias de sus tribunales constitucionales o cortes supremas–, también la jurisprudencia que a su respecto dicta la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵.

De este modo, y gracias a ciertas normas de reenvío⁶, varias Constituciones han abierto sus puertas a la entrada de derechos con un origen

3 Martínez Lazcano, A. J. (2017). “¿Derecho supranacional o Derecho convencional? Importancia de su determinación”. *Revista Jurídica Valenciana*, Núm. 33, 43; Sagüés, N. P. (2016). “El control de convencionalidad en Argentina. ¿Ante las puertas de la ‘Constitución Convencionalizada?’”. En Pereira de Oliveira Duarte, F.; Bittencourt da Cruz, F.; Dal Maso Jardim, T. (Coords.). *Controle de Convencionalidade*. Brasília. Conselho Nacional de Justiça, 118-119; Escobar Fornos, I. (2014). “La revolución de los Derechos Humanos”. En Eto Cruz, G. (Coord.). *Treinta años de la Jurisdicción Constitucional en Perú*. Tomo II. Lima. Centro de Estudios Constitucionales, 1102.

4 Bazán, V. (2017). “Estado constitucional y convencional y protección de Derechos Humanos: Control de convencionalidad y diálogo interjurisdiccional”. *Revista Temas Socio Jurídicos*, Vol. 36 N° 72, 33; Becerra Ramírez, J. de J.; Miranda Camarena, A. J. (2013). “El uso del canon internacional de los Derechos Humanos”. *Opinión Jurídica*, Vol. 12, N° 24, 22-25; Morales Antoniazzi, M. (2014). “El Estado abierto como objetivo del *ius constitutionale commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En Von Bogdandy, A.; Fix-Fierro, H.; Morales Antoniazzi, M. (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, ob. cit., 265-299.

5 Nogueira Alcalá, H. (2012). “El uso del Derecho convencional internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2010”, ob. cit., 150-155; Aguilar Cavallo, G. (2012). “El control de convencionalidad de los derechos. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Chile en el caso denominado Episodio Rudy Cárcamo Ruiz de 24-5-2012”. *Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 2, 749; Vogel-fanger, A. D. (2015). “La creación de derecho por parte de los tribunales internacionales. El caso específico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Pensar en Derecho*. Universidad de Buenos Aires, N° 7, Año 4, 273-275.

6 García Jaramillo, L. (2016). “De la ‘constitucionalización’ a la ‘convencionalización’ del ordenamiento jurídico. La contribución a un *ius constitutionale commune*”. *Revista Derecho del Estado*, N° 36, 135 y 151; Nash, Rojas, C.; Núñez Donald, C. (2017). “Recepción formal y sustantiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: experiencias comparadas y el caso chileno”. *Anuario Mexicano de Derecho Comparado*, Año XLX, núm. 148, 224; Morales Antoniazzi, M. (2017). “Interamericanización como mecanismo del *ius constitutionale commune* de Derechos Humanos en América Latina”. En Von Bogdandy, A.; Morales Antoniazzi, M.; Ferrer Mac-Gregor, E. (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, ob. cit., 422-423.

internacional⁷ (como se dijo, los tratados regionales y las interpretaciones de la Corte Interamericana), con lo cual se estaría ampliando el catálogo de Derechos Humanos protegidos, que pasarían a formar parte del llamado bloque de constitucionalidad⁸.

Varios autores consideran que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos suscritos por un país debieran estar al mismo nivel de su Carta Fundamental⁹, e incluso no han faltado quienes los consideran superiores ella¹⁰. Por otro lado, para algunos, la jerarquía de estos Tratados Internacionales incorporados es un asunto que depende del propio Derecho Internacional, al margen de lo que considere cada país¹¹ y para

7 Sagüés, N. P. (2014). “Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del Derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad”. *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba, vol. 1, N° 2, 25; Acosta Alvarado, P. A. (2016). “Zombis vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno”. *Estudios Constitucionales*. Año 14, N° 1, 21, 26, 33 y 43; Nash Rojas, C.; Núñez Donald, C. (2017). “Recepción formal y sustantiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: experiencias comparadas y el caso chileno”, ob. cit., 208.

8 Dulitzky, A. E. (2015). “An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights”. *Texas International Law Journal*, vol. 50, Issue 1, 56 y 65-68; Ferrer Mac-Gregor, E. (2010). “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf> [fecha de consulta: 11-3-2015], 169-172; Murillo Cruz, D. A. (2016). “La dialéctica entre el bloque de constitucionalidad y el bloque de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. *Revista de Derecho Público*. Colombia. Universidad de los Andes, N° 36, 1-35.

9 Santiago, A. (2009). “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos: posibilidades, problemas y riesgos de un nuevo paradigma jurídico”. *Persona y Derecho*, vol. 60, 115; Castilla Juárez, K. (2011). “El control de convencionalidad; un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 603; Pereyra Zabala, G. (2011). “El control de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. *Revista de Derecho*. Montevideo, N° 6, 157.

10 Mora Méndez, J. A. (2012). “El control de convencionalidad: un replanteamiento de principios y fuentes del Derecho”. *Revista Republicana*, Núm. 12, 231-236; Sagüés, N. P. (2014). “Derechos constitucionales y Derechos Humanos. De la Constitución Nacional a la Constitución ‘convencionalizada’”. En Nogueira Alcalá, H. (Coord.). *La protección de los Derechos Humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Santiago. Librotecnia, 15-23; Sagüés, N. P. (2009). “El ‘control de convencionalidad’, en particular sobre las Constituciones nacionales”. *La Ley*, 19-2-2009, 1. Disponible en: http://www.joseperezcorti.com.ar/Archivos/DC/Articulos/Sagues_Control_de_Convencionalidad_LL_2009.pdf [fecha de consulta: 6-3-2015], 2-5.

11 Ibáñez Rivas, J. M. (2017). *Control de convencionalidad*. México. Unam / Instituto de Investigaciones Jurídicas / Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 6-27; Becerra Ramírez, M. (2009). “La jerarquía de los tratados en el orden jurídico interno. Una visión desde la perspectiva del Derecho Internacional”. En García Ramírez, S.; Castañeda Hernández, M. (Coords.). *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana*. México. Unam / Secretaría de Relaciones Exteriores Corte Interamericana de Derechos Humanos, 298; Fuenzalida Bascuñán, S. (2015). “La

otros, por el contrario, debe ser establecido soberanamente por cada Constitución¹².

No obstante, ciertos estudiosos consideran que en esta interacción entre la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos, la clave no debiera ser tanto la jerarquía de una u otros –asunto que a su entender debiera darse por superado–, sino la protección real y concreta que se otorgue a los Derechos Humanos. Es decir, su idea es que al momento de tener que decidir entre aplicar la Carta Fundamental o los tratados, más que fijarse en prelación normativa, debería ponerse atención a la protección efectiva de los derechos en juego. Por eso algunos hablan de una “protección multinivel”¹³ de los Derechos Humanos. En consecuencia, y en el fondo en virtud del llamado principio *pro persona* o *pro homine* (que llama a buscar la normativa que mejor proteja o que menos restrinja los derechos involucrados¹⁴), la elección de la normativa nacional o foránea sería un tema casuístico, pues, a fin de cuentas, lo importante sería lograr la mejor protección de las personas en los hechos¹⁵.

jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente del Derecho. Una revisión de la doctrina del ‘examen de convencionalidad’”. Valdivia. *Revista de Derecho*, Vol. XXVIII N° 1, 177-178, 180-181 y 183.

12 Vio Grossi, E. (2015). “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿del control de convencionalidad a la supranacionalidad?” *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XXI, 98-99 y 107; Gómez Robledo, J. M. (2009). “La implementación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno: una tarea pendiente”. En García Ramírez, S.; Castañeda Hernández, M. (Coords.). *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana*, ob. cit., 129-141; Pérez Manrique, R. C. (2016). “Control de convencionalidad. Análisis de jurisprudencia”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XXII, 414.

13 Bazán, V. (2017). “Estado constitucional y convencional y protección de Derechos Humanos: Control de convencionalidad y diálogo interjurisdiccional”, ob. cit., 30-31; Aguilar Cavallo, G. (2016). “Los Derechos Humanos como límites a la democracia a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre, Vol. 43, N° 141, 344; Piovesan, F. (2014). “*Ius Constitutionale Commune* latinoamericano en Derechos Humanos e impacto del Sistema Interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos”. En Von Bogdandy, A.; Fix-Fierro, H.; Morales Antoniazzi, M. (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, ob. cit., 62, 72, 77-78 y 81.

14 Caballero Ochoa, J. L. (2011). “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (art. 1° segundo párrafo de la Constitución)”. En Carbonell, M.; Salazar, P. (Coords.). *La reforma constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma*. México. Unam, 132-133 y 141-142; Castilla Juárez, K. (2011). “Un nuevo panorama constitucional para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en México”. *Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 2, 149-153; Amaya Villarreal, Á. F. (2005). “El principio *pro homine*: interpretación extensiva vs. el consentimiento del Estado”. *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*. Pontificia Universidad Javeriana, N° 5, 337-380.

15 Acosta Alvarado, P. A. (2016). “Zombis vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno”, ob. cit., 32-34; Nogueira Alcalá, H. (2012). “El

Ahora bien, y al margen del problema de la jerarquía que tengan los Tratados Internacionales y si ésta importa o no, la idea común a todos estos planteamientos es que los jueces nacionales puedan tutelar de mejor forma los Derechos Humanos, pudiendo acudir para ello tanto a los derechos consagrados en la propia Constitución como a aquellos incorporados al bloque de constitucionalidad. Todo esto, a fin de que sea el propio Estado quien tenga la primera opción en esta tarea y que sólo en el caso de no realizar esta labor como corresponde, intervengan la Comisión y, eventualmente, la Corte Interamericana. Es decir, que la actuación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sea verdaderamente subsidiaria¹⁶.

Sin embargo, al menos en nuestra región, el asunto no resulta tan simple. Ello, puesto que la Corte Interamericana ha señalado insistentemente por medio de su propia jurisprudencia, sobre todo a propósito de la polémica doctrina del control de convencionalidad (que no se analiza aquí¹⁷), que al momento de aplicar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (y eventualmente otros tratados que le hubieren dado competencia), debe tenerse en cuenta no sólo lo establecido en dicho instrumento, sino también –y en realidad, de manera preeminente, como se

uso del Derecho convencional Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2010”, ob. cit., 153, 160-161 y 185; Castilla Juárez, K. (2011). “Un nuevo panorama constitucional para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en México”. *Estudios Constitucionales*, ob. cit., 149-153.

16 García Ramírez, S. (2009). “Admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En García Ramírez, S.; Castañeda Hernández, M. (Coords.). *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana*, ob. cit., 27; Cançado Trindade, A. A. (2006). *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*. 2ª edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 274, 280 y 389; Nogueira Alcalá, H. (2012). “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva serie, año XLV, núm. 135, 1172 y 1195-1196.

17 Silva Abbott, M. (2018). “The Inter-American Court of Human Rights, the Control of Conventionality Doctrine and the National Judicial Systems of Latin America”. *Ave Maria International Law Journal*, Vol. 7, 5-21; Silva Abbott, M. (2016). “Control de convencionalidad interno y jueces locales: un planteamiento defectuoso”. *Estudios Constitucionales*, vol. 14, N° 2, 105-125; Silva Abbott, M.; de Jesús Castaldi, L. (2016). “¿Se comporta la Corte Interamericana como tribunal (internacional)? Algunas reflexiones a propósito de la supervisión de cumplimiento del *Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica*”. *Prudentia Iuris*. Universidad Católica Argentina, vol. 82, 19-58; Silva Abbott, M. (2012). “La creciente (y no controlada) influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en los ordenamientos internos”. *Revista de Derecho, Criminología y Ciencias Penales*. Universidad San Sebastián, vol. 19, 75-98.

verá en seguida— la jurisprudencia de este tribunal¹⁸, al considerarse el intérprete último del mismo¹⁹.

Pero además, y precisamente por ser el intérprete “oficial” de la Convención²⁰, este tribunal considera que los Estados debieran aplicar la exégesis elaborada por él no sólo en aquellos casos en que han sido condenados, sino también la generada en otras causas, aunque el país no haya sido parte de las mismas²¹. Ello, pese a que la Convención Americana restringe expresamente en su art. 68.1 la obligatoriedad de dicha interpretación sólo al país que ha sido condenado²².

Lo anterior se debe a que la Corte se considera la intérprete definitiva²³

18 Desde el caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile” (2006) Serie C N° 154, párr. 123-125 en adelante. Comentan esto, entre muchos otros, García Pino, G. (2014). “Preguntas esenciales sobre el control de convencionalidad difuso aplicables a Chile”. En Nogueira Alcalá, H. (Coord.). *La protección de los Derechos Humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, ob. cit., 356 y 362; Bazán, V. (2012). “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”. En Bazán, V.; Nash, C. (Eds.). *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad 2011*. Santiago. Konrad Adenauer-Stiftung E. V., 31; Caballero Ochoa, J. L. (2011). “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (art. 1° segundo párrafo de la Constitución)”, ob. cit., 117-118, 122 y 128-129 y 140-141.

19 Aguilar Cavallo, G. (2012). “El Control De Convencionalidad de los derechos. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Chile en el caso denominado Episodio Rudy Cárcano Ruiz de 24-5-2012”, ob. cit., 727-728 y 740-742; Nogueira Alcalá, H. (2013). “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 10, Núm. 19, 222; Hitters, J. C. (2009). “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”. *Estudios Constitucionales*, Año 7, N° 2, 115, 118 y 122.

20 De ahí que algún autor se pregunte si los Estados, entre otras entidades, pueden realmente interpretar la Convención Americana [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’”. *Pensamiento Constitucional*, N° 18, 371].

21 García Ramírez, S. (2011). “El control judicial interno de convencionalidad”. *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Año V, N° 28, 128-129; Hitters, J. C. (2013). “Un avance en el control de convencionalidad. (El efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana)”. *Estudios Constitucionales*, Año 11, N° 2, 695-710; Ferrer MacGregor, E. (2013). “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso *Gelman vs. Uruguay*)”. *Estudios Constitucionales*, Año 11, N° 2, 669-670 y 677.

22 “Artículo 68.1. Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”.

23 Nogueira Alcalá, H. (2012). “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011”. *Estudios Constitucio-*

e inapelable²⁴ de la Convención Americana, de tal modo que dicho tratado solo “habla” a través suyo. De ahí que estime que cada interpretación que desarrolla mediante su jurisprudencia iría actualizando este tratado²⁵ y automáticamente se incorporaría al mismo²⁶. En consecuencia, puesto que los países suscribieron soberanamente, desde su perspectiva, se habrían obligado a acatar estas “actualizaciones”, realizadas al pulso de sus propias interpretaciones²⁷.

En consecuencia, las interpretaciones de este tribunal tendrían un efecto universal o *erga omnes* para todos los países que han otorgado competencia. Lo anterior quiere decir que habría que aplicar cualquier interpretación que haga la Corte, sin importar el tipo de resolución de que se trate, ya sea en un asunto contencioso (sentencias definitivas, sentencias interpretativas, medidas provisionales y supervisiones de cumplimiento)²⁸ o también en una cuestión no contenciosa (en sus opiniones consultivas)²⁹.

nales, Año 10, N° 2, 58-59, 62-63 y 90-98; Hitters, J. C. (2009). “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, ob. cit., 115, 118 y 122; Aguilar Cavallo, G. (2013). “Afinando las cuerdas’ de la especial articulación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Interno”. *Estudios Constitucionales*, Año 11, N° 1, 642-643.

24 Fix Zamudio, H. (2007). “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En AA. VV. *Protección internacional de los Derechos Humanos*. Disponible en http://app.vlex.com/#vid/452375/graphical_version [fecha de consulta: 2-4-2014], 69 y 76; Meier García, E. (2011). “Nacionalismo constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. *Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 2, 333; Nogueira Alcalá, H. (2013). “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, ob. cit., 222.

25 Lo cual se relaciona con la consideración de los Tratados de Derechos Humanos como “instrumentos vivos”, según se verá un poco más abajo.

26 Esto, por otro lado, debido a estimarse por abundante doctrina que los Tratados de Derechos Humanos poseen un “sentido autónomo”, como también se verá en seguida.

27 Ferrer MacGregor, E. (2015). “Conventionality Control. The New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights”. *Symposium: The Constitutionalization of International Law in Latin America. American Journal of International Law (ASIL)*, Vol. 109, 98; García Ramírez S. (2016). “Sobre el control de convencionalidad”. *Pensamiento Constitucional*, N° 22, 180; Aguilar Cavallo, G. (2016). “Constitucionalismo global, control de convencionalidad y el derecho a huelga en Chile”. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI)*, Vol. 9, 137 y 141.

28 Benavides Casals, M. A. (2015). “El efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N° 27, 141-166; Ferrer MacGregor, E. (2013). “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso *Gelman vs. Uruguay*)”, ob. cit., 655-682 y 688-693; Carbonell, M. (s/f). “Introducción general al control de convencionalidad”. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf> [fecha de consulta: 14-5-2014], 79-83.

29 García Ramírez, S. (2015). “The Relationship between Inter-American Jurisdiction

Es por eso que se ha señalado, si bien mostrando reparos, que lo anterior abarcaría a “todos sus pronunciamientos [de la Corte], independientemente del acto procesal del que se trate o del tipo de competencia que haya ejercido”³⁰.

Por tanto, si volvemos a la idea del bloque de constitucionalidad, lo anterior querría decir que, en realidad, la Constitución de un país estaría haciendo simbiosis, al menos dentro del Sistema Interamericano, con las *interpretaciones* emanadas de la Corte más que con los Tratados de Derechos Humanos propiamente dichos, pues como ha señalado cierto autor, la Convención Americana “vive”³¹ en la interpretación de este tribunal.

Sin embargo, desde nuestra perspectiva, lo anterior se complica aún más al menos por tres razones: en primer lugar, debido a las reglas de interpretación que utiliza este tribunal, al considerar que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos son “instrumentos vivos”³²; en segundo lugar, en razón del llamado “sentido autónomo” de los Tratados de Derechos Humanos; y en tercer lugar, debido a la aplicación que hace del principio *pro homine*, según se explicará someramente en seguida.

El primer problema obedece a las dúctiles reglas de interpretación que la Corte utiliza en su exégesis, no sólo de la Convención Americana, sino de los demás tratados del Sistema que le han dado competencia³³. De esta

and States (National Systems): Some Pertinent Questions”. *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, Vol. 5 Issue 1, 19-20; Carvajal Martínez, J. E.; Guzmán Rincón, A. M. (2017). “Las instituciones del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos: un análisis a sus procedimientos y orientación estratégica”. *Revista Republicana*, Núm. 22, 205; Lovatón Palacios, D. (2017). “Control de convencionalidad interamericano en sede nacional: una noción aún en construcción”. *Revista Direito & Práxis*. Río de Janeiro, Vol. 8. Nº 2, 1404-1406.

30 Henríquez Viñas, M. L. (2014). “La polisemia del control de convencionalidad interno”. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 24, 127.

31 Nogueira Alcalá, H. (2012). “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011”, ob. cit., 72.

32 Cançado Trindade, A. A. (2006). *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, ob. cit., 47-48; Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”. En Carbonell, M.; Salazar, P. (Coords.). *Derechos Humanos; un nuevo modelo constitucional*, ob. cit., 392; Galdámez Zelada, L. (2007). “Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, Nº 3, 343-344.

33 Hitters, J. C. (2009). “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, ob. cit., 120; Sagüés, N. P. (2010). “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”. *Estudios Constitucionales*, año 8, Nº 1, 126-127; Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XLIV, núm. 131, 942.

manera (y es un tema que únicamente puede ser mencionado aquí), la interpretación de los Tratados de Derechos Humanos es “evolutiva”, “dinámica”, “progresista”, “sistemática”, “finalista”, “indivisible” e “interdependiente”, entre otras características³⁴.

Todo esto permite que el sentido y alcance de estos tratados pueda variar mucho con el correr del tiempo³⁵, como ha sido el caso, por ejemplo, del derecho de propiedad³⁶ o de la discriminación³⁷. De ahí que para referirse a estas posibilidades de ampliación de dicho sentido y alcance, se haya hablado de una “interpretación mutativa por adición”³⁸, esto es, a aquellas

34 Vásquez, L. D.; Serrano, S. (2011). “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”. En Carbonell, M.; Salazar, P. (Coords.). *La reforma constitucional en Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, ob. cit., 151-155 y 159-164; Ferrer Mac-Gregor, E.; Pelayo Möller, C. M. (2012). “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los Derechos Humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana”. *Estudios Constitucionales*, Año 10, Nº 2, 149-150; Castilla Juárez, K. (2011). “Un nuevo panorama constitucional para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en México”, ob. cit., 154-157; Cançado Trindade, A. A. (2006). *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, ob. cit., 23-25, 27, 40, 46-49, 64, 166-169 y 532-533; Amaya Villarreal, Á. F. (2005). “El principio *pro homine*: interpretación extensiva vs. el consentimiento del Estado”. *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Pontificia Universidad Javeriana, Nº 5, 344-345.

35 Paúl, Á. (2017). “The American Convention on Human Rights. Updated by the Inter-American Court”. *Iuris Dictio*, 20, 53-87; Candia Falcón, G. (2015). “Derechos implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: una reflexión a la luz de la noción de Estado de Derecho”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, Nº 3, 874-884; Vítoles, 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’”, ob. cit., 369-373.

36 Burgorgue-Larsen, L. (2014). “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional”. En Von Bogdandy, Armin; Fix-Fierro, Héctor; Morales Antoniazzi, Mariela (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, ob. cit., 440-441; Piovesan, F. (2014). “*Ius Constitutionale Commune* latinoamericano en Derechos Humanos e impacto del Sistema Interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos”, ob. cit., 67-68; Von Bogdandy, A., et. al. (2017). “A manera de prefacio. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador”, ob. cit., 20-21.

37 Ferrer Mac-Gregor, E.; Pelayo Möller, C. M. (2017). *Las obligaciones generales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Deber de respeto, garantía y adecuación de Derecho Interno)*. México. Unam / Instituto de Investigaciones Jurídicas / Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 46-56; Contesse, J. (2013). “¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Disponible en http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf [fecha de consulta: 30-9-2015], 17-20; Ivanschitz Bourdeguer, B. (2013). “Un estudio sobre el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Estado de Chile”. *Estudios Constitucionales*, Año 11, Nº 1, 280, 285-286 y 288-289.

38 Sagüés, N. P. (2014). “Control constructivo (positivo) de convencionalidad”. En Ferrer Mac-Gregor, E.; Martínez Ramírez, F.; Figueroa Mejía, G. A. (Coords.). *Diccionario de Dere-*

situaciones en que la Corte agrega algo que no figuraba inicialmente en la Convención, sin alterar su texto. En consecuencia, las disposiciones internacionales de protección de los Derechos Humanos estarían en permanente evolución –a veces bastante rápida–, todo lo cual afectaría de manera permanente al bloque de constitucionalidad.

El segundo problema es el llamado “sentido autónomo” de los Tratados de Derechos Humanos, según el cual, su significado y alcance no dependerían para sus defensores de lo que los Estados consideren en la actualidad o hayan entendido al momento de suscribirlos, sino de lo que establezcan los organismos internacionales llamados a interpretarlos y tutelarlos³⁹. En consecuencia, y teóricamente, las interpretaciones que realicen las autoridades nacionales sólo tendrían valor si adhieren, en el caso en comento, a la efectuada por la Corte, sin perjuicio de poder eventualmente mejorarla, al ser considerada dicha interpretación *internacional* como el “estándar mínimo”⁴⁰ en materia de protección de los Derechos Humanos. Todo lo cual vuelve a afectar radicalmente al bloque de constitucionalidad y, de manera más profunda, a los ordenamientos jurídicos nacionales en su globalidad.

Finalmente, a nuestro entender, el tercer –pero no necesariamente el último– problema complica sobremanera todo lo antes dicho. Ello, porque en virtud del principio *pro homine* ya enunciado (establecido en el art. 29b de la Convención⁴¹), la Corte estima, entre otras cosas⁴², que para proteger

cho *Procesal Constitucional y Convencional*. 2ª edición. México. Unam, 223-224; Sagüés, N. P. (2014). “Derechos constitucionales y Derechos Humanos. De la Constitución Nacional a la Constitución ‘convencionalizada’”, ob. cit., 16 y 18-22; Sagüés, N. P. (2010). “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, ob. cit., 125 y 132.

39 Faúndez Ledesma, H. (2004). *El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. 3ª edición. San José. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 88-91; Medina Quiroga, C. (2009). “Los 40 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana”. *Anuario de Derechos Humanos*, Vol. 5, 27; Cançado Trindade, A. A. (2006). *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, ob. cit., 26-30 y 52.

40 Nogueira Alcalá, H. (2012). “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales”, ob. cit., 1187-1188 y 1218-1219; Urrejola Noguera, A. (2013). “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos: el debate sobre su fortalecimiento en el seno de la Organización de Estados Americanos”. *Anuario de Derechos Humanos*, N° 9, nota 18, 210; Caballero Ochoa, J. L. (2011). “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (art. 1º segundo párrafo de la Constitución)”, ob. cit., 149-150.

41 “Artículo 29. *Normas de Interpretación*. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados”.

42 Ello, porque esta *no es* la única interpretación que la Corte ha dado a este artículo, pues también ha sido clave para la doctrina del “estándar mínimo” o considerada como una “norma de reenvío” al momento de tutelar los Derechos Humanos, situaciones a las cuales se ha aludido tangencialmente un poco más arriba.

mejor los Derechos Humanos, ella es libre para buscar prácticamente en cualquier sitio la norma o disposición no vinculante que a su juicio logre de manera más plena este cometido. De ahí que, si bien con disparidad de criterios, varios autores señalen como posibles normas o disposiciones no vinculantes que puede utilizar este tribunal para fundamentar sus resoluciones, las siguientes:

- a) Las Opiniones Consultivas⁴³;
- b) Otros tratados, sean regionales o universales⁴⁴;
- c) Observaciones generales⁴⁵;
- d) Resoluciones varias de organismos y tribunales internacionales⁴⁶;
- e) Convenios⁴⁷;
- f) Declaraciones⁴⁸;
- g) Recomendaciones de la Comisión Interamericana⁴⁹; y

43 García Ramírez, S. (2011). “El control judicial interno de convencionalidad”, ob. cit., 135 y 138; Hitters, J. C. (2008). “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 10, 140 y 148-150; Sagüés, N. P. (2010). “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, ob. cit., 125-126.

44 Vogelfanger, A. D. (2015). “La creación de Derecho por parte de los tribunales internacionales. El caso específico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, ob. cit., 263-264; Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, ob. cit., 340 y 365.

45 Carbonell, M. (s/f). “Introducción general al control de convencionalidad”, ob. cit., 83; Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, ob. cit., 340 y 365.

46 García Ramírez, S. (2011). “El control judicial interno de convencionalidad”, ob. cit., 134-135 y 138; Nogueira Alcalá, H. (2013). “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”. *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano*, Año XIX, 544; Sagüés, N. P. (s/f a). “El ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf> [fecha de consulta: 27-3-2014], 389 y 417.

47 García Ramírez, S. (2011). “El control judicial interno de convencionalidad”, ob. cit., 137; Nogueira Alcalá, H. (2012). “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales”, ob. cit., 1182; Nogueira Alcalá, H. (2013). “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, ob. cit., 261.

48 Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, ob. cit., 340 y 365; García Ramírez, S. (2011). “El control judicial interno de convencionalidad”, ob. cit., 134; Nogueira Alcalá, H. (2013). “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, ob. cit., 261.

49 Hitters, J. C. (2008). “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la

h) Otros antecedentes, como jurisprudencia de la Corte Europea, Informes de los Relatores Especiales de la OEA o de la ONU, etcétera⁵⁰.

En consecuencia, lo anterior querría decir que “toda esa doctrina judicial de la Corte adquiere entonces, por su propia voluntad, rango normativo equiparable al mismo pacto”⁵¹. Ello significa que se estarían incorporando al bloque de constitucionalidad no sólo las interpretaciones de la Corte Interamericana (supuestamente con un efecto *erga omnes*), de los Tratados Internacionales del Sistema Interamericano, sino también, y por medio de dicha interpretación justificada en el principio *pro homine*, prácticamente cualquier disposición internacional, vinculante o no, que sea utilizada por este tribunal.

Dicho de otra manera, y englobando todo lo expresado hasta aquí, lo que importa sería sobre todo la *interpretación* que la Corte haga de la Convención Americana y de otros tratados y de disposiciones no vinculantes de Derechos Humanos. Por tanto, el papel central en materia de protección de estos derechos lo tendría no lo acordado por los Estados originalmente, sino las resoluciones de este tribunal. Pero además, estas interpretaciones con supuestos efectos *erga omnes* estarían siendo alimentadas con material “extra-convención” y, por tanto, con normas que podrían no haber sido suscritas por alguno —o incluso ninguno— de los Estados sometidos a este tribunal e incluso con disposiciones no vinculantes en absoluto (el *soft law* internacional: Principios, Recomendaciones, Declaraciones, Directivas, Reglas, Resoluciones, Convenios, Cartas, Informes, Documentos, etc.).

Finalmente, lo anterior se hace más complejo todavía, si se toma en cuenta que la Corte y la doctrina mayoritaria llaman a hacer un creciente “diálogo interjurisdiccional”⁵², es decir, abogan por una mutua influencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, ob. cit., 137-141; Sagüés, N. P. (2003). “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de Derechos Humanos. Experiencias en Latinoamérica”. *Ius et Praxis*, Año 9, N° 1, 216; García Ramírez, S. (2011). “El control judicial interno de convencionalidad”, ob. cit., 135.

50 Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, ob. cit., 429; Hitters, J. C. (2009). “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, ob. cit., 109.

51 Sagüés, N. P. (s/f c). “El ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”, ob. cit., 389; Nogueira Alcalá, H. (2013). “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”, ob. cit., 544; Bazán, V. (2012). “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”, ob. cit., 31.

52 Góngora Mena, M. (2014). “Diálogo policéntrico”. En Ferrer Mac-Gregor, E.; Martínez

entre tribunales nacionales e internacionales en la protección de los Derechos Humanos, instando a inspirarse unos en la jurisprudencia de otros.

En suma, lo que queremos destacar es que *lo interpretado* por este tribunal (llamado por eso *res interpretata*⁵³) sería lo realmente importante y, a fin de cuentas, el verdadero material que se integraría al bloque de constitucionalidad. Y que dicha interpretación, además de poseer reglas y prácticas que la hacen casi imprevisible, podría estar influida por un cúmulo de disposiciones extra-convención no sólo no aceptadas por un Estado, sino incluso no vinculantes en absoluto (el *soft law*). Finalmente, que resulta imposible prever cuáles de estas disposiciones podría utilizar este Tribunal Internacional en el fundamento de sus resoluciones, no sólo por su abundancia, sino también debido a la selección discrecional que la Corte hace a su respecto⁵⁴.

3. La notable incerteza que produce la ampliación del bloque de constitucionalidad

Como se ha dicho, en este trabajo no nos pronunciamos ni a favor ni en contra de la incorporación de los Tratados Internacionales al bloque de constitucionalidad a propósito de la protección de los Derechos Humanos, ni de las características señaladas en relación al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ni respecto de la pretensión de la Corte Interamericana de otorgar un efecto *erga omnes* a sus interpretaciones, ni, finalmente, de alimentarlas con lo que denominamos material “extra-convención”. Todo lo anterior ha sido planteado de forma hipotética y sin aludir a ningún or-

Ramírez, F. y Figueroa Mejía, G. A. (Coords.). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, ob. cit., 593-596; Ferrer Mac-Gregor, E. (2016). “El control de convencionalidad como un vehículo para el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales de América”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XXII, 337-356; Nogueira Alcalá, H. (2013). “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, ob. cit., 221-270.

53 Sagüés, N. P. (s/f b): “El ‘control de convencionalidad’ como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/15.pdf> [fecha de consulta: 7-5-2014], 458-459; Nogueira Alcalá, H. (2013). “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, ob. cit., 233 y 245; Ibáñez Rivas, J. M. (2012). “Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 8, 107-108.

54 Malarino, E. (2010). “Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de los Derechos Humanos para los tribunales judiciales nacionales”. En Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo. Konrad-Adenauer-Stiftung e. V., 41-42.

denamiento jurídico en particular, con el objeto de mostrar las causas del grave problema no menor de incerteza que, a nuestro juicio, se origina como resultado de esta simbiosis entre Derecho Constitucional e Internacional. Además, y según se advertía, al menos hasta donde hemos podido investigar, lo anterior ha pasado prácticamente inadvertido para buena parte de la doctrina que aboga intensamente por esta situación.

Es necesario insistir que este grado de incerteza jurídica al que se alude se debe a que el material incorporado al bloque de constitucionalidad es, en realidad, *lo interpretado* por la Corte y no lo verdaderamente pactado por los Estados, todo lo cual hace que dicha incerteza sea enorme, e incluso tal vez inconmensurable. Ello, en atención a las dúctiles reglas exegéticas que ella emplea en dicha labor, al considerar que los Tratados de Derechos Humanos son “instrumentos vivos” y poseen un “sentido autónomo”, según se ha visto. Todo lo cual hace que la interpretación final resulte muy difícil, cuando no imposible, de prever. Esto hace tremendamente arduo y hasta utópico saber a qué atenerse por parte de los Estados –y también para sus ciudadanos–, no sólo al momento de juzgar dentro de sus territorios supuestas violaciones a los Derechos Humanos, sino de manera más profunda, respecto de su modo de actuar en el día de hoy, pues como se ha dicho, con este modo en que son interpretados los Derechos Humanos, existen limitadas o nulas posibilidades de saber si una conducta que hoy resulta lícita, podría llegar a ser violatoria de algún Derecho Humano en el futuro, a veces no tan lejano.

Pero además, lo anterior se agrava a nuestro juicio de manera inaceptable, en atención a la incorporación por vía interpretativa de un casi infinito material “extra-convención”, en virtud de uno de los usos que la Corte asigna al principio *pro homine*. Ello, al menos por tres razones. Primero, porque parece difícil, cuando no imposible, que los Estados hayan autorizado a la Corte Interamericana para incorporar a sus sentencias a su arbitrio, normas o disposiciones internacionales no vinculantes que ellos no han aceptado (y además, con eventuales efectos *erga omnes*, como pretende este tribunal). Segundo, porque no existe control sobre buena parte de la producción de este material extra-convención (sobre todo respecto del *soft law* internacional⁵⁵), sin perjuicio de su no obligatoriedad, que se superaría hipotéticamente gracias a una cuestionable “validación” que le estaría dan-

55 Fuenzalida Bascuñán, S. (2015). “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente del Derecho. Una revisión de la doctrina del ‘examen de convencionalidad’”, *ob. cit.*, 172, 173; Vogelfanger, A. D. (2015). “La creación de derecho por parte de los tribunales internacionales. El caso específico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *ob. cit.*, 257-261, 271 y 277-279; Cerda Dueñas, C. (2017). “La nota diplomática en el contexto del *soft law* y de las fuentes del Derecho Internacional”. *Revista de Derecho*. Valdivia. Vol. XXX, N° 2, 160-171.

do la Corte mediante su propia interpretación, al incorporarla a sus fallos. Y tercero, debido a que la Corte lo selecciona a su arbitrio, no existiendo manera de anticipar su modo de proceder. Por eso se señalaba que un país no tendría modo de saber si está o no violando Derechos Humanos con su actuación del día de hoy. Todo esto hace, así, que el grado de incerteza jurídica resulte evidente y hasta peligroso.

De ahí que si bien se ha dicho que con la incorporación de los Tratados de Derechos Humanos al bloque de constitucionalidad, los jueces nacionales debieran hacer esfuerzos para coordinar ambos órdenes normativos (el nacional y el internacional)⁵⁶, este último resulta extremadamente dúctil, cambiante e impredecible.

Más aún: en atención al cúmulo de normas y de disposiciones no vinculantes que posee, muchas de las cuales cambian constantemente y emanan de una multitud de organismos internacionales no relacionados ni jerarquizados entre sí, nos parece que existen serias dudas en cuanto a poder considerar al Derecho Internacional de los Derechos Humanos propiamente un “orden” de disposiciones y normas.

De esta manera, el bloque de constitucionalidad tendría una parte más “fija” (la establecida por la Carta Fundamental) y otra tremendamente maleable (la internacional), todo lo cual afectaría a la Constitución en su conjunto, pues resulta evidente que los Derechos Humanos consagrados o incorporados a ella la afectan en su globalidad.

Además, esta situación resultaría más compleja todavía, en el hipotético caso de que una Constitución estimara que las normas y jurisprudencia internacionales fueran de mayor jerarquía que ella misma, pues con cada nueva interpretación-modificación-incorporación, sea de tratados del Sistema Interamericano, sea de material extra-convención realizada por la Corte, en el fondo se estaría alterando la propia Carta Fundamental.

Con todo, a nuestro juicio los problemas no dejan de ser complejos igualmente en aquellos casos en que los Tratados de Derechos Humanos incorporados al bloque de constitucionalidad se consideren al mismo nivel de la Constitución, pues la evolución de estos tratados por vía interpretativa ocasionaría un cúmulo de antinomias en su seno de difícil solución, motivadas nuevamente por el modo de proceder de la Corte Interamericana.

56 Murillo Cruz, D. A. (2016). “La dialéctica entre el bloque de constitucionalidad y el bloque de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *ob. cit.*, 1-35; Contreras, P. (2014). “Control de convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Ius et Praxis*, Año 20, N° 2, 254 y 261-263; Sagüés, N. P. (2014). “Constitución convencionalizada”. En Ferrer Mac-Gregor, E.; Martínez Ramírez, F.; Figueroa Mejía, G. A. (Coords.). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, *ob. cit.*, 192.

De ahí que para evitar todos estos y otros posibles inconvenientes, creemos que al menos es imprescindible ubicar estos Tratados Internacionales en un nivel más bajo que el de la Constitución que los acoge.

Finalmente, para aquellos que consideran que el problema de la jerarquía normativa pasaría a segundo plano o incluso se encontraría superado (en razón de instar por la aplicación del principio *pro homine* y buscar así la norma que en la práctica mejor tutele los Derechos Humanos en juego gracias a esta protección “multinivel”), todo lo dicho hasta aquí no hace más que agravar la incerteza jurídica aludida. Ello, en atención a que la resolución de los casos de Derechos Humanos mediante la utilización del bloque de constitucionalidad, ampliado por normas y por disposiciones internacionales y, en el fondo, por las interpretaciones de la Corte Interamericana, terminaría siendo un asunto completamente casuístico, al depender de las circunstancias del caso concreto que se tenga entre manos y del criterio del juzgador nacional. Con lo cual, nuevamente se asiste a la imposibilidad de prever su decisión, sin perjuicio de que lo anterior podría abrir la puerta a toda clase de interpretaciones divergentes e incluso arbitrarias no sólo entre tribunales de diferentes países, sino también entre los nacionales.

Por último, debe recordarse que muchos autores señalan reiteradamente que la Corte es quien tiene la última palabra y supervigila la correcta aplicación de la Convención Americana y de su jurisprudencia (sobre todo de la mano de la doctrina del control de convencionalidad que ella ejerce), a fin de evitar que los Estados caigan en responsabilidad internacional⁵⁷. Sin embargo, el simple sentido común indica que resulta absolutamente imposible que este Tribunal Internacional pueda fiscalizar lo fallado por los miles y miles de jueces de los países que le han dado competencia⁵⁸, con lo cual la protección de los Derechos Humanos podría devenir en un auténtico caos.

57 García Pino, G. (2014). “Preguntas esenciales sobre el control de convencionalidad difuso aplicables a Chile”, ob. cit., 375-376; Sagüés, N. P. (2014). “Derechos constitucionales y Derechos Humanos. De la Constitución Nacional a la Constitución ‘convencionalizada’”. En Nogueira Alcalá, H. (Coord.). *La protección de los Derechos Humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, ob. cit., 18; Nogueira Alcalá, H. (2012). “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011”, ob. cit., 90.

58 Dulitzky, A. E. (2015). “An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights”, ob. cit., 48, 70-73 y 76; Dulitzky, A. E. (2014). “El impacto del control de convencionalidad. ¿Un cambio de paradigma en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos?”. En Rivera, J. C.; Elías, J. S.; Grosman, L., S.; Legarre, S. (Dir.). *Tratado de los Derechos Constitucionales*. Buenos Aires. Abeledo Perrott, 552-553 y 557. Sobre esto hemos tratado en Silva Abbott, M. (2016). “Control de convencionalidad interno y jueces locales: un planteamiento defectuoso”, ob. cit., 127-128; Silva Abbott, M. (2018). “The Inter-American Court of Human Rights, the Control of Conventionality Doctrine and the National Judicial Systems of Latin America”, ob. cit., 20-21.

4. Conclusión

El objetivo de este trabajo ha sido poner de manifiesto la notable incerteza jurídica que produce la incorporación de los tratados y de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos al bloque de constitucionalidad, en atención a las características de este último y al modo de funcionamiento que, a través de sus propias resoluciones, la Corte ha ido imprimiéndole o intentado imprimirle en nuestra región. Ello, porque lo que termina importando, a fin de cuentas, es *lo interpretado* por ella, no lo realmente pactado por los Estados, sin perjuicio del carácter “impuro” de dicha interpretación, al seleccionar este tribunal, de manera bastante discrecional, algunas de las normas y de las disposiciones internacionales no vinculantes que la inspiran, lo que aquí hemos llamado material “extraconvención”.

Además, hasta donde logramos percibir, estos y otros inconvenientes que no se mencionan aquí no se deben a un problema atribuible al funcionamiento de las propias Constituciones nacionales o de los ordenamientos jurídicos locales en su globalidad, sino al modo en que pretende funcionar y tener efectos el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al menos en el Sistema Interamericano.

De esta manera, y a pesar de las buenas intenciones de este modo de proceder, a nuestro juicio, ello podría generar una situación de disparidad de criterios muy difícil de controlar, al ser materialmente imposible para la Corte vigilarlo todo. Esto sin perjuicio de la notable incerteza en cuanto al contenido de las resoluciones que podrían dictar los jueces nacionales al momento de proteger los Derechos Humanos.

Lo anterior resulta más complejo aún en la actualidad, en atención al notable politeísmo valórico existente en nuestras sociedades. Ello no sólo hace problemático y también cuestionable que la Corte pretenda arrogarse monopólicamente “la última palabra” en cuanto a lo que es correcto y exigible a nivel global en nuestra región, sino también, porque el mismo fenómeno podría producirse en la labor de los jueces nacionales, al quedar entregada la solución que dicten a criterios tremendamente casuísticos, fomentando así un discutible activismo judicial.

Finalmente, todo lo dicho obliga a preguntarse dónde ha quedado el contenido original de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos inicialmente aceptados por los Estados, pues a fin de cuentas, lo que está ocurriendo es que ese contenido está siendo reemplazado por la interpretación de los mismos. De esta manera, el *pacta sunt servanda*, piedra angular del Derecho Internacional –incluido el dedicado a los Derechos Humanos–, resulta severamente lesionado.

Bibliografía

- Acosta Alvarado, Paola Andrea (2016). “Zombis vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno”. *Estudios Constitucionales*, Año 14, N° 1, 15-60.
- Aguilar Cavallo, Gonzalo (2016). “Los Derechos Humanos como límites a la democracia a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre, Vol. 43, N° 141, 337-365.
- Aguilar Cavallo, Gonzalo (2016). “Constitucionalismo global, control de convencionalidad y el derecho a huelga en Chile”. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI)*, Vol. 9, 113-166.
- Aguilar Cavallo, Gonzalo (2013). “Afinando las cuerdas’ de la especial articulación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Interno”. *Estudios Constitucionales*, Año 11, N° 1, 633-654.
- Aguilar Cavallo, Gonzalo (2012). “El Control De Convencionalidad de los derechos. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Chile en el caso denominado Episodio Rudy Cárcamo Ruiz de 24-5-2012”. *Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 2, 717-750.
- Amaya Villarreal, Álvaro Francisco (2005). “El principio *pro homine*: interpretación extensiva vs. el consentimiento del Estado”. *Internacional Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*. Pontificia Universidad Javeriana, N° 5, 337-380.
- Bazán, Víctor (2017). “Estado constitucional y convencional y protección de DERECHOS HUMANOS: Control de convencionalidad y diálogo interjurisdiccional”. *Revista Temas Socio Jurídicos*, Vol. 36, N° 72, 13-37.
- Bazán, Víctor (2012). “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”. En Bazán, Víctor; Nash, Claudio (Eds.). *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad 2011*. Santiago. Konrad Adenauer-Stiftung E. V., 17-55.
- Becerra Ramírez, José de Jesús; Miranda Camarena, Adrián Joaquín (2013). “El uso del canon internacional de los Derechos Humanos”. *Opinión Jurídica*, Vol. 12, N° 24, 17-34.
- Becerra Ramírez, Manuel (2009). “La jerarquía de los tratados en el orden jurídico interno. Una visión desde la perspectiva del Derecho Internacional”. En García Ramírez, Manuel; Castañeda Hernández, Mireya (Coords.). *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana*. México. Unam / Secretaría de Relaciones Exteriores Corte Interamericana de Derechos Humanos, 291-317.
- Benavides Casals, María Angélica (2015). “El efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Internacional Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N° 27, 141-166.
- Burgorgue-Larsen, Laurence (2014). “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional”. En Von Bogdandy, Armin; Fix-Fierro, Héctor; Morales Antoniazzi, Mariela (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*. México. Unam / Max-Planck-Institut Für Ausländisches / Öffentliches Recht Und Völkerrecht / Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 421-457.
- Caballero Ochoa, José Luis (2011). “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (art. 1° segundo párrafo de la Constitución)”. En Carbonell Sánchez, Miguel; Salazar Ugarte, Pedro (Coords.). *La reforma constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma*. México. Unam, 103-133.
- Cançado Trindade, Antonio A. (2006). *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
- Candia Falcón, Gonzalo (2015). “Derechos implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: una reflexión a la luz de la noción de Estado de Derecho”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, N° 3, 873-902.
- Carbonell, Miguel (s/f). “Introducción general al control de convencionalidad”. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf> (fecha de consulta: 14-5-2014), 67-95.
- Carvajal Martínez, Jorge Enrique; Guzmán Rincón, Andrés Mauricio (2017). “Las instituciones del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos: un análisis a sus procedimientos y orientación estratégica”. *Revista Republicana*, Núm. 22, 183-207.
- Castilla Juárez, Karlos (2011). “Un nuevo panorama constitucional para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en México”. *Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 2, 123-164.
- Castilla Juárez, Karlos (2011). “El control de convencionalidad; un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 593-624.
- Cerda Dueñas, Carlos (2017). “La nota diplomática en el contexto del *soft law* y de las fuentes del Derecho Internacional”. *Revista de Derecho*. Valdivia, Vol. XXX, N° 2, 159-179.
- Contesse, Jorge (2013). “¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Disponible en http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf (fecha de consulta: 13-10-2015), 1-31.
- Contreras, Pablo (2014). “Control de convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Ius et Praxis*, Año 20, N° 2, 235-274.
- Dulitzky, Ariel E. (2015). “An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights”. *Texas International Law Journal*, vol. 50, Issue 1, 45-93.
- Dulitzky, Ariel E. (2014). “El impacto del control de convencionalidad. ¿Un cambio de paradigma en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos?”. En Rivera, Julio César; Elías, José Sebastián; Grosman, Lucas Sebastián; Legarre, Santiago (Dir.). *Tratado de los Derechos Constitucionales*. Buenos Aires. Abeledo Perrott, 533-569.
- Escobar Fornos, Iván (2014). “La revolución de los Derechos Humanos”. En Eto Cruz, Gerardo (Coord.). *Treinta años de la Jurisdicción Constitucional en Perú*. Tomo II. Lima. Centro de Estudios Constitucionales, 1089-1120.

- Faúndez Ledesma, Héctor (2004). *El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. 3ª edición. San José. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2016). "El control de convencionalidad como un vehículo para el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales de América". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XXII, 337-356.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2015). "Conventionality Control. The New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights". En *Symposium: The Constitutionalization of International Law in Latin America, en American Journal of International Law (ASIL)*, Vol. 109, 93-99.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2013). "Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso *Gelman vs. Uruguay*)". *Estudios Constitucionales*, Año 11, Nº 2, 641-693.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2011). "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano". En Carbonell, Miguel; Salazar, Pedro (Coords.). *Derechos Humanos; un nuevo modelo constitucional*. México. Unam, 339-429.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2010). "El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional". Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf> (fecha de consulta: 11-3-2015), 151-188.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2010). "Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIV, núm. 131, 917-967.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Pelayo Möller, Carlos María (2017). *Las obligaciones generales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Deber de respeto, garantía y adecuación de Derecho Interno)*. México. Unam / Instituto de Investigaciones Jurídicas / Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Pelayo Möller, Carlos María (2012). "La obligación de 'respetar' y 'garantizar' los Derechos Humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana". *Estudios Constitucionales*, Año 10, Nº 2, 141-192.
- Fix Zamudio, Héctor (2007). "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En AA. VV. *Protección internacional de los Derechos Humanos*. Disponible en http://app.vlex.com/#vid/452375/graphical_version (Fecha de consulta: 9-10-2014), 37-76.
- Fuenzalida Bascuñán, Sergio (2015). "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente del Derecho. Una revisión de la doctrina del 'examen de convencionalidad'". *Revista de Derecho*. Valdivia, Vol. XXVIII, Nº 1, 171-192.
- Galdámez Zelada, Liliana (2007). "Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones". *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 34, Nº 3, 439-455.
- García Jaramillo, Leonardo (2016). "De la 'constitucionalización' a la 'convencionalización' del ordenamiento jurídico. La contribución a un *ius constitutionale commune*". *Revista Derecho del Estado*, Nº 36, 131-166.
- García Pino, Gonzalo (2014). "Preguntas esenciales sobre el control de convencionalidad difuso aplicables a Chile". En Nogueira Alcalá, Humberto (Coord.). *La protección de los Derechos Humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Santiago. Librotecnia, 355-379.
- García Ramírez, Sergio (2016). "Sobre el control de convencionalidad". *Pensamiento Constitucional*, Nº 22, 73-186.
- García Ramírez, Sergio (2015). "The Relationship between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems): Some Pertinent Questions". *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, Vol. 5 Issue 1, 115-151.
- García Ramírez, Sergio (2011). "El control judicial interno de convencionalidad". *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Año V, Nº 28, 123-159.
- García Ramírez, Sergio (2008). "Admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En García Ramírez, Sergio; Castañeda Hernández, Mireya (Coords.). *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana*. México. Unam / Secretaría de Relaciones Exteriores Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17-35.
- Gómez Robledo, Juan Manuel (2009). "La implementación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno: una tarea pendiente". En García Ramírez, Sergio; Castañeda Hernández, Mireya (coords.). *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y admisión de la competencia de la Corte Interamericana*. México. Unam / Secretaría de Relaciones Exteriores Corte Interamericana de Derechos Humanos, 127-150.
- Góngora Mena, Manuel (2014). "Diálogo policéntrico". En Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Martínez Ramírez, Fabiola y Figueroa Mejía, Giovanni A. (Coords.). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. 2ª edición. México. Unam, 593-596.
- Henríquez Viñas, Miriam Lorena (2014). "La polisemia del control de convencionalidad interno". *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 24, 113-341.
- Hitters, Juan Carlos (2013). "Un avance en el control de convencionalidad. (El efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana)". *Estudios Constitucionales*, Año 11, Nº 2, 695-710.
- Hitters, Juan Carlos (2009). "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)". *Estudios Constitucionales*, Año 7, Nº 2, 109-128.
- Hitters, Juan Carlos (2008). "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Nº 10, 131-156.

- Ibáñez Rivas, Juana María (2017). *Control de convencionalidad*. México. Unam / Instituto de Investigaciones Jurídicas / Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Ibáñez Rivas, Juana María (2012). "Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 8, 103-113.
- Ivanschitz Bourdeguer, Bárbara (2013). "Un estudio sobre el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Estado de Chile". *Estudios Constitucionales*, Año 11, N° 1, 275-332.
- Lovatón Palacios, David (2017). "Control de convencionalidad interamericano en sede nacional: una noción aún en construcción". *Revista Direito & Práxis*. Río de Janeiro, Vol. 8, N° 2, 1389-1418.
- Malarino, Ezequiel (2010). "Acercas de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de los Derechos Humanos para los tribunales judiciales nacionales". En Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo. Konrad-Adenauer-Stiftung e. V., 435-455.
- Martínez Lazcano, Alfonso Jaime (2017). "¿Derecho supranacional o Derecho convencional? Importancia de su determinación". *Revista Jurídica Valenciana*, Núm. 33, 31-47.
- Medina Quiroga, Cecilia (2009). "Los 40 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana". *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 5, 15-34.
- Meier García, Eduardo (2011). "Nacionalismo constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos". *Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 2, 329-376.
- Mora Méndez, Jorge Andrés (2012). "El control de convencionalidad: un replanteamiento de principios y fuentes del Derecho". *Revista Republicana*, Núm. 12, 217-237.
- Morales Antoniazzi, Mariela (2017). "Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune* de Derechos Humanos en América Latina". En Von Bogdandy, Armin; Morales Antoniazzi, Mariela; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*. México. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro / Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 417-456.
- Morales Antoniazzi, Mariela (2014). "El Estado abierto como objetivo del *Ius Constitutionale Commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En Von Bogdandy, Armin; Fix-Fierro, Héctor; Morales Antoniazzi, Mariela (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*. México. Unam / Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht / Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 265-299.
- Murillo Cruz, David Andrés (2016). "La dialéctica entre el bloque de constitucionalidad y el bloque de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos". *Revista de Derecho Público*. Colombia. Universidad de los Andes, N° 36, 1-35.
- Nash Rojas, Claudio; Núñez Donald, Constanza (2017). "Recepción formal y sustantiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: experiencias comparadas y el caso chileno". *Anuario Mexicano de Derecho Comparado*, Año XLX, núm. 148, 185-231.
- Nogueira Alcalá, Humberto (2013). "Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile". *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano*, Año XIX, Bogotá, 511-553.
- Nogueira Alcalá, Humberto (2013). "El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 10, Núm. 19, 221-270.
- Nogueira Alcalá, Humberto (2012). "El uso del Derecho convencional Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2010". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, N° 1, 149-187.
- Nogueira Alcalá, Humberto (2012). "Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011". *Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 2, 57-140.
- Nogueira Alcalá, Humberto (2012). "Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva serie, año XLV, núm. 135, 1167-1220.
- Paúl, Álvaro (2017). "The American Convention on Human Rights. Updated by the Inter-American Court. *Iuris Dictio*, 20, 53-87.
- Pereyra Zabala, Gastón (2011). "El control de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos". *Revista de Derecho*. Montevideo, N° 6, 155-176.
- Pérez Manrique, Ricardo C. (2016). "Control de convencionalidad. Análisis de jurisprudencia". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XXII, 409-420.
- Piovesan, Flavia (2014). "*Ius Constitutionale Commune* latinoamericano en Derechos Humanos e impacto del Sistema Interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos". En Von Bogdandy, Armin; Fix-Fierro, Héctor; Morales Antoniazzi, Mariela (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*. México. Unam / Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht / Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 61-81.
- Sagüés, Néstor (2016). "El control de convencionalidad en Argentina. ¿Ante las puertas de la 'Constitución Convencionalizada'?" En Pereira de Oliveira Duarte, Fabiane; Bittencourt da Cruz, Fabrício; Dal Maso Jardim, Tarciso (Coords.). *Controle de Convencionalidade*. Brasília. Conselho Nacional de Justiça, 107-121.
- Sagüés, Néstor (2015). "Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, en el control de convencionalidad". *Pensamiento Constitucional*, N° 20, 275-283.
- Sagüés, Néstor (2014). "Derechos constitucionales y Derechos Humanos. De la Constitución Nacional a la Constitución 'convencionalizada'". En Nogueira Alcalá,

- Humberto (Coord.). *La protección de los Derechos Humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Santiago. Librotecnia, 15-23.
- Sagüés, Néstor (2014). "Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad". *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba, Vol. 1, Nº 2, 23-32.
- Sagüés, Néstor (2014). "Constitución convencionalizada". En Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Martínez Ramírez, Fabiola; Figueroa Mejía, Giovanni A. (Coords.). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. 2ª edición. México. Unam, 190-192.
- Sagüés, Néstor (2014). "Control constructivo (positivo) de convencionalidad". En Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Martínez Ramírez, Fabiola; Figueroa Mejía, Giovanni A. (Coords.). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. 2ª edición. México. Unam, 222-224.
- Sagüés, Néstor (2010). "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad". *Estudios Constitucionales*, año 8, Nº 1, 117-136.
- Sagüés, Néstor (2009). "El 'control de convencionalidad', en particular sobre las Constituciones nacionales". *La Ley*, 19-2-2009, 1. Disponible en http://www.joseperezcorti.com.ar/Archivos/DC/Articulos/Sagues_Control_de_Convencionalidad_LL_2009.pdf (fecha de consulta: 6-3-2015), 1-7.
- Sagüés, Néstor (2003). "Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de Derechos Humanos. Experiencias en Latinoamérica". *Ius et Praxis*, Año 9, Nº 1, 205-221.
- Sagüés, Néstor (s/f a). "El 'control de convencionalidad' en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo". Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf> (fecha de consulta: 27-3-2014), 381-417.
- Sagüés, Néstor (s/f b). "El 'control de convencionalidad' como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano". Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/15.pdf> (fecha de consulta: 7-5-2014), 449-468.
- Santiago, Alfonso (2009). "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos: posibilidades, problemas y riesgos de un nuevo paradigma jurídico". *Persona y Derecho*, vol. 60, 91-130.
- Silva Abbott, Max (2018). "The Inter-American Court of Human Rights, the Control of Conventionality Doctrine and the National Judicial Systems of Latin America". *Ave Maria International Law Journal*, Vol. 7, 5-21.
- Silva Abbott, Max (2016). "Control de convencionalidad interno y jueces locales: un planteamiento defectuoso". *Estudios Constitucionales*, vol. 14, Nº 2, 105-125.
- Silva Abbott, Max (2012). "La creciente (y no controlada) influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en los ordenamientos internos". *Revista de Derecho, Criminología y Ciencias Penales*. Universidad San Sebastián, vol. 19, 75-98.
- Silva Abbott, Max; de Jesús Castaldi, Ligia (2016). "¿Se comporta la Corte Interamericana como tribunal (internacional)? Algunas reflexiones a propósito de la supervisión de cumplimiento del *Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica*". *Prudentia Iuris*. Universidad Católica Argentina, vol. 82, 19-58.
- Urrejola Noguera, Antonia (2013). "El Sistema Interamericano de Derechos Humanos: el debate sobre su fortalecimiento en el seno de la Organización de Estados Americanos". *Anuario de Derechos Humanos*, Nº 9, 205-214.
- Vásquez, Luis Daniel; Serrano, Sandra (2011). "Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica". En Carbonell, Miguel; Salazar, Pedro (Coords.). *La reforma constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma*. México. Unam, 135-165.
- Vio Grossi, Eduardo (2015). "Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿del control de convencionalidad a la supranacionalidad?". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XXI, 93-112.
- Vítolo, Alfredo (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'". *Pensamiento Constitucional*, Nº 18, 357-380.
- Vogelfanger, Alan Diego (2015). "La creación de derecho por parte de los tribunales internacionales. El caso específico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Pensar en Derecho*. Universidad de Buenos Aires, Nº 7, Año 4, 251-284.
- Von Bogdandy, Armin (2017). "*Ius constitutionale commune* en América Latina. Aclaración conceptual". En Von Bogdandy, Armin; Morales Antoniazzi, Mariela; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*. México. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro / Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 137-177.
- Von Bogdandy, Armin, et. al. (2017). "A manera de prefacio. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador". En Von Bogdandy, Armin; Morales Antoniazzi, Mariela; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*. México. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro / Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 17-51.

MITOS Y REALIDADES DEL PROCESO ACUSATORIO

Myths and Realities of the Accusatorial Process

Miti e realtà del processo di accusatorio

Carlos M. Romero Berdullas¹

Recibido: 7 de junio de 2018

Aprobado: 18 de junio de 2018

Resumen: El propósito de este artículo consiste en desentrañar si ciertas afirmaciones dogmáticas en torno al proceso acusatorio constituyen un mito o una realidad. Para tal fin, el autor analiza los diversos aspectos que la doctrina moderna suele emparentar con los procesos de cuño acusatorio, como por ejemplo: una contraposición o relativización respecto a la búsqueda de la verdad, un necesario ensamble con el binomio desformalización - oralidad, la asimilación de todo proceso acusatorio con un proceso imperado por la racionalidad y su identificación con el principio de oportunidad.

Palabras claves: Proceso - Acusatorio - Verdad - Racional - Oportunidad - Mito.

Summary: The purpose of this article is to unravel if certain dogmatic statements about the accusatory process are a myth or a reality. For this purpose, the author analyzes the various aspects that modern doctrine tends to relate to accusatory processes, such as: a contrast or relativization with regard to the search for truth, a necessary combination with the binomial deformalization - orality, assimilation of any accusatory process with

¹ Secretario de Cámara de la Fiscalía General Adjunta en lo Penal, Contravencional y de Faltas del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Especialista en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica Argentina. Correo: romeroberdullascm@yahoo.com.ar.

a process governed by rationality and its identification with the principle of opportunity.

Keywords: Process - Accusatory - Truth - Rational - Opportunity - Myth.

Sommario: Lo scopo di questo articolo è quello di scoprire se alcune affermazioni dogmatiche sul processo accusatorio costituiscono un mito o una realtà. A tale scopo, l'autore analizza i vari aspetti che la dottrina moderna tende a mettere in relazione con i processi accusatori, quali: contrasto o relativizzazione rispetto alla ricerca della verità, una combinazione necessaria con il binomio informalità - oralità, assimilazione di qualsiasi processo accusatorio con un processo governato dalla razionalità e la sua identificazione con il principio di opportunità.

Parole chiave: Processo - Accusativo - Verità - Razionale - Opportunità - Mito.

Para citar este texto:
Romero Berdullas, C. M. (2018). "Mitos y realidades del proceso acusatorio", *Prudentia Iuris*, N° 86, pp. 133-167.

1. Introducción

Si aguzamos nuestra mirada sobre los Códigos Procesales vigentes en nuestro país se observa un guiño hacia procesos acusatorios², relacionado a una reforma propulsada por la literatura reformista que se proyecta en el Código Procesal Penal de la Nación aprobado por Ley Nacional N° 27.063, mas luego suspendido *sine die*.

Motiva este artículo la necesidad de despejar cierta perplejidad evidenciada recientemente en un auditorio, cuando al disertar sobre este *trending topic*³ conté con la posibilidad de preguntar cuáles son los elementos definitorios de un proceso de cuño acusatorio. La cuestión es que las dudas,

² Cfr. Códigos Procesales Penales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las Provincias de Buenos Aires, Córdoba, Chubut, Mendoza, Salta, La Pampa, Santa Fe, Neuquén, Río Negro, Chaco, Catamarca, Tucumán, Entre Ríos y Santiago del Estero. En cambio, en la Provincia de Misiones aún rige un Código Procesal mixto.

³ El 4 y 5 de agosto de 2017, en el marco de la carrera de especialización en Derecho Penal y el curso de "modelo adversarial en los nuevos procesos penales", organizados por la prestigiosa Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata.

opiniones y confusiones corroboradas al plantear este interrogante desnudaron una vacuidad de certeza sobre este asunto, exorbitante al alumnado.

En clave con ello, el *quid* de esta faena investigativa consistiría precisamente en escrutar con acribia si determinados postulados generalmente hermanados por la doctrina al proceso acusatorio hacen o no a su definición. Sencillamente, el propósito de este trabajo es determinar si algunas características habitualmente ligadas como intrínsecas al modelo acusatorio, hacen o no a su esencia. Por tanto, nuestro objetivo será distinguir la paja del trigo, en aras de superar posibles errores suscitados en torno a un proceso acusatorio, que hace las veces de talismán, pues en variopintas oportunidades se le atribuyen aspectos ajenos a su carácter definitorio.

La importancia de este quehacer se asume por cuanto si se afirma que el proceso constitucional acusatorio es el *hashtag* más representativo de la expresión constitucional, la inclusión o no de determinados aspectos dentro de este concepto se vuelve determinante en el plano procesal.

A tenor de lo expresado, el itinerario que nos proponemos recorrer partirá inexorablemente de los caracteres definitorios del proceso acusatorio; y una vez conquistada esta desiderata intentaremos ordenar el movimiento de la razón para discurrir e inferir conclusiones respecto a si el proceso acusatorio antagoniza con la búsqueda de la verdad, si le es ínsita la desformalización u oralidad, si resulta *per se* más civilizado; y finalmente, si se identifica o no con el llamado principio de oportunidad.

2. Caracteres definitorios de un proceso acusatorio

En traza de lograr el propósito de nuestra investigación, un primer interrogante que debemos formularnos es: ¿cuáles constituyen los caracteres definitorios de un proceso de cuño acusatorio?

Repárese que no aludimos a un proceso "adversarial", sino a un proceso "acusatorio". No es en vano la aclaración, por cuanto la literatura reformista suele referirse a procesos adversariales al tratar el proceso acusatorio. Lo cierto es que la palabra adversarial no existe en el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española⁴, ni el diccionario del español jurídico de la misma institución⁵. De modo que se advierte cierta incorrección generalizada al aludir a procesos adversariales como sinónimo de procesos acusatorios, yerro originado en una deformación de la palabra foránea *adversary*, que es utilizada en países ajenos a nuestra tradición histórica, en

⁴ Cfr. Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española. 23ª ed. Madrid, octubre de 2014.

⁵ Obra presentada en la Real Academia Española el 27 de abril de 2016.

donde precisamente se sustancian los *adversary process*. Al respecto, cabe destacar que, en realidad, el término *adversary* se relaciona a la contradicción e intereses adversos de las partes en los *adversary process* desarrollados en Estados Unidos. Por consiguiente, esto evidencia la trascendencia de sortear una factible confusión provocada por la desvirtuación e importación de palabras extranjeras, lo que fácilmente se puede subsanar mediante un uso apropiado de nuestra lengua. Es decir, refiriéndose a un proceso acusatorio cuando se pretende aludir a esta clase de procesos; o mencionando la palabra contradicción, si se procura explicitar el carácter agonal de la contienda equilibrada entre las partes acerca de las diferentes variables a mensurar por el juez⁶.

Efectuada esta digresión de carácter propedéutico, podemos comenzar a ensayar un *respondeo* a nuestro *ultrum* o planteo de la cuestión sobre los caracteres definitorios de un proceso acusatorio. Si bien la respuesta a esta pregunta ya ha sido develada en anteriores publicaciones⁷, ineluctablemente debemos hacer un breve repaso de las conclusiones allí alcanzadas, pues de no obtener un recto discernimiento de esta primera cuestión, los intentos apurados para disipar posibles confusiones originadas en derredor a los confines conceptuales de este esquema procesal se hallarán condenados de antemano a la futilidad.

Al respecto, vale destacar lo manifestado por Maier, quien al distinguir entre un sistema acusatorio y un modelo inquisitivo, explicita que la característica fundamental de éste “reside en la concentración del poder procesal en una única mano [...], a semejanza de la reunión de los poderes de la soberanía (administrar, legislar y juzgar) en una única persona [...]”; y concluye su “[...] extrema oposición con el sistema acusatorio”, pues “[...] el poder de perseguir penalmente se confunde [...] con el de juzgar [...]”⁸. De ahí que según la doctrina mayoritaria, la esencia del enjuiciamiento acusatorio radicaría en una división de poderes ejercidos en el proceso, congruente con un sistema republicano de gobierno⁹.

6 Sobre contradicción véase Romero Berdullas, C. M. (2016). “Proceso penal en clave republicana: salvaguarda constitucional contra los analogados del cesarismo”. En AA. VV. *Prudentia Iuris*, n° 82. Buenos Aires. EDUCA, 79-106.

7 Romero Berdullas, C. M. (2016). Ob. cit.; Romero Berdullas, C. M. (2015). “#Proceso Acusatorio: ¿Hashtag Constitucional?”. En AA. VV. *Forum* III. Buenos Aires. EDUCA, 57-110; y Gamboa, A. - Romero Berdullas, C. M. (2014). *Proceso Constitucional Acusatorio*. Buenos Aires. Ad-Hoc.

8 Cfr. Maier, J. B. J. (2004). *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*. 2ª edición. Buenos Aires. Editores del Puerto, 447.

9 Entre otros, cfr. Vélez Mariconde, A. (1969). *Derecho Procesal Penal*. T. I. 2ª edición. Buenos Aires. Lerner, caps. I-III; Maier, J. B. J. Ob. cit., 444; Bovino, A. (2007). *Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo*. 1ª edición. Buenos Aires. Editores del Puerto, 21; Rus-

Por su parte, en “Llerena”¹⁰, la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹¹ también explica: “La separación de juez y acusador es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás”.

Más aún, el máximo tribunal añade: “Existe una idea generalizada en torno a que la persona que investigó no puede decidir el caso, toda vez que esta acumulación de funciones no sólo se contraponen al principio republicano de división de poderes –expresado en el principio acusatorio–, sino porque puede generar en el imputado dudas razonables acerca de la posición de neutralidad de quien lo va a juzgar en el caso, luego de haber recopilado e interpretado prueba en su contra para procesarlo primero y elevar la causa a juicio después”¹².

De ahí que sentencia la máxima instancia jurisdiccional de nuestro país: “La garantía de imparcialidad del juez es uno de los pilares en que se apoya nuestro sistema de enjuiciamiento, ya que es una manifestación directa del principio acusatorio y de las garantías de defensa en juicio y debido proceso, en su vinculación con las pautas de organización judicial del Estado”¹³.

Lo expuesto permite espigar, entonces, cómo la división de funciones que facilita la imparcialidad del juzgador¹⁴ se erige en piedra miliar de un proceso acusatorio. De hecho, la vertebración de un modelo procesal con estas características es evidenciada por la CSJN en “Quiroga”¹⁵, al esgrimir: “Aun cuando se pueda sostener que los fiscales cumplen, materialmente,

coní, M. (1991). “División de Poderes en el Proceso Penal”. *La Ley*, t. 1991-D, Buenos Aires, 1130 y sigs.; Romero Berdullas, C. M. (2016). “Proceso penal en clave republicana...”. Ob. cit., 79-106; Romero Berdullas, C. M. (2015). “#Proceso Acusatorio...”. Ob. cit., pp. 57-110; Gamboa, A. - Romero Berdullas, C. M. *Proceso Constitucional Acusatorio*. Ob. cit. y Gamboa, A. - Romero Berdullas, C. M. (2015). *Planteos actuales de la Política Criminal*. Buenos Aires. Ad-Hoc.

10 “Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones - arts. 104 y 89 del Código Penal –causa N° 3221–”. L. 486. XXXVI. 17-5-2005, *Fallos*: 328:1491.

11 En adelante, la CSJN.

12 Ídem.

13 Ídem.

14 Las acepciones suministradas por la Real Academia Española del término *imparcial* son las siguientes: “1. adj. Que juzga o procede con imparcialidad. Juez imparcial. U. t. c. s. 2. adj. Que incluye o denota imparcialidad. Historia imparcial. 3. adj. Que no se adhiere a ningún partido o no entra en ninguna parcialidad. U. t. c.”. Por su parte, el significado dado respecto al término *imparcialidad* es el siguiente: “1. f. Falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”. Sobre la imparcialidad objetiva y subjetiva nos remitimos a lo tratado en Romero Berdullas, C. M. (2015). “#Proceso Acusatorio...”. Ob. cit., 57-110; y a los fallos de la CSJN ya citados.

15 “Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa N° 4302”. Q. 162. XXXVIII, 23-12-2004, *Fallos*: 327:5863.

una función judicial, en tanto, al igual que los jueces, aspiran a que el proceso finalice con una sentencia justa, lo hacen desde posiciones procesales diversas, y el ejercicio efectivo de la misión que a cada uno de ellos le compete se excluye recíprocamente: ni el fiscal puede juzgar ni el juez puede acusar; de otro modo, durante la instrucción el imputado debe defenderse no sólo de quien lo acusa, sino de quien decide, y de quien debería poder esperar independencia de criterio”.

A partir de la *disputatio* universitaria y la máxima republicana *in utramque partem, audi alteram partem*, encarnados por los preclaros Platón, Aristóteles, Cicerón y Santo Tomás de Aquino¹⁶, hemos ofrecido oportunamente argumentos cristalinos para rubricar que el proceso acusatorio es el *hashtag* más representativo de la expresión constitucional¹⁷. Así pues, se ha reparado en la significancia de distinguir las funciones persecutorias-decisionarias en órganos diferentes, con el objeto de proyectar en el proceso las garantías orgánicas de la división de poderes, el sistema de frenos-contrapesos y el paradigma de no autocontrol consagrados en nuestra Constitución Política¹⁸, que si bien se los suele ligar a pensadores modernos como Montesquieu¹⁹, en rigor de verdad no constituye novedad alguna, pues otrora ya fueron acuñados implícitamente en la concepción de un ejercicio equilibrado del poder enseñado por la tradición, a través de egregios exponentes, tales como Aristóteles, Cicerón y el Aquinate²⁰.

Al mismo tiempo, se ha advertido la importancia de afianzar esta distinción de funciones en el proceso y el derecho de toda persona a ser oída por un juez imparcial²¹, postulados ya pasibles de rastrearse en el perenne

16 Este dogma metodológico se evidencia en Platón (2001). *Diálogos*. Madrid. LIBSA. Edición especial para Editorial El Ateneo; Aristóteles (2001). *Ética a Nicómano*. Madrid. LIBSA. Edición especial para Editorial El Ateneo; Cicerón, M. T. (2001). *Sobre los Deberes*, L. III, tratado especial, 97-115. Alianza; y Santo Tomás de Aquino (2001). *Suma de Teología*. Madrid. BAC.

17 Cfr. Romero Berdullas, C. M. (2015). “#Proceso Acusatorio...”. Ob. cit., 57-110; Gamboa, A. - Romero Berdullas, C. M. *Proceso Constitucional Acusatorio*. Ob. cit.; y Gamboa, A. - Romero Berdullas, C. M. (2015). *Planteos actuales de la Política Criminal*. Ob. cit.

18 El proceso acusatorio también es una proyección del juicio político del presidente, vicepresidente, jefe de gabinete de ministros e integrantes de la CSJN (arts. 53 y 59 de la CN); y el proceso de destitución de magistrados de la nación (arts. 114, inc. 5° y 115 de la CN).

19 Cfr. Montesquieu (1906). *El Espíritu de las Leyes*. L. V, cap. XIV. Madrid. Librería General de Victoriano Suárez.

20 Cfr. Aristóteles (2014). *Política*. Buenos Aires. Alianza; Cicerón, M. T. (1982). “Sobre la República”. En *Obras Políticas*. Madrid. Gredos; y Santo Tomás de Aquino (2016). *El Gobernante Cristiano. (De regimine principum ad regem Cypri)*. Córdoba. Athanasius.

21 La significancia de que el juzgador sea imparcial puede columbrarse en la mitología griega. Ejemplifica esto el caso de Orestes, quien fue defendido por Apolo, acusado por una de las Erinias y juzgado por un tribunal imparcial (léase Areópago). De igual forma, Zeus sometió

magisterio del Doctor Angélico²², hoy implícitos en el art. 18 de nuestra Constitución Nacional²³ y expresamente consagrados en los tratados internacionales con jerarquía constitucional²⁴.

3. ¿Proceso acusatorio vs. búsqueda de la verdad?

Respondida esta primera cuestión, vale interrogarse si el proceso acusatorio traduce cierta contradicción con la denominada búsqueda de la verdad real, pues la literatura reformista suele relativizar el valor de la verdad²⁵, demonizar la indagación de la verdad histórica e identificarla con los sistemas inquisitivos²⁶.

la disputa de Ática entre el belicoso Poseidón y la dócil Atenea a un tercero imparcial; y apartó de la *litis* originada sobre la soberanía de Argólide entre Hera y la deidad del tridente a los dioses olímpicos, ya que el análogo de Neptuno denunció sus prejuicios contra él [cfr. Graves, Robert (1985). *Los mitos griegos*. Colección de Biblioteca Personal Jorge Luis Borges. Buenos Aires. Hyspamerica Ediciones S.A.].

También Sócrates alerta sobre la inconveniencia de ser juzgado por quienes poseían una predisposición a fallar en su contra (parcialidad); y los escollos entrañados en la homérica faena de desvirtuar ideas preconcebidas en los magistrados acerca de su culpabilidad (cfr. Platón. “Apología de Sócrates”. En *Diálogos*. Ob. cit., 27).

22 Santo Tomás de Aquino enseña que “el juez no debe condenar sin que haya acusador [...]” [Santo Tomás de Aquino (1998). *Suma de Teología*, II-II (a). Madrid. BAC, q. 67 a.3.] y “No es costumbre entre los romanos condenar a un hombre sin que el acusado tenga presentes a sus acusadores y sin darle ocasión de defensa, para justificarse de los delitos que se le imputan (*Hech.* 25, 16)” (ídem). Así, el faro de la fecunda obra del Doctor Angélico nos ayuda a discernir que el juez no puede sentenciar sin acusador, por cuanto la justicia se da respecto del otro y no de uno mismo. Por lo que una concepción tomista de un juicio justo explicita la necesidad del juicio de un tercero imparcial entre dos partes.

Esto denota que la máxima consistente en que la manifestación de interés acusatorio en el juez lo transforma en adversario del acusado sostenida por Beccaria, exponente del pensamiento moderno, tampoco trajo novedad alguna al respecto [cfr. Beccaria, C. (2002). *De los delitos y las penas*, caps. III y XVII. Buenos Aires. Losada].

23 La CSJN dejó patente: “El derecho a ser juzgado por los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa (art. 18, Constitución Nacional) debe ser entendido como sujeto a la garantía de imparcialidad, reconocida como garantía implícita de la forma republicana de gobierno y derivada del principio acusatorio, sin restricción alguna en cuanto al mayor o menor avance de las etapas procesales” (cfr. “Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa N° 4302”. Q. 162. XXXVIII, 23-12-2004, *Fallos*: 327:5863).

24 Cfr. la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XXVI), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.1), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8.1) y la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 10).

25 Cfr. Binder, A. M. (2004). *Justicia Penal y Estado de Derecho*. Buenos Aires. Ad-Hoc, 70.

26 Entre otros, *vide in extenso* Bovino, A. (1993). *La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos*, trabajo realizado a raíz de la Ponencia presentada al V Con-

Hallar una respuesta a este interrogante es clave, dado que en la actualidad se suele ensamblar el proceso acusatorio con una verdad consensuada y procesal hermanada a la resolución de los redefinidos como “conflictos” por la doctrina abolicionista. A lo que cabe añadir cierta tendencia a negar la existencia de la verdad o sentenciar como pretenciosa la aspiración de alcanzar una resolución acorde a la misma.

Tal vez un buen punto de partida sea dejar sentado que todo relativista (léase quien niega la existencia de verdades objetivas) o escéptico (o sea, quien rechaza la posibilidad de conocer algo con certeza) se encuentran encerrados en una aporía imposible de sortear. Por cierto, el hecho es que al afirmarse la inexistencia de la verdad, implícitamente se reconoce su existencia, pues de lo contrario no podría predicarse verdad alguna sobre aquella afirmación.

La contradicción e inepticia se evidencia si se afirma que todo es relativo, pues así se erige a verdad de verdades el lema de “todo es relativo”. A la vez, si se asevera la imposibilidad de conocer algo con certeza también se incurre en una contradicción, por cuanto al aplicar nuestro entendimiento a resolver este problema; admitimos implícitamente la capacidad de la mente para conocer. En otras palabras, al afirmar la incapacidad de conocer algo con certeza, suponemos el conocimiento de algo como verdadero.

Hecha esta aclaración introductoria, ha de precisarse que la verdad es la reproducción fidedigna de la realidad objetiva. La filosofía clásica distingue entre verdad ontológica (verdad de las cosas mismas) y verdad lógica (adecuación de la inteligencia humana con la realidad)²⁷. “Si estoy ante una piedra y digo que es una piedra, acierto, porque digo lo que la cosa es. Si la piedra determina el acto de mi entendimiento, hay verdad. El objeto determina al sujeto”²⁸. En palabras de Sacheri, “el conocimiento es verdadero en

greso Latinoamericano Universitario de Derecho Penal y Criminología, celebrado en Santiago, Chile, 12 al 15 de mayo, 1993, fecha de consulta: 13-7-2016, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2006/05/doctrina30779.pdf>.

27 Cfr. Repetto, A. (2007). *El acto culpable: el dolo y la culpa como sus formas*. Buenos Aires. Cathedra Jurídica, 47-49.

28 Hernández, H. (2017). *Inseguridad y garantismo abolicionista*. Buenos Aires. Cathedra Jurídica, 321-322. Aquí debemos distanciarnos de las falacias de un idealismo negador de la cognoscibilidad de realidades fuera de la inmanencia cognitiva, que además sostiene que el pensamiento determina el ser. En cambio, junto al pensamiento clásico y la filosofía del sentido común, ha de reafirmarse el realismo, que prueba con evidencia inmediata cómo el ser determina al pensamiento, pues al conocer el hombre ve, capta o aprehende una realidad trascendente a la inmanencia del conocimiento humano, pues lo existente no es obra de mi conciencia. Para mayor ilustración léase *in extenso* Sacheri, C. (2016). *Filosofía e Historia de las Ideas Filosóficas*, Mendoza, Escipión; Hernández, H. Ob. cit., cap. 38; Repetto, A. Ob. cit., 46-47.

la medida en que la idea que yo me formo de la realidad coincide con lo que la realidad es”²⁹.

Se enfatiza en esto, ya que los deberes éticos se fundan justamente en la realidad, es decir, en el ser de las cosas. Por ello es imprescindible conocer la verdad de las cosas, en donde se manifiesta lo que “es”. Esto es así, dado que para hacer el bien, una premisa fundamental es conocer verdaderamente la realidad³⁰. *Contrario sensu*, si se rechaza lo real y actúa con una mirada no adecuada a lo que las cosas son, simplemente por una contradicción óntico-lógica, se hará el mal³¹. Y aquí vale hacer una observación esencial, la realidad es independiente de nuestra voluntad, intención, valores, ideologías, pensamientos³² o mayorías³³. Por tanto, la verdad no puede negociarse; y de ahí la incorrección de aludir a una justicia o verdad negociadas. Es que la verdad y la justicia no son convenciones humanas. Para ser justo, necesariamente debemos relacionarnos con lo real en forma objetiva; de lo contrario, no podremos adecuar nuestro obrar a lo que las cosas son.

Pieper explica esto con brillantez y lo define como una justicia con el ser, alcanzable en la medida en que el hombre se deje determinar objetivamente sólo por la realidad (*docilitas*) y no busque co-determinar el conocimiento queriendo que algo sea, no sea o sea otra cosa diferente de lo que es, echando así a perder cualquier pretensión de obrar prudente, justo y bueno³⁴. Es que la medida de lo moral lo determina la prudencia (madre de las virtudes cardinales), que primero necesariamente debe conocer la realidad objetiva de las cosas para poder concluir lo que es bueno³⁵ para el hombre al ajustarse a su naturaleza y el bien común político de la comunidad.

En lo que aquí concierne, puntualmente en el caso del proceso penal, nos topamos con un “movimiento dialéctico de comparación y controversia racional”³⁶ ordenado a un fin que es “dar a cada uno lo suyo” (léase absolver al inocente y “dar a quien delinque su pena”). De ahí que la justicia es el fin

29 Sacheri, C. (2016). *Filosofía e Historia de las Ideas Filosóficas*. Ob. cit., 49.

30 Romero Berdullas, C. M. (2013). *Educación desde los santos*. Buenos Aires, edición de autor, 55.

31 Cfr. Pieper, J. (2009). *La realidad y el bien. La verdad de las cosas*. Buenos Aires. Librería Córdoba, 11-13.

32 Ídem.

33 Con buen tino, el maestro Hernández explica que la verdad del bien no la determina el criterio prevaleciente de una sociedad dada, baremo del relativismo sociológico [cfr. Hernández, H. Ob. cit., 321-322].

34 Pieper, J. Ob. cit., 39.

35 Ibídem, cap. II.

36 Definición brindada por Miguel J. R. de Lezica en Lezica, M. J. R. de (2017, 24 de julio). “Elementos del proceso penal en Santo Tomás de Aquino”. *El Derecho, diario de doctrina y jurisprudencia de Filosofía del Derecho*. Buenos Aires, N° 14.229, año LI, ED 273, pp. 10-11.

y principio³⁷ práctico cognoscitivo al cual deben tender los quehaceres del juez³⁸. Por consiguiente, como para “dar a cada uno lo suyo” es necesario conocer qué es lo que corresponde a cada uno en la realidad, el juez debe basarse en la verdad de lo acontecido y del derecho. De lo contrario, no sabrá qué es lo suyo de cada uno y no podrá obrar la justicia, pues ésta presupone un juicio de conformidad con la realidad y el bien³⁹.

Ha de ponerse ahínco, entonces, en esa necesidad de alcanzar la verdad. Una verdad a secas, que no es real ni formal, pues la verdad sobre lo acontecido es una. Por lo que es redundante aludir a una verdad real; e incorrecto referirse a una verdad procesal divergente de la real, pues si difiere de lo que las cosas son, en definitiva no es verdad⁴⁰. Simplificando, o X es inocente o X es culpable del delito investigado. La verdad sobre esto es una; y el juicio será justo, en la medida en que los enunciados “X es inocente” o “X es culpable” se ajusten a la realidad, es decir, a la inocencia o culpabilidad de X.

Vale notar, sin embargo, que en el proceso sólo se puede alcanzar una certeza adecuada a los asuntos humanos, pues al recaer en la dialéctica el razonamiento sobre cosas plausibles, sólo puede obtenerse un grado de certeza ajustado a la materia en la cual discurrimos (el ámbito de la deliberación de los asuntos morales o jurídicos). En consecuencia, arribaremos a una certeza probable o no necesaria, a diferencia de las matemáticas o metafísica, en donde sí se puede aferrar certeza apodíctica⁴¹. De modo que “[...] se puede arribar a una certeza práctica, a una certeza probable, sobre el modo [...] en que ocurrieron los hechos, a una certeza moral, que no es absoluta pero que ‘excluya toda duda razonable y sería sobre el acto externo y la culpabilidad interna’”⁴².

A esto ha de sumarse que no se desconocen las posibles limitaciones o dificultades del conocimiento en un proceso penal⁴³, pero a la vez ha de resaltarse que *el no conocerlo todo de algo no supone que no sepamos nada de nada*⁴⁴, tal como rubricaría el escepticismo total.

37 Siguiendo a Aristóteles, podemos afirmar que principio es aquello de lo que algo proviene, ya sea en el orden del ser, obrar o conocer [cfr. Aristóteles (1994). *Metafísica*. Madrid. Gredos, L. V, cap. I]. Del fin, en tanto primera de las causas, depende todo el orden práctico. Por tanto, la enunciación gnoseológica del fin sería el principio.

38 Se sigue de cerca el fecundo magisterio de Hernández, H. (2010). *Ser abogados. Lecciones de Ética profesional jurídica*, vol. II, “La justicia encarnada (ética del juez)”, inédito.

39 Seguimos de cerca las lecciones del maestro Hernández en ob. cit. *ut. supra*.

40 Aquí se trata de sentar la invalidez del distingo entre verdad real y verdad procesal o formal.

41 Cfr. Repetto, A. Ob. cit., 35-36.

42 Ídem.

43 Desde luego, si bien el juez puede conocer lo acontecido y arribar a la verdad de las cosas, no se puede obviar que también puede no alcanzar ese cometido.

44 Cfr. Sacheri, C. Ob. cit., 49.

De todo esto ha de inferirse que, sea cual fuere el modelo procesal implementado (léase inquisitivo o acusatorio), en el proceso penal urge conocer la verdad acerca de la realidad, pues sólo puede administrar con justicia quien sabe cómo es cada situación concreta. De lo contrario, sin ajustar el querer y el obrar al conocimiento de la realidad objetiva no puede aludirse a una realización del bien consecuente de un actuar prudente.

Por consiguiente, no debe confundirse la vital importancia de la búsqueda de la verdad con el apelar a cualquier medio probatorio para acercarse a ésta. De ahí que deba evitarse minusvalorar la indagación de la verdad, como consecuencia de una extralimitación en el análisis crítico de los medios intrínsecamente malos que se hayan utilizado o puedan usarse en pos de ese fin⁴⁵, ya sea en procesos inquisitivos o acusatorios.

En este sentido, la significancia conferida a los medios racionales encaminados a garantizar el debido proceso, el derecho de defensa y la vigencia del postulado “el fin no justifica los medios”, no debe confundirse con una loa del desistimiento a develar lo verdadero o un encomio al mal arte de renunciar a la verdad, pues de una cosa no se sigue la otra.

Todavía más, no podemos obviar que la verdad es una garantía de las víctimas y la comunidad política, ya que posibilita ese dar a quien delinque su pena (acto de justicia ordenado al bien común político); como también es garantía de los imputados, ante potenciales privaciones arbitrarias de la libertad, pasibles de configurarse frente a la dictadura del relativismo de la verdad⁴⁶. Por ello es que, tal como lo explica Marta Albert: “El mejor antídoto para luchar contra el absolutismo jurídico es la afirmación de la existencia de la verdad y los valores absolutos”⁴⁷. A la luz de lo enhebrado, en consonancia con el pensamiento clásico y la doctrina tradicional del penalismo, tan sólo basta reiterar, entonces, que el fin del proceso penal es “dar a cada uno lo suyo”, cualquiera sea la clase de proceso escogido. De modo que el hallazgo de la verdad es un presupuesto de esa justicia que se procura administrar en ambos andamiajes procesales

45 En este sentido *vide* Guzmán, N. (2006). *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*. Buenos Aires. Editores del Puerto, 31-32.

46 En este relativismo de la verdad se desarrolla el genocidio de los más indefensos a través de la impunidad del delito de aborto; e impone dictatorialmente una ideología de género no acorde a la verdad de las cosas, con indudables puntos de contacto con ese idealismo que pretende determinar con el pensamiento y antojo del hombre al “ser”, riñendo así con el sentido común [cfr. Romero Berdullas, C. M. (2016). “Derecho Penal líquido: derrame de la expresión constitucional”. *Forum 4*. Anuario del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina. Buenos Aires. Educa, 119-182].

47 Albert, M. (2009). “Relativismo ético, ¿absolutismo jurídico?” En vol. *Relativismo ético y derecho de Persona y Derecho*. Universidad de Navarra, n° 69, 51, disponible en <https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/17712/1/51917929.pdf> (fecha de consulta: 19-6-2018).

(inquisitivo o acusatorio) y puede traducirse con la fórmula:

Proceso inquisitivo o acusatorio → búsqueda de la verdad → dar a cada uno lo suyo

Por lo demás, no se ignora que en la actualidad parte de la doctrina, los Códigos Procesales⁴⁸ y otras normas⁴⁹ explicitan que el fin del proceso es la solución pacífica de los “conflictos”, novedad habitualmente ligada por los reformistas al proceso acusatorio, pero que en rigor de verdad anida en las ideas seminales del denominado pioneramente por Hernández como “garantismo abolicionista”⁵⁰.

Se vuelve, así, evidente que este no es un aspecto del proceso acusatorio (división de funciones procesales), sino más bien engloba una discusión de otro carácter entre los amigos del buen mirar, o sea, los defensores del Derecho Penal y de ese “dar a cada uno lo suyo” que debe efectivizarse en vistas del bien común político; y una confesa estrategia del abolicionismo para reemplazar la utilización del término “delito” por “conflicto”⁵¹, en traza de instaurar un lenguaje de barricada contra el sistema penal⁵², que en definitiva es un recurso táctico más –en ese desandar del *unfinished* de Mathiesen⁵³.

48 Cfr. Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (arts. 91, 199, inc. h; 204 y 206) y Código Procesal Penal de la Nación aprobado mediante Ley N° 27.063 (arts. 12, 22) y suspendido por Decreto PEN N° 257/2015. Vale añadir, que en ambos Códigos, al tratar la competencia de los magistrados para intervenir en los hechos, no se alude a “delitos”, sino que a “conflictos” (*vide* art. 18 del CPPCABA; como también arts. 48 y 53 del suspendido CPPN).

49 La Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal de la Nación alude al principio de gestión de los conflictos, consistente en procurar “la solución de los conflictos con la finalidad de restablecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social” (art. 9°, inc. e, Ley N° 27.148).

50 Cfr. *in extenso* Hernández, H. H. (2013). *El garantismo abolicionista*. Buenos Aires. Marcial Pons.

51 Hernández desnuda esta estrategia con claridad, además de enseñar la incorrección de asimilar “conflicto” a “delito”, pues en el Diccionario de la Real Academia no existe sinonimia alguna entre las variadas acepciones de “delito” y la palabra “conflicto”. De hecho, demuestra que puede existir “delito sin conflicto” y “conflicto sin delito” (cfr. Hernández, H. H. Ob. cit. *ut supra*, cap. 35; y Hernández, H. H. *Inseguridad y...* Ob. cit.,).

52 La apología de esta táctica la hacen, por ejemplo, Hulsman y Baratta [cfr. Hulsman, L. (1989). “La criminología crítica y el concepto de delito”. En AA. VV. *Abolicionismo penal*. Buenos Aires. Ediar, 97 y 106; Hulsman, L. - Bernat de Celis, J. (1984). *Sistema Penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*. Barcelona. Ariel, 36, 84-89, 93, 96-97, 102-103, 115-117, y 119-130; y Baratta, A. (2004). *Criminología y Sistema Penal (compilación in memoriam)*. Montevideo-Buenos Aires. B de f, 299-333].

53 Cfr. Mathiesen, T. (1989). “La política del abolicionismo”. En AA. VV. *Abolicionismo penal*. Buenos Aires. Ediar, 117.

4. El proceso acusatorio, ¿implica desformalización y oralidad?

Es hora de preguntarse si el proceso acusatorio se encuentra naturalmente ligado a la desformalización y oralidad, dos aspectos que también son generalmente ensamblados a esta clase de esquemas procesales como si fueran intrínsecos a éstos. De ahí la importancia de responder a este interrogante, pues de lo contrario puede generarse la creencia de que la desformalización y la oralidad son características ínsitas a todo proceso acusatorio.

Vale reparar que, al destacarse el valor de la oralidad en los nuevos Códigos Procesales⁵⁴, se pondera positivamente entre sus ventajas que ésta: a) necesariamente presupone intermediación; b) enriquece la competencia comunicativa mediante el uso de recursos paralingüísticos, gestos corporales, etc.; c) suministra otra clase información al juez; d) supera la lógica de una audiencia de juicio concebida como mero procedimiento de acreditación probatoria; e) elimina la delegación impropia de funciones; f) dota de más celeridad a los procesos; g) posibilita una mayor inmediatez entre la recepción de pruebas, los alegatos y conclusiones; h) prohija un cabal cumplimiento del principio de identidad física del juzgador; y i) resguarda la publicidad.

En definitiva, se advierte que estas ventajas propiciadas por la oralidad⁵⁵ en las audiencias preparatorias o la de juicio no se relacionan con la separación de funciones del proceso acusatorio, ni con la valiosa prenda de la imparcialidad del juzgador. Más bien se vinculan a un modo de comunicación capaz de potenciar otras características, premisas o prácticas que sí hacen a un debido proceso.

En cuanto a los posibles dones de la desformalización de la etapa de investigación preparatoria que fuera receptada en los modernos Códigos Procesales⁵⁶, cabe destacar su relación con la concepción del tiempo como insumo estratégico en busca de respuestas socialmente cuantificables, la celeridad investigativa y la institución de cursos de acción adecuados a la complejidad de cada caso⁵⁷.

54 A modo de ejemplo puede citarse el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

55 Cabe mencionar que la escritura posee virtudes (ej.: perdurabilidad) de las que la volátil oralidad carece. De ahí que ambas formas de comunicación deben complementarse, en aras de alcanzar una mejor transmisibilidad.

56 Véase a modo de ejemplo el Código Procesal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Código Procesal Penal de la Nación de corte acusatorio y formal aprobado por Ley N° 27.063 (4-12-2014), mas luego suspendido por Decreto PEN N° 257/2015.

57 Delimitados los posibles dones de la desformalización en la etapa penal preparatoria, deben ponerse de relieve sumariamente algunas pautas tendentes a sortear peligros avizorados, de primar un paroxismo distanciado de su justo medio. Si bien la desformalización en la investigación es la regla, no implica descartar el uso de las formas, por cuanto la formalidad

De por sí, esta desformalización se encuentra encadenada a otras cuestiones, tales como por ej.: a) la carencia de valor probatorio del sumario, pues solo es prueba lo incorporado en la audiencia de juicio; b) la proyección centralidad del expediente; c) la aplicación de modelos de investigación no uniformes; d) una mayor velocidad en las investigaciones, al obviarse ciertos formalismos; y e) la extinción de la defensa de las formas por las formas.

Aquí también se evidencia que en sentido estricto la desformalización de la investigación penal preparatoria tampoco se relaciona con una separación de funciones e imparcialidad del juez, que sí resultan inherentes al proceso acusatorio.

De modo que, si desde una perspectiva funcional el elemento definitorio de un proceso acusatorio es la división de funciones de los actores procesales, luego puede inferirse que esta escisión de tareas no se relaciona necesariamente con la desformalización y la oralidad, amén de resultar, éstas, herramientas aptas para potenciar un debido proceso, en tanto sean reguladas equilibradamente⁵⁸. Es que la división de misiones acusatorias, defensivas y decisorias puede darse tanto en un proceso formalizado y signado por la escritura en sus diferentes etapas, como también en un esquema procesal desformalizado y oral en todas sus fases.

De hecho, esta posibilidad de que las formas y la escritura se amalgamen a un proceso acusatorio es posible de constatarse si alzamos nuestra mirada ante esas miríficas pirámides de ese don del Nilo conocido como Egipto⁵⁹. En efecto, si zuremos los retazos de la historia, el pueblo nilota nos ofrece un ejemplo claro y de por sí suficiente, para comprobar que el proceso acusatorio no se implica necesariamente con la oralidad y desformalización.

En miras de comprender mejor esta cuestión, primero debe notarse que el alma del egipcio no sólo correspondía a la del labriego por antonomasia,

se relaciona a cuestiones sustanciales, al reducir divergencias exegéticas sobre los sentidos de cada acto, resguardar garantías-derechos de los investigados, y coadyuvar al debido control jurisdiccional de garantías ante medidas restrictivas.

58 Sobre los riesgos de una desformalización y oralidad llevadas al paroxismo; como también el valor de generar una relación virtuosa entre éstas, las formas y la escritura, puede verse Gamboa, A. - Romero Berdullas, C. M. *Proceso Constitucional Acusatorio*. Ob. cit., IV Parte.

59 Esta definición de Egipto como don del Nilo le pertenece a Herodoto, tal como se afirma en Ortega y Gasset J. (1950). *El espectador*. Madrid. Biblioteca Nueva, cap. titulado “Los Egipcios”. Egipto es en realidad un término proveniente de *Aegyptus* (del lat.) y *Aígiptós* (del gr.). En rigor de verdad, es una transcripción de *HWk3-ptḥ (gu ka pta)*, es decir “la fortaleza del ka de Path”, terminología a la cual se echó mano para designar el templo de Menfis, cuya nominación luego se extendería a todo Egipto [cfr. Alonso y Royano, F. (1998). “El Derecho en el Egipto faraónico”. En *Espacio, Tiempo y Forma*. T. XI. Serie II, Historia Antigua. España. Universidad Nacional de Educación a Distancia, UNED (Facultad de Geografía e Historia), 22].

sino también a la de un espíritu colectivo, sin lugar para la individualidad. Conviene destacar, por lo tanto, que a esa manda de organizarse políticamente, originada en el destino agrícola de latifundios expuestos a desastres fluviales, se anexaba un pueblo de funcionarios.

¿Qué deseamos expresar con esto? Sencillamente, que la espiritualidad social prevalente en aquel Estado obedecía además a la faz psicológica del egipcio. Es que en el nilota primaba la oficialidad, lo público y lo funcional por sobre lo privado e individual⁶⁰. *Per se*, Egipto fue un pueblo de funcionarios, pues los jeroglíficos que ataviaban las tumbas no expresaban nada sobre los designios privados, sino más bien enumeraban los cargos desempeñados, los títulos logrados y las empresas encomendadas al difunto⁶¹.

Vale preguntarnos, entonces, qué ciudadanos alcanzaban el *status* de funcionario en Egipto. La respuesta es muy simple, sencillamente los hombres cultos conquistaban los títulos oficiales. Aludimos a personas dotadas de una cultura que se medía por la idoneidad para escribir. Sí, al igual que en China, el sabio se hallaba identificado con el escriba. Tanto es así, que la escritura irradiaba toda la vida mágica o administrativa egipcia⁶², y este encomio al arte de saber escribir se replicaba también en el proceso penal de cuño acusatorio⁶³ desarrollado por el tribunal supremo de sacerdotes, quienes una vez apoltronados en sus sillones juzgaban las causas criminales de interés social o público, a través de sentencias informadas por un halo sacramental⁶⁴.

60 Cfr. Ortega y Gasset, J. Ob. cit., *ibidem*.

61 *Ídem*.

62 *Ídem*.

63 Félix Alonso y Royano supone que en un primer estadio el proceso penal fue oral, pues atestiguan esto los registros hallados en la cámara funeraria sobre el juicio de Uni. Empero, la oralidad característica de esos primeros procesos fue sustituida por la escritura en una etapa ulterior (cfr. Alonso y Royano, F. Ob. cit., 38).

64 Aquí vale hacer un paréntesis, la mayor parte de la autoridad judicial había sido traspasada del patriarca a los pontífices; sin embargo, el monarca podía absorber las causas de más trascendencia. Parte de la doctrina consideraba que este tribunal integrado por los hombres más distinguidos de Menfis, Tebas y Heliópolis sólo juzgaba los crímenes más importantes. De modo que cada provincia contaba con un prefecto ungido con el derecho de sentenciar o enjuiciar por intermedio de delegados a los delitos de escasa significación. [Cfr. Du Bois, A. (1850). *Historia del Derecho Criminal. De los pueblos antiguos hasta el establecimiento del Cristianismo*. Madrid. C. Bailly-Bailliere, 1-24].

Si bien el faraón –en tanto descendiente de las deidades y divinidad en sí– ejercía la administración del servicio de justicia, el Derecho también era en gran parte materializado por el Tribunal Supremo –a partir de la delegación del Horus (denominado en hebreo faraón)– e impulsado a través de los *magiai*, que además de desarrollar investigaciones preparatorias, formalizaban las acusaciones. De estas palabras se infiere, ante todo, que estos procuradores del faraón también ponderados como ojos y lengua del Horus podrían constituir un primer antepasado del ministerio público fiscal (*vide* Trillo Navarro, J. P. “Ministerio Fiscal: Diacronía

La palestra de las contiendas judiciales se encontraba así signada por una suerte de publicidad sigilosa. Al abrirse los ocho libros de las leyes en el foro, se disparaba la acusación por escrito, que contenía el delito imputado y la pena prevista legalmente. Acto seguido, el encausado ejercitaba su defensa también por intermedio de la escritura; luego, el acusador refutaba lo aseverado mediante idéntico soporte de información; y finalmente, el perseguido efectuaba una última intervención⁶⁵.

Completa esta perspectiva del proceso penal faraónico la fase del veredicto, que se sustanciaba tras la lectura llevada a cabo por un tercero imparcial sobre cada uno de los escritos. Es interesante destacar que los jueces procuraban salvaguardar su neutralidad y obviar cualquier clase de turbación sobre su juicio.

Por su parte, los magistrados aplicaban una exacerbada solemnidad y un mutismo absoluto, relacionado al mismo silencio guardado para las cuestiones sacras. Es más, las resoluciones se adoptaban en el secreto del santuario, que no se quebrantaba para preservar el carácter sosegado de una justicia huera de pasiones. Tal era el ritualismo de este proceso emparentado a una muda pantomima, que una vez decidida la *litis*, el presidente del tribunal se acercaba a uno de los litigantes, y cual oráculo lo acariciaba con el emblema de la verdad, a fin de notificarle su victoria mediante esta solitaria señal⁶⁶.

de una vinculación política y El Fiscal: Acusar o Instruir en la C.E. de Roma a la Reforma de la L.E.Crim.". En *Saberes, Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*. Madrid. Universidad de Alfonso X el Sabio, Facultad de Estudios Sociales Villanueva de la Cañada, v. VI, 2008, 12; y v. III, 2005, 10, respectivamente).

⁶⁵ Cfr. Du Bois, A. Ob. cit., 17-18. En definitiva, la contradicción era incitada por la tinta de sagaces plumas esgrimidas en combate singular. Claro que el duelo entablado por los escribas presentaba una particularidad crucial. Ni más ni menos, del resultado de esta lid pendía la vida de los adversarios, por cuanto al tratarse de crímenes sancionados con pena capital, el acusador doblegado debía cargar con el castigo que hubiera correspondido al imputado [cfr. Du Bois, A. Ob. cit., 17-18 y Gutiérrez Fernández, B. (1866). *Examen histórico del Derecho Penal*. Madrid, 14].

Esta funesta suerte podría haber inhibido a los egipcios de impulsar la acción penal y la acusación; sin embargo, esto no acaeció, dado que su ejercicio era un imperativo legal, cuyo incumplimiento acarrearía la pena de azotes [Ayarragaray, C. A. (1928). *El Ministerio Público*. Buenos Aires. J. Lajouane & Cía. Editores, 12; y Gutiérrez Fernández, B. Ob. cit., 13]. Pensemos que el delito constituía una ofensa contra la deidad y la manifestación del *jus divinum*. Por tanto, todos debían perseguir la represión de estos hechos lesivos del interés divino y social a lo largo de un territorio en donde la venganza privada había perimido desde tiempos de la reinadosa Isis (vide Ayarragaray, C. A. Ob. cit., 11; y Du Bois, A. Ob. cit., 5-6).

⁶⁶ La división de funciones (acusación, defensa, enjuiciamiento) y el arcano propio de estos juicios se repetía en los procesos fúnebres. Sin duda, tanta era la significancia del ritual y las sentencias pronunciadas sobre los féretros de los muertos a orillas del lago Meris, que la inventiva de Orfeo se vio revitalizada al presenciar este misterioso acontecimiento (Du Bois,

En suma, este ejemplo de la historia es suficiente para entrever lo ya justificado desde una perspectiva funcional, precisamente, que el proceso acusatorio también puede desarrollarse de manera formalizada y escrita. De ahí que el proceso acusatorio, desde el plano funcional, no necesariamente se identifica con un modelo procesal desformalizado y oral.

5. El proceso acusatorio, ¿es necesariamente más civilizado?

Otra confusión susceptible de anidarse es relacionar al proceso inquisitivo con una concepción del imputado como un objeto de prueba pasible de ser torturado en procura de la verdad; y ponderar al proceso acusatorio como necesariamente la panacea de un modelo procesal civilizado, en donde el encausado es siempre respetado como sujeto de derecho.

Desde una perspectiva funcional debe repararse en que una correcta diferenciación de funciones de los actores en el proceso (elemento definitorio de un sistema acusatorio) no se corresponde inexorablemente con una concepción del imputado como objeto de prueba o sujeto de derecho; ni con la sustanciación de un proceso respetuoso de las garantías de todo imputado.

A. Ob. cit., 17-18 y Gutiérrez Fernández, B. Ob. cit., 16). Tal vez un buen punto de partida para comprender el valor de este suceso sea internalizar que los egipcios se preparaban con especial ahínco en orden a gozar de la eternidad. Cuando un nilota fenecía, el cuerpo debía embalsamarse y prepararse en pos de morar en el reino de Osiris –dios de los muertos. Bien dispuesto el cuerpo, cuarenta sacerdotes aguardaban en miras de sentenciar si el difunto podía ingresar o no en la barca que lo conduciría al inframundo.

De existir acusadores, los jueces se adentraban en el templo junto a éstos y un pariente del muerto que oficiaba de defensor. Culminado el debate entre las partes, los magistrados deliberaban; y de considerar inocente al embalsamado lo absolvían de las afrentas enrostradas por los acusadores, quienes inexorablemente resultaban penados por calumniadores.

Proclamada la sentencia absolutoria por el heraldo, el fallecido podía navegar por el río de la muerte y enfrentar aún un juicio todavía más escabroso. Indefectiblemente debía iniciar el camino para persuadir a 42 asesores de que no había consumado pecado mortal y podía penetrar en la sala de juicios de Osiris. Para lograr este cometido únicamente contaba con el auxilio de los encantamientos e instrucciones del libro de los muertos, que solía depositarse en su tumba con el objeto de convencer a esas divinidades sobre sus méritos [vide. Anónimo (1986). *El libro de los Muertos*, n° 73 de Biblioteca Personal Jorge Luis Borges. Buenos Aires. Hyspamerica Ediciones Argentina S.A., cap. CXXVII].

Como coralarario, de sortear estos peligros la prueba cúlmine tenía lugar cuando el dios pagano Anubis (conocido por su cabeza de chacal) pesaba en un platillo al corazón del muerto; y en otro, colocaba a la ligera diosa Maat, caracterizada por la pluma de la verdad. El destino final dependería de lo que dictaminara la gran balanza. Si el corazón se hallaba libre de mácula le esperaba el gozo eterno. De lo contrario, de inclinarse la balanza hacia su lado, el veredicto de Osiris sería la desolación *ad eternum*.

Efectivamente, desde un plano funcional, los medios probatorios utilizados o el método de apreciación de la prueba (sistema legal o tasado, libre y sana crítica⁶⁷) aplicado no se relacionan necesariamente con la división de funciones acusatorias, defensivas y decisorias encarnadas en órganos disímiles.

Tanto es así, que desde una perspectiva estrictamente funcional, un Código Procesal podría dividir las funciones procesales de los diversos actores, preservar así la imparcialidad del juzgador; e igualmente establecer como criterio de apreciación de la prueba el sistema legal o el de íntima convicción; como así también la posibilidad de echar mano a medios probatorios no acordes a la concepción del hombre como sujeto de derechos.

Del mismo modo, también desde una óptica ceñida a lo funcional, podría dictarse un código procesal en el cual confluyeran las funciones acusatorias y decisorias en un mismo órgano; y nada obstaría a que se estableciera el deber del juez de utilizar la sana crítica racional para apreciar la prueba; ni a que se prohibiera la utilización de medios probatorios tendentes a asimilar al hombre a un mero objeto de prueba.

En lo que aquí concierne, ha de meritarse, por caso, que la aplicación de la tortura no responde a modelo procesal alguno. Véase, por ejemplo, que en diversos arquetipos acusatorios las declaraciones bajo torturas se hallaban revestidas de cierto crédito probatorio, tal como puede comprobarse en el juicio del tribunal del Areópago⁶⁸ en Grecia⁶⁹ y en el último tramo de la República en las *quaestiones perpetuae* (o *accusatio*)⁷⁰.

Asimismo, este aspecto civilizador del sistema acusatorio ingresa en crisis si pasamos la criba sobre el Derecho germano de los siglos V a XII, en donde los veneradores de Wotan u Odin enseñaron una *accusatio* congruente con la carta magna de una barbarie, que sometía la razón a la fortaleza. En efecto, quebrantada la paz (*Friedensbruch*) por un infractor nos topamos con un proceso acusatorio de carácter privado (asentado en la distinción entre delitos públicos-privados⁷¹), que se desarrollaba oralmente ante un

67 Tan solo a modo de ejemplo, el sistema inquisitivo temperado del Código Procesal Penal de la Nación aún vigente aplica el sistema de la sana crítica racional.

68 Cfr. Vélez Mariconde, A. Ob. cit. T. I, 29.

69 También se espiga la aceptación de la tortura o reina de las pruebas en Aristóteles (2007). *Retórica*. Madrid. Gredos, 146.

70 Al respecto *vide* Vélez Mariconde, A. Ob. cit. T. I, 42. Ha de repararse, tal como explica Maier, que la recepción de la prueba documental preludiva el interrogatorio de los testigos –efectuado por las partes–, *a posteriori* secundado con una tortura disociada de la antigua idea de ordalía divina, pero sí motivada en la creencia de su idoneidad para alcanzar la verdad histórica u objetiva (cfr. Maier, J. B. J. Ob. cit. T. I, 282-283).

71 La persecución de los delitos públicos correspondía al clan; en tanto que los privados dependían del impulso del ofendido o sus congéneres, quienes podían ejercer la venganza privada o aplicar la composición. Vélez Mariconde, A. Ob. cit. T. I, 64.

tribunal compuesto por personas capaces para guerrear, e iniciaba a partir del impulso de un acusador particular⁷².

En esos procesos, a la vista de todos, el acusador guardaba las formas sacramentales y pronunciaba la acusación; mientras movía el báculo de modo oscilante e interpelaba al acusado a confrontar. En caso de que la acusación fuera rechazada por el imputado, éste debía probar su inocencia. Por tanto, se puede entrever una inversión de la carga probatoria, que obedecía a la veracidad conferida por los pueblos germanos a los hechos afirmados en la *accusatio*, bajo sus invocaciones solemnes⁷³. Siguiendo esta dinámica irracional es que la presunción de culpabilidad sólo podía superarse mediante la intervención de las divinidades del *Valhalla*. Por lo que en este escenario mítico cobran especial significancia los juramentos, los juicios de dios u ordalías divinas, y el duelo o combate judicial⁷⁴.

En cuanto a las ordalías, hechos ejemplificadores de la brutalidad de estos procesos se manifestaban al engullirse al acusado con un bocado grotesco, supeditando la decisión final a si el dios germano se inclinaba por su sofocamiento; o cuando se lo exponía al hierro candente a la espera de que las señales divinas determinaran su culpabilidad o inocencia, en base a la sanación de sus quemaduras⁷⁵.

Otra metodología taumatúrgica y prodigiosa para consultar a la divinidad cómo debía resolverse el litigio consistía en sujetar a los actores (acusador-acusado) a combate físico, oportunidad en la cual los signos patentes de la victoria daban a entender que asistía el derecho al vencedor.

Dentro de este panorama, se puede advertir que el débil no tenía demasiadas chances de revertir la presunción de culpabilidad. Con lo que, paulatinamente, se le permitió al imputado acudir a algún representante más apto en el arte bélico, a fin de que combatiera en su lugar. De esta forma, los depauperados se hallaban a merced de una estructura gestada por los más fuertes, que imponían a su antojo su voluntad en una *disputatio* por demás carente de racionalidad alguna, luego superada por la inculturación de un más civilizado Derecho romano-canónico.

En este contexto, el sistema inquisitivo⁷⁶ resultó superador de la *accu-*

72 Cfr. Maier, J. B. J. Ob. cit. T. I, 265-266.

73 *Vide* Vélez Mariconde, A. Ob. cit. T. I, 65.

74 Entre las clases de ordalías dispuestas cabe señalar las pruebas del agua hirviendo, la de fuego o hierro candente, la de la suerte, la *jus feretri*, la de la cruz y la de los alimentos consagrados (*vide in extenso* Gutiérrez Fernández, B. Ob. cit., 69-74).

75 Otros ejemplos pueden verse en Caballero, R. J. (2003). *Justicia inquisitoria. El sistema de Justicia Criminal de la Inquisición Española*. Argentina. Grupo Editorial Planeta S.A.I.C., cap. I, 13-14.

76 Si aplicamos el principio de historicidad, podemos aseverar que la bisagra entre el sistema acusatorio y el inquisitivo se sustentó en que tras ensayar infructuosamente durante

satio sumida en la barbarie de estos pueblos bárbaros, además de instaurar la presunción de inocencia, el *in dubio pro reo*⁷⁷ y la importancia de un debido proceso racional para dar a cada uno lo suyo. Lo mismo cabe referir respecto a la matriz procesal instaurada en América tras su conquista, en donde antes regía una barbarie tribal signada por imperios teocráticos orientados a acrecentar los sacrificios humanos y tributos⁷⁸; un expansionismo ilimitado de neto corte beligerante; la antropofagia⁷⁹, un derecho penal vindicativo; un lálbil principio de legalidad con penas indeterminadas⁸⁰; una desigualdad proverbial proyectada en una aplicación de la ley fuera de ecuanimidad⁸¹; un principio de culpabilidad desvirtuado por criterios de

medio siglo diferentes acciones apostólicas surgió la necesidad de combatir con otros medios un violento catarismo determinado a destruir la estructura social de aquel entonces pues el suicidio universal y la virginidad eran la llave para alcanzar una sociedad perfecta dentro de la concepción cántara [vide Sáenz, A. (2004). “La querrela de las investiduras. La herejía de los Cátaros”. En *La nave y las tempestades*. T. IV. Buenos Aires. Gladius]. No debe obviarse, que análogamente a lo sucedido en las civilizaciones precedentes, el celo popular se veía aventado cuando se falseaba la fe; y la idiosincrasia del hombre del medioevo conducía a la muchedumbre a arrogarse el derecho de castigar por mano propia, a través de linchamientos. Resta añadir, que en el orden probatorio el inquisidor del Santo Oficio podía echar mano a la tortura bajo circunstancias excepcionales, lo que marcaba una evolución respecto a las ordalías divinas; además de marcar un distingo respecto a una justicia inquisitiva de corte secular coexistente y caracterizada por la aplicación habitual de la tortura a los encausados. Conviene destacar, por ej., que a partir del siglo XVI coexistieron dos clases de procesos en tierras castellanas, uno simplificado (v. gr., secular) y otro complejo (ej., Santo Oficio). Añadamos que en su afán por lograr respuestas más rápidas, la primera clase de procedimientos tendió a mermar el derecho de defensa del justiciable. En cambio, el carácter legalista del orden complejo propendió a un mayor respeto de las garantías de los acusados, quienes alcanzaron una mejor situación jurídica [cfr. Gacto Fernández, E. (1997). “Observaciones Jurídicas sobre el proceso inquisitorial”. En *La Inquisición en Hispanoamérica*. Abelardo Levaggi (Coord.). Buenos Aires. Ciudad Argentina. Universidad del Museo Social Argentino, 14-15].

77 Cfr. Santo Tomás de Aquino. *Suma de Teología*, II-II (a), Q.67 a.3; y C.60 a.3-a.4.

78 Este es el caso de los imperios Azteca e Inca.

79 Costumbre muy arraigada en los Caribes [cfr. Jiménez de Asúa, L. (1964). *Tratado de Derecho Penal, concepto del Derecho Penal y de la Criminología, historia y legislación penal comparada*. T. I. Buenos Aires. Losada, 919-920].

80 Si bien las leyes aztecas se promulgaban y compilaban en pinturas jeroglíficas, no determinaban la pena aplicable ante cada hecho penal. Por ende, la fijación de la sanción se hallaba librada al amplio arbitrio de un magistrado [cfr. Iturrealde, C. R. (2014). *1492, Fin de la barbarie, comienzo de la civilización en América*. T. I. Buenos Aires. Editorial del Buen Combate, 136].

81 En tanto la nobleza, clase dirigente y/o privilegiada azteca era juzgada en privado, el juicio de la plebe se desarrollaba públicamente. Por otra parte, el reinado de los *tlatoani* (emperadores asimilados a dioses) se edificaba sobre una población colmada de prebendas y otra oprimida por obligaciones. Tal era así, que la nobleza explotaba el trabajo de sus esclavos, se hallaba librada de cargas impositivas y se sostenía con tributos de la plebe; mientras el ciudadano raso trabajaba continuamente en condiciones infrahumanas, además tributar todos sus impuestos, so pena de morir. La cuestión es que el estado de miseria de las masas

imputación por responsabilidad colectiva, que comprendían a familiares, personas, animales u objetos del culpable⁸²; animismo mágico; prohibiciones de naturaleza tabú; un clasismo deliberado⁸³; el trabajo esclavo⁸⁴; y la criminalidad de hordas anárquicas⁸⁵.

De modo que lo hasta aquí expuesto permite entrever que el proceso acusatorio no se identifica necesariamente con una matriz procesal más civilizada, tal como pudimos comprobar primero desde una perspectiva funcional, y luego a través de algunos ejemplos históricos como el del Areópago en Grecia, las *quaestiones perpetuae* (o *accusatio*) en el ocaso de la República, y el Derecho de los germanos entre los siglos V a XII, en donde amén de la división de funciones procesales, no se respetaron a los imputados como sujetos de derecho, ni los procesos se sustanciaron de modo racional.

6. El proceso acusatorio y el llamado principio de oportunidad, ¿se implican?

Es tiempo de analizar si existe una relación de identidad entre el proceso acusatorio y un principio de oportunidad, susceptible de definirse como una facultad discrecional conferida al Ministerio Público Fiscal para prescindir de la acción penal, so capa de razones político-criminales o pragmáticas.

Deviene indispensable responder a esta cuestión, ya que parte de la doctrina reformista tiende a identificarlos. Así, por ejemplo, Jauchen explicita: “[...] a partir del fuerte sostenimiento de los postulados acusatorios del

solía empujarlas a venderse a la nobleza como esclavos (cfr. Iturrealde, C. R. Ob. cit. T. I, 116-136).

82 Véase en México el caso de Moctezuma II, quien condenó a muerte a las mujeres e hijos de los hechiceros, la demolición de sus casas, su excavación hasta la aparición de agua, y el saqueo como expropiación de sus haciendas [cfr. Durán, D. (1867). *Historia de las Indias de la Nueva España e Islas de Tierra Firme*. T. I, cap. LXVIII, 524-530, publicado por José F. Ramírez, individuo de varias sociedades literarias, nacionales y extranjeras. México. Imprenta de J. M. Andrade y F. Escalante, Bajos de San Agustín N° 1]. Análogo designio también le cabía a la casta de curanderos, herberos, adivinos del pueblo, oráculos del Inca, engañadores del mundo, guardianes de medicinas, culebras, sapos, perdices y elementos que mataran a la gente, tal como puede verse en Poma de Ayala, F. G., *El primer nueva corónica y buen gobierno* (1615/1616), facsímil del manuscrito, transcripción anotada, documentos y otros recursos digitales del Centro digital de investigación de la Biblioteca Real de Dinamarca, Copenhague. *Det Kongelige Bibliotek*, Postbox 2149, DK-1016, (+45) 33 47 47 47, kb@kb.dk EAN lokations nr: 5798 000795297, caps. V y XV.

83 Cfr. *in extenso* Iturrealde, C. R. Ob. cit.

84 Ídem.

85 Ídem.

proceso, pues el acusador público cobra una capacidad que antes no tenía: la de decidir en el marco de estándares mínimos de actuación. Para el caso del inicio, estricta taxatividad legal; durante la investigación preparatoria, la posibilidad de desistir de los casos de aplicación de un criterio de oportunidad y a la hora de acusar, contar con elementos para lograr una sentencia condenatoria⁸⁶.

De esta manera, arguye: “[...] los nuevos procesos van imponiendo al fiscal la evaluación de criterios que, de estar presentes, no sólo le permiten sino que lo llevan en algunos casos a desistir de su acción durante todo el transcurso del proceso⁸⁷. En efecto, rubrica el citado, que ésta “[...] es una típica característica acusatoria, pues de este modo se habilita la posibilidad de arribar a una solución basada en el acuerdo de partes tendiente a la resolución del conflicto subyacente, lo cual por otro lado es el objetivo del proceso más allá de la administración de justicia⁸⁸.”

En cambio, juristas como Pastor manifiestan que la justificación del principio de oportunidad en el modelo acusatorio es una apelación genérica e impropia, únicamente pasible de ser pregonada por quienes se deslizan de manera dispersa por nuestra disciplina, por cuanto no sólo rechazan los valores del binomio legalidad-jurisdicción penal, sino también ponderan al sistema de la acción penal público, junto a la cuestión penal, cual si fueran lo mismo que el Derecho Privado y/o Administrativo⁸⁹.

Por su parte, Maier también pareciera reparar sobre cierta incompreensión acerca del principio acusatorio, pues a su entender: “[...] la reforma que comienza en el siglo XIX desde el triunfo de la Ilustración en el Derecho Procesal Penal europeo-continental sólo acepta ese principio en sus repercusiones formales, concepto que, dicho de modo genérico, rechaza la posibilidad del Estado de disponer libremente de su deber/facultad de perseguir penalmente, salvo las excepciones expresamente previstas en la ley penal [...]”⁹⁰.

De esta manera, advierte que en esencia la principal proyección del principio acusatorio así concebido radica en la imparcialidad de los jueces y el distingo de oficios en el Estado (léase un acusador y un órgano decisor), directrices consecuentes con el *nemo iudex sine actore y ne procedat iudex ex officio*⁹¹.

86 Cfr. Jauchen, E. M. (2012). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. T. I. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni, 660-662.

87 Ídem.

88 Ídem.

89 Cfr. Pastor, D. R. (2005). *Recodificación penal y principio de reserva de código*. Buenos Aires. Ad-Hoc, 50.

90 Cfr. Maier, J. B. J. (2015). *Derecho Procesal Penal, III. Parte General, Actos Procesales*. Buenos Aires. Ad-Hoc, 264.

91 Ídem.

Semejante postura evidenciaba Fayt en “Marcilese”⁹², cuando explicaba: “[...] el principio acusatorio consiste en que juez y acusador no sean la misma persona (entre muchos otros, Roxin, *Derecho Procesal Penal*, ed. Del Puerto, 2000, 86); se trata del desdoblamiento formal del Estado en dos órganos específicos: uno que acusa y otro que decide” (cons. n° 8).

Añadía el citado: “[...] en nuestro sistema procesal, mediante el principio acusatorio sólo se pretende proteger la garantía de imparcialidad” (cons. n° 9); y, por ende: “[...] no deben confundirse las reglas del debido proceso de carácter acusatorio con el principio dispositivo. El primero, como se dijo, impone simplemente dissociar las funciones requirente y decisoria, mientras el segundo se relaciona con la titularidad del derecho material en crisis [...]” (cons. n° 10).

Sancinetti también niega la asimilación del “[...] principio acusatorio con una discrecionalidad absoluta del Ministerio Público para ‘jugar a los naipes’ con la acción penal, es decir, dejar sustraído, precisamente a ese órgano, de la sujeción de la ley”⁹³; y Goldschmidt hace lo propio, al explicar que el principio de oportunidad no constituye en modo alguno una consecuencia o incremento del principio acusatorio⁹⁴.

Acota el autor berlinés, que la configuración de un proceso de signo acusatorio u otro inquisitivo no lleva ínsita una decisión sobre si en todos los casos es imperativa la persecución penal ante un hecho punible, o si se deben ponderar razones de oportunidad, pues ambas matrices procesales (léase la acusatoria o la inquisitiva) pueden conjugarse con la indisponibilidad o no de la acción penal⁹⁵.

Armenta Deu sigue de cerca el logos de Goldschmidt, y expresa que la sujeción al principio de oportunidad o el de legalidad procesal obedece más bien a si el órgano formalmente a cargo de la *acusatio* posee o no un margen de discrecionalidad sobre la misma⁹⁶. De hecho, expresa que el des-

92 “Marcilese, Pedro J. y otro”, CSJN-Fallos: 325:2005. *La Ley* 2003-A, 773, con nota de Ricardo Jorge Grassi, *La Ley* 2003-A, 761, con nota de Ramón Rogelio Ferreira; Josefina Martínez Vázquez de Miralpeix, *La Ley* 2003-A, 208, con nota de Germán J. Bidart Campos, *La Ley* 2002-F, 45, *La Ley* 2002-F, 247, *La Ley* 2002-E, 719, *DJ* 2003-1, 224, *ED* 199, 466, Sup. Penal 2002 (setiembre), 33. Véase también en sentido concordante, el voto en disidencia de Carlos S. Fayt y Adolfo R. Vázquez en “Mostaccio, Julio G. s/ homicidio culposo”, CSJN-Fallos: 327:120, particularmente los cons. 11-15.

93 Cfr. Sancinetti, M., “Avenimiento y mediación: ¿la pena como ‘objeto de negocios jurídicos?’”, publicado en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina38164.pdf>, 16, fecha de consulta: 18-8-2017.

94 Cfr. Goldschmidt, J. (2016). “Problemas jurídicos y políticos del Proceso Penal”. En colección *Maestros del Derecho Penal*, n° 46, 1ª edición. Montevideo-Buenos Aires. B de f, 82.

95 *Ibidem*, 78.

96 Cfr. Armenta Deu, T. (2008). *Estudios sobre el Proceso Penal*. Santa Fe. Rubinzal Culzoni, 39 y 204-206.

empeño del fiscal podrá hallarse signado por uno u otro principio, pues la diferenciación del órgano acusador respecto del decisor no resulta menguada en ningún supuesto, ya sea si la determinación del ejercicio de la acción goza de un marco de discrecionalidad o no⁹⁷.

Resta añadir la posición de Ferrajoli, quien niega categóricamente cualquier nexo lógico o funcional entre el acusatorio y la discrecionalidad de la acción penal⁹⁸. Todavía más, afirma que la discrecionalidad y disposición de la acción preservadas en algunos sistemas acusatorios son un vestigio injustificado del primigenio carácter privado de la iniciativa penal⁹⁹. Por lo demás, el citado aprecia que el elemento constitutivo más importante del modelo teórico acusatorio es la separación del juicio y la acusación en dos órganos diversos (axioma A8 en su esquema garantista), pues éste no sólo es el presupuesto lógico-estructural de todos los demás, sino también la base de todas las garantías orgánicas estipuladas¹⁰⁰. Tanto es así, que en el garantismo preconizado por Ferrajoli, el adagio *nullum iudicium sine accusatione* comporta tanto este distingo de funciones aludido, como una condición esencial de imparcialidad del juez e igualdad entre las partes¹⁰¹.

A tenor de lo vertido, se evidencia que los caracteres definitorios de un proceso acusatorio son la estricta separación de las funciones persecutorias, defensivas y decisorias en órganos diversos. Por tanto, desde una perspectiva lógico-funcional se advierte con nitidez una confusión de planos cuando se identifica la elección de un proceso de carácter acusatorio (en donde se diferencian estas funciones) o uno inquisitivo (signado por la concentración de actividades persecutorias y resolutivas en un mismo órgano) con una decisión acerca de la obligatoriedad o no del desarrollo de la persecución penal ante un hecho punible. Ergo, se infiere que la posibilidad de disponer o no de la persecución penal pública no se relaciona necesariamente con el modelo procesal vigente.

Incluso, podría dejarse planteado el interrogante de si en realidad no existe entre el proceso acusatorio y el denominado principio de oportunidad una relación signada por la oposición. Es que, por ejemplo, en el garantismo pregonado por Ferrajoli, el sistema acusatorio comporta lógica y funcionalmente la obligatoriedad e irrevocabilidad de la acción penal por parte de los

97 Ídem.

98 Cfr. Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid. Trotta, 567.

99 *Ibidem*, 568

100 *Ibidem*, 563-567.

101 *Ídem*.

acusadores públicos (ya sea que se contemple exclusiva o concurrentemente con formas más amplias de acción popular y voluntaria)¹⁰².

Lo cierto es que si, “según la CSJN, en ‘Llerena’ y ‘Quiroga’, las características definitorias del proceso acusatorio son la división de funciones persecutorias y decisorias en órganos diversos, e imparcialidad del juez; y el principio de oportunidad concede al fiscal la posibilidad de disponer el archivo de los casos, con independencia de la acreditación de los hechos punibles, conduciendo así a la ineludible confusión de estas funciones en un mismo órgano; luego parece que el denominado principio de oportunidad riñe con el sistema procesal de cariz acusatorio, además de permitir al fiscal avanzar sobre la misión confiada constitucionalmente a los jueces. De tal modo que al dotar al fiscal de un poder no acorde a su rol de acusador, indefectiblemente la doctrina contemporánea y reformista incurre en la misma crítica dirigida con enjundia contra la figura del Juez Nacional de Instrucción, habitualmente emparentado a una rémora de visos sempiternos o resabio de los procesos inquisitivos”¹⁰³.

En esta misma línea, Montero Aroca alerta que las apologías profesadas en torno al principio de oportunidad no procuran incrementar las facultades de las partes acusadoras privadas, sino más bien limitar los poderes de los órganos jurisdiccionales, en miras de aumentar el poder del Ministerio Público, mediante la concesión de amplias facultades a este organismo para decidir:

- a) no ejercitar la acción penal ante ciertas condiciones, amén de constatar la existencia del hecho aparentemente delictivo¹⁰⁴; y
- b) concluir el proceso sin sentencia, no obstante evidenciarse de lo actuado hasta aquella instancia, la realidad de un hecho penalmente tipificado¹⁰⁵.

Así, al parecer del catedrático español, al consagrar al Ministerio Público Fiscal con la iniciativa de perseguir o no ciertos delitos-delincuentes en base a razones de oportunidad y no la legalidad, en rigor de verdad, el rol del juez en la aplicación del Derecho Penal se vuelve minimalista, a costa de empoderar al órgano acusador¹⁰⁶.

102 Cfr. *ibidem*, 569.

103 Cfr. Romero Berdullas C. M. (25 de junio, 2017). *Principio de oportunidad*, comunicación expuesta en la V reunión de la Asociación Jurídica Santo Tomás de Aquino.

104 Cfr. Montero Aroca, J. (1997). *Principios del Proceso Penal. Una explicación basada en la razón*. 1ª ed. Valencia. Tirant lo Blanch, 72.

105 *Ibidem*, 73.

106 *Ibidem*, 75-76.

En suma, lo hasta aquí desarrollado denota una aporía irresoluble; y es, precisamente, que si el proceso acusatorio postula la esencial exigencia de asignar las funciones acusatorias - decisorias en órganos diferentes, desde una perspectiva lógica y funcional la concentración de esas funciones en el fiscal soliviantaría la razonabilidad del discurso *pro opportunitās*, por cuanto no sólo no se identificaría con un modelo procesal imperado por la *accusatio*, sino que comportaría una contradicción a este principio.

A su vez, si uno abreva en el perenne magisterio de Santo Tomás de Aquino, quien consagra un modelo respetuoso de la escisión de funciones procesales e imparcialidad del juez¹⁰⁷, puede ratificar la inexistencia de una relación de identidad entre el proceso acusatorio y la posibilidad de disponer de la acción penal.

El Aquinate explica: “[...] el juez no debe condenar sin que haya acusador [...]”¹⁰⁸; y “No es costumbre entre los romanos condenar a un hombre sin que el acusado tenga presentes a sus acusadores y sin darle ocasión de defensa, para justificarse de los delitos que se le imputan (*Hech. 25, 16*)”¹⁰⁹. Por tanto, el juez no podrá juzgar ni sentenciar sin acusador, por cuanto la justicia se da respecto del otro y no de uno mismo.

Sin embargo, el Doctor Angélico conjuga con el proceso acusatorio al imperativo de acusar en busca del castigo del crimen de los delincuentes para alcanzar el bien del Estado, cuya tranquilidad se procura de esta forma¹¹⁰. Pues al tratar la cuestión ceñida en derredor al interrogante sobre si el hombre se halla obligado a acusar, el Doctor Común enseña que “[...] si el crimen fuese tal que redundara en detrimento del Estado, el hombre está obligado a la acusación [...]”¹¹¹, lo que se imbrica al principio de legalidad procesal¹¹² y no al llamado principio de oportunidad. De modo que aquí también puede inferirse una ausencia de identificación entre un proceso acusatorio y el denominado principio de oportunidad.

Ahora bien, no puede obviarse que desde una perspectiva histórica, un segmento de la doctrina tiende a asociar la obligatoriedad de la persecución penal pública al sistema inquisitivo¹¹³; y el proceso acusatorio material a

107 Santo Tomás de Aquino. *Suma de Teología*, II-II (a), Q. 60, a.3 y a.4; Q. 67 a.3.

108 Santo Tomás de Aquino. *Suma de Teología*, II-II (a), q.67 a.3.

109 Ídem.

110 Santo Tomás de Aquino: *Suma de Teología*, II-II (a), Q. 68 a.1.

111 Ídem.

112 Deber del Ministerio Público Fiscal de ante la noticia de la comisión de un delito de acción pública ejercer de oficio la acción penal; y no suspender, interrumpir o desistir de la persecución penal, salvo en las excepciones expresamente determinadas por la ley.

113 Entre otros, *vide* Bovino, A. (2009). *Principios políticos del procedimiento penal*. Buenos Aires. Editores del Puerto, 29; *in extenso* Bovino, A., *La víctima...* Ob. cit., 1-18; Binder, A. (2014). *Derecho Procesal Penal*. T. II. Buenos Aires. Ad-Hoc, 344-348, 408-412 y 416; Binder, A.

una discrecionalidad, que aparentemente reposaba en las víctimas directamente afectadas por los delitos, además de amalgamarse al carácter privado o popular de la acción, según el caso¹¹⁴.

A guisa de ejemplo, Binder cree escudriñar en la *cognitio extra ordinem* el cimiento del paradigma inquisitivo de la Edad Media; y el ingreso de la vocación de exhaustividad en la persecución penal junto al monopolio del ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público en la *inquisitio* modernista del nuevo Estado bonapartista, el código de instrucción criminal francés (1808) y el modelo mixto o inquisitivo suavizado¹¹⁵.

Empero, la historia enseña que no sólo desde una perspectiva lógica y funcional sería un yerro identificar necesariamente al proceso acusatorio con el principio de oportunidad, sino también a partir de una posible revisión del pasado.

Es que la imperatividad o no de la persecución penal es un aspecto relacionado históricamente a la trascendencia de la conducta disvaliosa cometida contra la comunidad política, el interés público en su sanción y la necesidad de no dejar librada la respuesta penal a la iniciativa individual de los ciudadanos o la incorrectamente denominada justicia por mano propia.

Puede ejemplificarse esto con Israel, donde la posibilidad de disponer o no de la acción penal era una cuestión relacionada al interés público suscitado por las conductas disvaliosas y no a la clase de proceso penal implementado o quien lo podía o debía impulsar, tal como surge del pasaje del *Deuteronomio*, en donde se rubrica: “[...] si hubiere alguno que aborriere a su prójimo y lo acechare, y se levantara contra él y lo hiriere de muerte, y muriere; si huyere a alguna de estas ciudades, entonces los ancianos de su ciudad enviarán y lo sacarán de allí, y lo entregarán en mano del vengador de la sangre para que muera. No le compadecerás; y quitarás de Israel la sangre inocente, y te irá bien” (cap. 19:11-13)¹¹⁶.

A través de este extracto, Sancinetti explica que la admonición analizada denota el carácter público de la pena, pues los ancianos de la ciudad imperan aprehender al autor y entregarlo al vengador de sangre, o sea, a un

(2000). *Ideas y materiales para la Reforma de la Justicia Penal*. Buenos Aires. Ad Hoc, 292-293; y Maier, J. B. J. (2011). *Derecho Procesal Penal, II*, Parte General, Sujetos Procesales. Buenos Aires. Editores del Puerto, 582.

114 Cfr. Maier, J. B. J. *Derecho Procesal Penal, II...* Ob. cit., 582; Maier, J. B. J. (1992). “La víctima y el Sistema Penal”. En AA. VV. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires. Ad-Hoc, 186; Binder, A. M. *Derecho Procesal Penal*. Ob. cit. T. II, 341; y Anitua, G. I. - Borinsky, M. H. (1999). “Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales europeos”. En AA. VV. *Sistemas Procesales Penales Comparados* (dirigida por Hendler, Edmundo S.). Buenos Aires. Ad-Hoc, 454-455.

115 Cfr. Binder, A. M. *Derecho Procesal Penal*. Ob. cit. T. II, 409-410.

116 Citado por Sancinetti, M. Ob. cit., 7.

representante de la cosa pública. Tanto es así, que la orfandad de víctima supérstite o pariente conocido no menguaba la prescripción contenida en la manda de extraer de “[...] Israel la sangre inocente, y te irá bien”, por cuanto en la estructura de esta manda se evidencia el carácter público de la pena¹¹⁷, que precisamente demarca la indisponibilidad de la acción penal, pues solo de esta manera, es decir, si ante cada hecho idéntico se ofrece una reacción igual, puede irle bien a la comunidad¹¹⁸.

Otro ejemplo a partir del cual puede vislumbrarse que lo determinante para delimitar la disponibilidad o no de la acción penal es la gravedad de la conducta perpetrada y no el modelo procesal implementado es el caso de Grecia. Allí, junto a la facultad de todo ciudadano de perseguir delitos públicos, también emanaba una persecución oficial de carácter subsidiario impulsada por los *Thesmotetas*, frente a infracciones capitales que ponían en crisis la *polis*¹¹⁹. En efecto, ante estas circunstancias los magistrados denunciaban a la Asamblea del Pueblo o el Senado los hechos penales, y luego la acusación resultaba asumida por un ciudadano (designado por los organismos aludidos), que la radicaba en el tribunal de los *Heliastas* o el de los *Efectas*¹²⁰.

Por tanto, ha de remarcarse esta determinación de los griegos para procurar que la justicia se expresara ante la comisión de los delitos de acción pública por su especial gravedad para toda la comunidad política, lo que claramente no se relaciona a la clase de molde procesal instaurado o el carácter privado o popular de la acción¹²¹.

La historia de Roma también nos permite observar ciertos puntos de contacto con lo afirmado, véase por ejemplo que la *provocatio ad populum* instituida por las leyes Valerias, el amanecer de la República y la instauración de una justicia centuria habrían concitado una paulatina mutación ha-

117 Ídem.

118 Sancinetti, M. Ob. cit., 6. Asimismo, la promulgación de esta ley nos enseña la imposibilidad de que la familia de la víctima se declarase satisfecha por un resarcimiento del homicida en el marco de una composición, por cuanto la justicia social sustituía en estos supuestos a la justicia particular.

119 Cfr. Maier, J. B. J. *Derecho Procesal Penal. I...* Ob. cit., 269-270; y Vélez Mariconde, A. Ob. cit. T. I, 27.

120 Ídem; y Trillo Navarro, J. P. Ob. cit., 13.

121 En el caso de los egipcios puede entreverse cierta analogía. Pues todos los egipcios debían impulsar la acción penal y la acusación, dado que su ejercicio era un imperativo legal, cuyo incumplimiento acarrearía la pena de azotes [Ayarragaray, C. A. *El Ministerio Público*. Ob. cit., 12; y Gutiérrez Fernández, B. (1866). *Examen histórico del Derecho Penal*. Ob. cit., 13]. Pensemos que el delito constituía una ofensa contra la deidad y la manifestación del *jus divinum*. Por tanto, todos debían perseguir la represión de estos hechos lesivos del interés divino y social a lo largo de un territorio en donde la venganza privada había perimido desde tiempos de la reina-diosa Isis [Ayarragaray, C. A. Ob. cit., 11; y Du Bois, A. Ob. cit., 5-6].

cia una popular administración del servicio de justicia, que intervendría originariamente en crímenes capitales o *per provocationem* en delitos comunes, a través del impulso incoado por ciudadanos romanos, varones y libres¹²².

Sin embargo, no obstante esta característica pasible de asociarse a un proceso acusatorio de corte material, ha de notarse que la persecución de ciertos crímenes fue encomendada a funcionarios (v. gr., *quaestores* o *duoviri perduellionis parricidii, tribunos y ediles*), quienes actuaron como inquisidores y acusadores públicos¹²³, lo que denota un reconocimiento de que ante determinados delitos (léase los más graves atentados contra la comunidad política) es necesario evitar la impasividad cívica y la imprudencia de aguardar la iniciativa individual¹²⁴.

Análoga situación se avizora en la República, donde si bien se sujetaba la intervención estatal al impulso voluntario de los particulares¹²⁵, ante los delitos cometidos en banda o la perturbación manifiesta del orden público se admitió el desempeño directo del magistrado¹²⁶, en pos de no permitir la impunidad de una infracción de cariz alarmante¹²⁷.

De hecho, en realidad, la necesidad social de proteger a la sociedad frente a la pasividad de la ciudadanía¹²⁸ y el apremio tanto por asegurar la intervención estatal como el ejercicio de la acción penal ante determinados delitos sumamente graves¹²⁹ ya avizorados en la justicia centuria¹³⁰ y la última centuria de la República fueron unos de los motivos para que Augusto estableciera gradualmente la *cognitio extra ordinem*¹³¹.

122 Cfr. Maier, J. B. J. *Derecho Procesal Penal, I...* Ob. cit., 276.

123 Cfr. Vélez Mariconde, A. Ob. cit. T. I, 36-37.

124 Ídem.

125 Para un mayor estudio vide Ayarragaray, C. A. Ob. cit., 15; Vélez Mariconde, A. Ob. cit. T. I, 38; Maier, J. B. J., *Derecho Procesal Penal, I...* Ob. cit., 278-279 y 281; Mommsen, T. (1905). *Derecho Penal Romano*. Madrid. La España Moderna. Dorado Montero, Pedro –trad.–, Libro III, cap. X, 320; y Cicerón, M. T. (2009). *Discursos I, Verrinas*. Barcelona. Gredos, 15.

126 En la tradición histórica del Derecho anglosajón también se comprueba la coexistencia de una justicia regida por un sistema acusatorio con investigaciones oficiosas efectuadas por jueces de paz [cfr. Tinoco Pastrana, A. (may. 1999). *El sistema judicial penal en el Common Law y el principio de oportunidad*, tesis doctoral del Departamento de Derecho Penal y Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 18-19].

127 Cfr. Vélez Mariconde, A. Ob. cit. T. I, p. 38.

128 Cfr. ibidem, 48.

129 Pueden ampliarse los vaivenes operados por el anonadamiento del amor a la cosa pública en Roma, la impunidad originada por una acusación vuelta en un hecho exótico, la sustitución de acusadores públicos y el decreto de Trajano orientado a impedir la avidez de recompensas en Vélez Mariconde, A. Ob. cit. T. I, 47-49; y Ayarragaray, C. A. Ob. cit., 17.

130 Cfr. Vélez Mariconde, A. Ob. cit. T. I, 36-37.

131 Adviértase cierta semejanza en este proceso histórico con una persecución penal privada que habría imperado en Estados Unidos hasta el siglo XVIII, pero tal como enseña Bovino, habría ingresado en crisis debido a su carácter vengativo, elitista e ineficiente, dando

En fin, lo hasta aquí desarrollado permite inferir que ya sea desde una perspectiva funcional, como de una histórica, el proceso acusatorio no implica necesariamente la disponibilidad de la acción penal o aplicación del llamado principio de oportunidad, pues la posibilidad de disponer o no de la persecución penal responde a otras razones. Efectivamente, las características esenciales del modelo acusatorio se afincan en la necesidad de separar las funciones de los actores procesales para preservar la imparcialidad del juzgador; y proyectar en el proceso la división de poderes, junto al sistema de frenos-contrapesos republicanos; mientras que las justificaciones en torno a la viabilidad o no de disponer de la acción penal operan en otro plano.

7. Conclusiones

De lo hasta aquí expuesto, se infiere la importancia de no incurrir en confusiones respecto a qué elementos son inherentes al proceso acusatorio o se implican recíprocamente a éste.

A modo de recapitulación del *iter* recorrido, es posible concluir que cualquiera sea el modelo procesal escogido, la búsqueda de la verdad es un presupuesto del fin de todo proceso, que es precisamente “dar a cada uno lo suyo”, acto de justicia ordenado al bien común de la comunidad política, las víctimas de los delitos en particular; y el buen vivir de los hombres.

A la vez, podemos inferir que el proceso acusatorio no se identifica necesariamente con la desformalización, la oralidad, el principio de oportunidad o los criterios de disponibilidad de la acción penal, ya sea desde una perspectiva funcional o histórica.

Más aún, a la luz de lo desarrollado cabe añadir que un proceso respetuoso de la división de funciones tampoco implica una *conditio sine qua non* de una manera de administrar justicia más racional y civilizada, tal como se pudo comprobar axiológicamente y a partir de esquemas procesales aplicados en tiempos pretéritos.

De esta forma, siempre guiados por el buen lazarillo del ánimo de veracidad e imbuidos de un auténtico espíritu académico pudimos desandar un método o sendero seguro¹³² para discernir, como amigos del buen mirar, que

paso así a la necesidad de instaurar la persecución penal pública [cfr. Bovino, A. (1988). “La persecución penal pública en el Derecho anglosajón”. En *Lecciones y Ensayos*, n° 49. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (disponible en http://www.icjsinaloa.gob.mx/medios/publicaciones/persecucion_penal.pdf, fecha de consulta: 27-4-2016), 30-31].

¹³² Se sigue de cerca el magisterio de Félix Lamas en Lamas, F. A. (2013). *El hombre y*

ciertas afirmaciones habitualmente vertidas como dogmas por la doctrina moderna, respecto al proceso acusatorio, no condicen con los elementos que definen su realidad procesal.

Dada la significancia de esta clase de procesos, hoy constituidos en el *hashtag* más representativo de la expresión constitucional, se intentó advertir sobre ciertos mitos enhebrados al esquema acusatorio, que a fuer de una repetición naturalizada pueden inculturarse; conduciendo, así, a partir de un error inicial para arribar a un gran yerro final.

En definitiva, este trabajo es una invitación a pensar una y otra vez algunos enunciados hoy en boga, que suelen emparentarse al proceso acusatorio. Simplemente, como diría un buen amigo, esta investigación es tan solo un “embrión de *disputatio*”¹³³, que busca interpelarnos a no repetir premisas sin espíritu crítico, a dirigir la mirada hacia la verdad de las cosas y a recibir la medida de la realidad. Sencillamente, tomando como faro a Pieper, se trata de ser fieles a esa dignidad definitoria del académico, quien se vuelve *capax universi*, es decir, capaz de convenir con todo lo que es (*convenire cum omni ente*)¹³⁴. En nuestro caso, la cuestión se ciñe a aferrar desinteresadamente aquello que verdaderamente hace a un proceso acusatorio.

Bibliografía

- Albert, M. (2009). “Relativismo ético, ¿absolutismo jurídico?” En vol. Relativismo ético y derecho de *Persona y Derecho*. Universidad de Navarra, n° 69, 51, disponible en <https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/17712/1/51917929.pdf> (fecha de consulta: 19-6-2018).
- Alonso y Royano, F. (1998). “El Derecho en el Egipto faraónico”. En *Espacio, Tiempo y Forma*. T. XI. Serie II, Historia Antigua. España. Universidad Nacional de Educación a Distancia, UNED (Facultad de Geografía e Historia).
- Anitua, G. I. - Borinsky, M. H. (1999). “Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales europeos”. En AA. VV. *Sistemas Procesales Penales Comparados* (dirigida por Hendler, Edmundo S.). Buenos Aires. Ad-Hoc.
- Anónimo (1986). *El libro de los Muertos*, n° 73 de Biblioteca Personal Jorge Luis Borges. Buenos Aires. Hyspamerica Ediciones Argentina S.A.
- Aristóteles (2001). *Ética a Nicómano*. Madrid. LIBSA. Edición especial para Editorial El Ateneo.

su conducta. 1ª ed. Ciudad de Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos “Santo Tomás de Aquino”, introducción general y caps. I-II; y Lamas, F. A. (1991). *La experiencia jurídica*. Ciudad de Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, cap. VII.

¹³³ Cfr. Hernández, H. H. (2017). *La discusión académica. Historia del CENTOLIAR*. Buenos Aires. E.D.A., 36 y 41.

¹³⁴ Cfr. Pieper, J. (2003). *El ocio y la vida intelectual*. Madrid. Rialp, 199.

- Aristóteles (1994). *Metafísica*. Madrid. Gredos.
- Aristóteles (2014). *Política*. Buenos Aires. Alianza.
- Aristóteles (2007). *Retórica*. Madrid. Gredos.
- Armenta Deu, T. (2008). *Estudios sobre el Proceso Penal*. Santa Fe. Rubinzal Culzoni.
- Ayarragaray, C. A. (1928). *El Ministerio Público*. Buenos Aires. J. Lajouane & Cía. Editores.
- Baratta, A. (2004). *Criminología y Sistema Penal (compilación in memoriam)*. Montevideo-Buenos Aires. B de f.
- Beccaria, C. (2002). *De los delitos y las penas*. Buenos Aires. Losada.
- Binder, A. (2014). *Derecho Procesal Penal*. T. II. Buenos Aires. Ad-Hoc.
- Binder, A. (2000). *Ideas y materiales para la Reforma de la Justicia Penal*. Buenos Aires. Ad-Hoc.
- Binder, A. M. (2004). *Justicia Penal y Estado de Derecho*. Buenos Aires. Ad-Hoc.
- Bovino, A. (1988). “La persecución penal pública en el Derecho anglosajón”. En *Lecturas y Ensayos*, n° 49. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (disponible en http://www.icjsinaloa.gob.mx/medios/publicaciones/persecucion_penal.pdf, fecha de consulta: 27-4-2016).
- Bovino, A. (1993). *La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos*, trabajo realizado a raíz de la Ponencia presentada al V Congreso Latinoamericano Universitario de Derecho Penal y Criminología, celebrado en Santiago, Chile, 12 al 15 de mayo, 1993, fecha de consulta: 13-7-2016, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2006/05/doctrina30779.pdf>.
- Bovino, A. (2009). *Principios políticos del procedimiento penal*. Buenos Aires. Editores del Puerto.
- Bovino, A. (2007). *Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo*. 1ª edición. Buenos Aires. Editores del Puerto.
- Caballero, R. J. (2003). *Justicia inquisitoria. El sistema de Justicia Criminal de la Inquisición Española*. Argentina. Grupo Editorial Planeta S.A.I.C.
- Cicerón, M. T. (2009). *Discursos I, Verrinas*. Barcelona. Gredos.
- Cicerón, M. T. (1982). “Sobre la República”. En *Obras Políticas*. Madrid. Gredos.
- Cicerón, M. T. (2001). *Sobre los Deberes*. Alianza.
- Du Bois, A. (1850). *Historia del Derecho Criminal. De los pueblos antiguos hasta el establecimiento del Cristianismo*. Madrid. C. Bailly-Bailliere.
- Durán, D. (1867). *Historia de las Indias de la Nueva España e Islas de Tierra Firme*. T. I, publicado por José F. Ramírez, individuo de varias sociedades literarias, nacionales y extranjeras. México. Imprenta de J. M. Andrade y F. Escalante. Bajos de San Agustín N° 1.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid. Trotta.
- Gacto Fernández, E. (1997). “Observaciones Jurídicas sobre el proceso inquisitorial”. En *La Inquisición en Hispanoamérica*. Abelardo Levaggi (Coord.). Buenos Aires, Ciudad Argentina. Universidad del Museo Social Argentino.
- Gamboa, A. - Romero Berdullas, C. M. (2015). *Planteos actuales de la Política Criminal*. Buenos Aires. Ad-Hoc.
- Gamboa, A. - Romero Berdullas, C. M. (2014). *Proceso Constitucional Acusatorio*. Buenos Aires. Ad-Hoc.

- Goldschmidt, J. (2016). “Problemas jurídicos y políticos del Proceso Penal”. En colección *Maestros del Derecho Penal*, n° 46, 1ª edición. Montevideo-Buenos Aires. B de f.
- Graves, R. (1985). *Los mitos griegos*. Colección de Biblioteca Personal Jorge Luis Borges. Buenos Aires. Hyspamérica Ediciones S.A.
- Gutiérrez Fernández, B. (1866). *Examen histórico del Derecho Penal*. Madrid.
- Guzmán, N. (2006). *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*. Buenos Aires. Editores del Puerto.
- Hernández, H. H. (2017). *La discusión académica. Historia del CENTOLIAR*. Buenos Aires. E.D.A.
- Hernández, H. H. (2013). *El garantismo abolicionista*. Buenos Aires. Marcial Pons.
- Hernández, H. (2017). *Inseguridad y garantismo abolicionista*. Buenos Aires. Cathedra Jurídica.
- Hulsman, L. (1989). “La criminología crítica y el concepto de delito”. En AA. VV. *Abolicionismo penal*. Buenos Aires. Ediar.
- Hulsman, L. - Bernat de Celis, J. (1984). *Sistema Penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*. Barcelona. Ariel.
- Iturralde, C. R. (2014). *1492, Fin de la barbarie, comienzo de la civilización en América*. T. I. Buenos Aires. Editorial del Buen Combate.
- Jauchen, E. M. (2012). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. T. I. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.
- Jiménez de Asúa, L. (1964). *Tratado de Derecho Penal, concepto del Derecho Penal y de la Criminología, historia y legislación penal comparada*. T. I. Buenos Aires. Losada.
- Lamas, F. A. (2013). *El hombre y su conducta*. 1ª edición. Ciudad de Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos “Santo Tomás de Aquino”.
- Lamas, F. A. (1991). *La experiencia jurídica*. Ciudad de Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino.
- Lezica, M. J. R. de (2017, 24 de julio). “Elementos del proceso penal en Santo Tomás de Aquino”. *El Derecho, diario de doctrina y jurisprudencia de Filosofía del Derecho*. Buenos Aires, N° 14.229, año LI, ED 273, pp. 10-11.
- Maier, J. B. J. (2004). *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*. 2ª edición. Buenos Aires. Editores del Puerto.
- Maier, J. B. J. (2011). *Derecho Procesal Penal, II. Parte General, Sujetos Procesales*. Buenos Aires. Editores del Puerto.
- Maier, J. B. J. (2015). *Derecho Procesal Penal, III. Parte General, Actos Procesales*. Buenos Aires. Ad-Hoc.
- Maier, J. B. J. (1992). “La víctima y el Sistema Penal”. En AA. VV. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires. Ad-Hoc.
- Mathiesen, T. (1989). “La política del abolicionismo”. En AA. VV. *Abolicionismo penal*. Buenos Aires. Ediar.
- Mommsen, T. (1905). *Derecho Penal Romano*. Madrid. La España Moderna. Dorado Montero, Pedro (trad.).
- Montero Aroca, J. (1997). *Principios del Proceso Penal. Una explicación basada en la razón*. 1ª edición. Valencia. Tirant lo Blanch.

- Montesquieu (1906). *El Espíritu de las Leyes*. Madrid. Librería General de Victoria-no Suárez.
- Ortega y Gasset, J. (1950). *El espectador*. Madrid. Biblioteca Nueva.
- Pastor, D. R. (2005). *Recodificación penal y principio de reserva de código*. Buenos Aires. Ad-Hoc.
- Pieper, J. (2003). *El ocio y la vida intelectual*. Madrid. Rialp.
- Pieper, J. (2009). *La realidad y el bien. La verdad de las cosas*. Buenos Aires. Librería Córdoba.
- Platón (2001). *Diálogos*. Madrid. LIBSA. Edición especial para Editorial El Ateneo.
- Poma de Ayala, F. G. *El primer nueva corónica y buen gobierno (1615/1616)*, facsímil del manuscrito, transcripción anotada, documentos y otros recursos digitales del Centro digital de investigación de la Biblioteca Real de Dinamarca, Copenhague. *Det Kongelige Bibliotek*, Postbox 2149, DK-1016 (+45) 33 47 47 47, kb@kb.dk EAN lokations nr: 5798 000795297.
- Repetto, A. (2007). *El acto culpable: el dolo y la culpa como sus formas*. Buenos Aires. Cathedra Jurídica.
- Romero Berdullas, C. M. (2016). “Derecho Penal líquido: derrame de la expresión constitucional”. *Forum 4*. Anuario del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina. Buenos Aires. Educa, 119-182.
- Romero Berdullas, C. M. (2013). *Educación desde los santos*. Buenos Aires, edición de autor.
- Romero Berdullas C. M. (25 de junio, 2017). *Principio de oportunidad*, comunicación expuesta en la V reunión de la Asociación Jurídica Santo Tomás de Aquino.
- Romero Berdullas, C. M. (2015). “#Proceso Acusatorio: ¿Hashtag Constitucional?” En AA. VV. *Forum III*. Buenos Aires. Educa, 57-110.
- Romero Berdullas, C. M. (2016). “Proceso penal en clave republicana: salvaguarda constitucional contra los analogados del cesarismo”. En AA. VV. *Prudentia Iuris*, N° 82. Buenos Aires. Educa, 79-106.
- Rusconi, M. (1991). “División de Poderes en el Proceso Penal”. *La Ley*, t. 1991-D. Buenos Aires, 1130 y sigs.
- Sacheri, C. (2016). *Filosofía e Historia de las ideas filosóficas*. Mendoza. Escipión.
- Sáenz, A. (2004). “La querrela de las investiduras. La herejía de los Cátaros”. En *La nave y las tempestades*. T. IV. Buenos Aires. Gladius.
- Sancinetti, M., “Avenimiento y mediación: ¿la pena como ‘objeto de negocios jurídicos?’”, en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina38164.pdf>, fecha de consulta: 18-8-2017.
- Santo Tomás de Aquino (2016). *El Gobernante Cristiano. (De regimine principum ad regem Cypri)*. Córdoba. Athanasius.
- Santo Tomás de Aquino (1998 y 2001). *Suma de Teología*. Madrid. BAC.
- Tinoco Pastrana, A. (may. 1999). *El sistema judicial penal en el Common Law y el principio de oportunidad*, tesis doctoral del Departamento de Derecho Penal y Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, Sevilla.
- Trillo Navarro, J. P. “Ministerio Fiscal: Diacronía de una vinculación política y El Fiscal: acusar o instruir en la C.E. de Roma a la Reforma de la L.E.Crim.”. En Sa-

- beres, *Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*. Madrid. Universidad de Alfonso X el Sabio, Facultad de Estudios Sociales Villanueva de la Cañada. v. VI, 2008; y v. III, 2005.
- Vélez Mariconde, A. (1969). *Derecho Procesal Penal*. T. I, 2ª edición. Buenos Aires. Lerner.

**¿ES POSIBLE LA SINDICALIZACIÓN DE LAS FUERZAS
POLICIALES EN ARGENTINA?**

Is it Possible to Unionize the Police Forces in Argentina?

È possibile la unionizzazione delle forze di polizia in Argentina?

Isaac Marcelo Basaure Miranda¹

Recibido: 16 de julio de 2018

Aprobado: 31 de julio de 2018

Resumen: En el año 2017 la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por primera vez, se expidió sobre si las fuerzas policiales poseen o no derecho a sindicalizarse, es decir, si esto está o no previsto en el ordenamiento jurídico argentino. Si bien la decisión de la CSJN fue a favor de la negativa, el fallo da lugar al análisis de las siguientes cuestiones.

Por un lado, el proceso que llega ante la SCJN tiene su origen en la Provincia de Buenos Aires, donde la ley provincial expresamente prohíbe toda actividad sindical del personal policial, siendo este el principal argumento para negar la inscripción sindical al cuerpo de policía. Por otra parte, lo anterior trae a la luz que al haber adoptado el Estado argentino la forma de gobierno federal, tal cual se declara en nuestra Constitución Nacional, cada provincia mantiene la facultad de otorgarse sus propias fuerzas de seguridad. Llevándonos, finalmente, a considerar si la posibilidad del derecho al reconocimiento gremial de un sindicato sea algo que pueda diferir de provincia a provincia por las particularidades de cada legislación provincial.

¹ Abogado por la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Diplomado en Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco y la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación Argentina. Correo electrónico: isaac-basaure@gmail.com.

Palabras claves: Organización Internacional del Trabajo - Constitución Nacional - Tratados Internacionales - Corte Suprema de Justicia de la Nación - Sindicalización policial.

Abstract: In the year 2017 the National Supreme Court of Justice, for the first time ruled on whether or not police forces have the right to unionize, that is, whether or not this is provided for in the Argentine legal system. Although the decision of the CSJN was in favor of the refusal, the decision serve to analyze the following issues.

On the one hand, the process that comes before the SCJN has its origin in the Province of Buenos Aires where the provincial law expressly prohibit all union activity of the police personnel, this being the main argument to deny union registration to the police force. On the other hand, the foregoing brings to light that, having adopted the Argentine State a federal form of government, as it is declared in our National Constitution, each province maintains the power to grant its own security forces. Taking us finally, to consider if the possibility of the right to the union recognition of a union, is something that can differ from province to province by the particularities of each provincial legislation.

Keywords: International Labor Organization - National Constitution - International Treaties - Supreme Court of the Nation - Police Syndicalization.

Sommario: Nel 2017, la Corte Suprema di Giustizia della Nazione, per la prima volta è stata emessa sulla questione se le forze di polizia hanno il diritto di sindacalizzarsi, cioè se questo è previsto nell'ordinamento giuridico argentino. Sebbene la decisione della CSJN fosse favorevole al rifiuto, la decisione non ha analizzato i seguenti problemi. Da un lato, il processo che precede l' SCJN ha la sua origine nella provincia di Buenos Aires, dove la legge provinciale esprime espressamente tutte le attività sindacali del personale di polizia, questo è l'argomento principale per negare la registrazione del sindacato alle forze di polizia. D'altro canto, quanto precede porta alla luce che, avendo adottato lo Stato argentino la forma di governo federale, come viene dichiarata la nostra Costituzione nazionale, ogni provincia mantiene il potere di concedere le proprie forze di sicurezza. Portarci infine, a considerare se la possibilità del diritto al riconoscimento sindacale di un'unione, è qualcosa che può variare da provincia a provincia dalle particolarità di ciascuna legislazione provinciale.

Parole chiave: Organizzazione internazionale del lavoro - Costituzione Nazionale - Trattati Internazionali - Corte Suprema Della Nazione - Sindicalizzazione della polizia.

Para citar este texto:

Basaure Miranda, I. M. (2018). "¿Es posible la sindicalización de las fuerzas policiales en Argentina?", *Prudentia Iuris*, N° 86, pp. 169-189.

I. Introducción

El pasado 11 de abril de 2017, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (en adelante, CSJN), en el fallo caratulado "Recurso de hecho deducido por el actor en la causa Sindicato Policial Buenos Aires c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales"², se expidió, por primera vez, acerca de si las fuerzas policiales poseen o no derecho a sindicalizarse; esto es, si se encuentran autorizadas por el ordenamiento jurídico argentino a constituir una organización sindical que les permita defender sus derechos en su calidad de trabajadores del sector público. La decisión de la CSJN fue a favor de la negativa.

El máximo tribunal argentino entendió que los miembros de la Policía carecen de un Derecho Constitucional a formar un sindicato, toda vez que: "Es constitucionalmente admisible la restricción o la prohibición de la sindicalización de los miembros de las fuerzas de policía provinciales si ella es dispuesta por una ley local". La CSJN consideró que el art. 12, inc. e)³, de la Ley N° 13.982⁴, de la Provincia de Buenos Aires (en adelante, PBA), prohíbe toda actividad sindical al personal policial, por tanto rechazó la posibilidad de otorgar la inscripción gremial a la Policía. Aquí es preciso aclarar que el Estado argentino ha adoptado, desde su fundación, la forma de gobierno federal; tal es lo que recepta el art. 1°⁵ de su Constitución Nacional⁶ (en ade-

2 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. "Recurso de hecho deducido por el actor en la causa Sindicato Policial Buenos Aires c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales". Sentencia del 11 de abril de 2017. *Fallos*: 340:437. Recuperado de: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7368742>. Consulta: 19 de enero de 2018.

3 Artículo 12, inciso e) de la Ley N° 13.982: "El personal tendrá las siguientes prohibiciones: [...] Desarrollar actividades lucrativas o de cualquier otro tipo incompatibles con el desempeño de las funciones policiales".

4 Legislatura de la Provincia de Buenos Aires. (2009). Ley N° 13.982. La Plata. 9 de marzo. Recuperado de: <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/1-13982.html>. Consulta: 19 de enero de 2018.

5 Artículo 1° de la Constitución Nacional Argentina: "La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución".

6 Constitución de la Nación Argentina. (2013). Buenos Aires. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

lante, CN). En atención a ello, dentro de las competencias no delegadas por las entidades autónomas (provincias), al Estado Nacional, consagradas en los arts. 121⁷ y 122⁸ de la CN, se encuentra la facultad de darse sus propias instituciones locales, lo que significa que cada provincia puede contar con su propia fuerza policial. Debido a tal coyuntura política, en Argentina no existe una única policía, por tanto, el reclamo de las fuerzas de seguridad, en lo relativo a obtener el reconocimiento gremial de un sindicato, debe ser analizado en virtud de las particularidades legislativas de cada provincia.

La causa que motivó el pronunciamiento de la CSJN surgió como consecuencia del recurso extraordinario interpuesto por el Sindicato Policial Buenos Aires (en adelante, SIPOBA), contra la sentencia de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (en adelante, CNAT), caratulada “Sindicato Policial Buenos Aires c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales”⁹, emitida el día 22 de octubre del año 2010. En ella, la CNAT confirmó la Resolución Ministerial N° 169/1998 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación, redactada por el entonces titular del organismo, Dr. Antonio Erman González, el día 10 de marzo de 1998. En la citada resolución, el Ministro de Trabajo rechazó el pedido de inscripción gremial formulado por el SIPOBA, argumentando que la Ley N° 23.551¹⁰ de Asociaciones Sindicales no resultaba aplicable a las instituciones de estructura verticalista, tales como los organismos policiales provinciales; sostuvo, además, que la legislación nacional no ha previsto ningún tipo de normativa en la que se aluda al reconocimiento de la libertad sindical y protección del derecho de sindicación de las Fuerzas Armadas y Policía.

La CNAT compartió los argumentos del ministro, ejemplo de ello es el voto del Dr. Juan Carlos Fernández Madrid, quien afirmó: “No hay legislación interna que regule la posibilidad de sindicación y de ejercicio de los demás derechos vinculados a ella por parte de las fuerzas de seguridad.

7 Artículo 121 de la Constitución Nacional Argentina: “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”.

8 Artículo 122 de la Constitución Nacional: “Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del Gobierno federal”.

9 Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala V. “Sindicato Policial Buenos Aires c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales”. Sentencia del 22 de octubre de 2010. Expediente N° 8017/98. Recuperado de: <http://www.cij.gov.ar/nota-5733-La-C-mara-del-Trabajo-rechaz-un-pedido-de-inscripci-n-gremial-de-un--Sindicato-Policial-.html>. Consulta: 19 de enero de 2018.

10 Congreso de la Nación Argentina. (1988). Ley N° 23.551. Buenos Aires. 23 de marzo. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/20993/texact.htm>. Consulta: 19 de enero de 2018.

Además, considero que cuerpos que responden a un orden vertical y están creados para proteger la seguridad del país y de las personas no pueden asimilarse a los dependientes comunes a los que refiere la Ley N° 23.551, por lo que entiendo que la misma no es aplicable”.

Por otro lado, desde el paradigma del Derecho Internacional Público, la CNAT, a través del voto de la Dra. María C. García Margalejo, manifestó que existen una serie de Tratados Internacionales, ratificados por Argentina, que contienen restricciones legales al ejercicio del derecho de sindicación para los miembros de Fuerzas Armadas y Policía. En ésta línea, mencionó el art. 16¹¹ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹² (en adelante, CADH), ratificada por Argentina mediante Ley N° 23.054¹³; el art. 8° incisos 1° y 2°¹⁴, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁵ (en adelante, PIDESC); y el art. 22¹⁶, del Pacto Internacional

11 Artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole. 2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. 3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía”.

12 Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). San José de Costa Rica. 7 de noviembre. Recuperado de: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_american_a_sobre_derechos_humanos.htm. Consulta: 20 de enero de 2018.

13 Congreso de la Nación Argentina. (1984). Ley N° 23.054. Buenos Aires. 1° de marzo. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28152/norma.htm>. Consulta: 20 de enero de 2018.

14 Artículo 8°, incisos 1° y 2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos; b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas; c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos; d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país. 2. El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado”.

15 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1966). Nueva York. 16 de diciembre. Recuperado de: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>. Consulta: 20 de enero de 2018.

16 Artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “1. Toda persona

de Derechos Civiles y Políticos¹⁷ (en adelante, PIDCP); ratificados, éstos dos últimos, por el Estado argentino mediante Ley N° 23.313¹⁸. Los precitados instrumentos internacionales permiten a los Estados signatarios restringir, e incluso suprimir, el derecho de asociación a los integrantes de la Policía. Para apuntalar su fundamentación, la CNAT citó, además, los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT); en particular, hizo mención al art. 9°¹⁹ del Convenio N° 87²⁰ (en adelante, C087), relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, aprobado por Argentina mediante Ley N° 14.932²¹; y al art. 5.1²² del Convenio N° 98²³ (en adelante, C098), el cual versa sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, ratificado por el Poder Ejecutivo Nacional mediante el Decreto Ley N° 11.594²⁴. Dichas disposiciones internacionales otorgan, a

tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses. 2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía. 3. Ninguna disposición de este artículo autoriza a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, a adoptar medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en él ni a aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías”.

17 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1966). Nueva York. 16 de diciembre. Recuperado de: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>. Consulta: 20 de enero de 2018.

18 Congreso de la Nación Argentina. (1986). Ley N° 23.313. Buenos Aires. 17 de abril. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/23782/norma.htm>. Consulta: 20 de enero de 2018.

19 Artículo 9° del Convenio N° 87 de la Organización Internacional del Trabajo: “La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas por el presente Convenio”.

20 Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación N° 87. (1948). San Francisco. 9 de julio. Recuperado de: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C087. Consulta: 20 de enero de 2018.

21 Congreso de la Nación Argentina. (1959). Ley N° 14.932. Buenos Aires. 10 de noviembre. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/200000-204999/203613/norma.htm>. Consulta: 20 de enero de 2018.

22 Artículo 5.1 del Convenio N° 98 de la Organización Internacional del Trabajo: “La legislación nacional deberá determinar el alcance de las garantías previstas en el presente Convenio en lo que se refiere a su aplicación a las fuerzas armadas y a la policía”.

23 Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva N° 98. (1949). Ginebra. 1° de julio. Recuperado de: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C098. Consulta: 20 de enero de 2018.

24 Poder Ejecutivo Nacional. (1956). Decreto Ley N° 11.594. Buenos Aires. 2 de julio. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/200000-204999/201442/norma.htm>. Consulta: 20 de enero de 2018.

cada país firmante, un ámbito de libertad para decidir, discrecionalmente, hasta qué punto las garantías reconocidas en ellas serán o no aplicables a la Policía y a las Fuerzas Armadas.

Por tales razones, la CNAT entendió: “Al dejar los Convenios de la OIT números 87 y 98 expresamente establecido que es la legislación nacional la que deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las Fuerzas Armadas y a la Policía las garantías previstas en dichos Convenios, ponen en claro, a mi juicio, que los derechos del tipo de los allí considerados deberán ser objeto de una legislación especial –nacional– en cuanto respecta a esas fuerzas, de modo tal que por el solo hecho de que esa legislación aún no se haya formulado no es procedente concluir que ello implique derechamente la aceptación de aquellas prerrogativas a los casos de las mencionadas fuerzas”. Por tanto, ante tal ausencia de legislación, la CNAT concluyó que, en la práctica, Argentina no ha reconocido el derecho a la sindicalización de la Policía, dado que ninguna ley ha conferido expresamente ese derecho al personal policial.

Basándose en las razones expuestas, la CNAT confirmó la Resolución Ministerial N° 169/1998 y rechazó el pedido de inscripción gremial formulado por el SIPOBA. Más tarde, el SIPOBA apeló la sentencia ante la CSJN, pero ésta, apoyándose en los argumentos expuestos sucintamente en la presente introducción, confirmó la sentencia de la CNAT, elevándola a la categoría de firme.

A la luz del fallo “Recurso de hecho deducido por el actor en la causa Sindicato Policial Buenos Aires c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales” de la CSJN, según el cual la Policía no tiene derecho a sindicalizarse, se analizará a continuación el bloque constitucional argentino, sus tratados internacionales, su legislación interna, y su jurisprudencia pertinente a la temática en estudio, a los fines de determinar si en Argentina la sindicalización de las fuerzas policiales es posible.

II. La libertad sindical en la Constitución Nacional

El derecho de todo trabajador a formar una organización sindical se encuentra reconocido en el art. 14 bis de la CN, cuando dispone: “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: [...] organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial”. Como se observa, del texto constitucional no surge ninguna medida que prohíba a los miembros de las fuerzas policiales ejercer tal derecho. La cláusula hace alusión al trabajo en sus diversas formas, lo cual, en lugar de concebirse como una disposición susceptible de ser restringida, nos da la pauta de que, por el contrario, ha sido redactada con la intención de alcanzar a todas las actividades lícitas

que se ejercen dentro del país, entre las que se encuentra, sin dudas, la labor policial. Debido a ello, la circunstancia de que los policías se desempeñen dentro del sector público, realizando tareas de seguridad, no debe ser entendida como un elemento que desnaturalice su calidad de trabajadores.

La propia CSJN, en la sentencia “B., R. E. c/ Policía Federal Argentina s/ amparo”²⁵, del 17 de diciembre de 1996, reconoció al policía como un trabajador. La causa se originó por la demanda interpuesta por un subcomisario de la Policía Federal Argentina, contra un acto administrativo de la citada fuerza policial, que disponía el pase a retiro obligatorio del uniformado, basándose en una particularidad relativa a su persona: esto es, el padecimiento del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA). La CSJN sostuvo que el proceder del acto administrativo era una: “Afectación del mandato constitucional según el cual el trabajo, en sus diversas formas, ha de gozar de la protección de las leyes (art. 14 bis)”. Y que, por tanto, se estaba empujando al trabajador a la segregación en su calidad de portador de HIV. Así las cosas, la CSJN estableció: “Toda restricción o limitación al derecho del trabajo en aquellos casos en que las consecuencias de la infección del virus HIV no afecten concretamente las aptitudes para el trabajo –o no se hayan agotado las posibles asignaciones de tareas acordes a la aptitud del agente– importa una conducta irracional y discriminatoria que el orden jurídico debe hacer cesar por medios idóneos”.

El fallo reseñado expone claramente que, para la CSJN, dentro del art. 14 bis de la CN, se reconoce como trabajadores a los policías, en consecuencia, tienen plena legitimación para ejercer los derechos que el texto constitucional les reconoce. Si bien la naturaleza de la cuestión es de índole sanitaria y no sindical, es claro que para la CSJN el art. 14 bis, CN, impone, en principio, su tutela jurídica a todos los trabajadores, sin discriminación alguna. En el mismo tenor, la Ley N° 23.551, en su art. 4°, dispone: “Los trabajadores tienen los siguientes derechos sindicales: a) Constituir libremente y sin necesidad de autorización previa, asociaciones sindicales”.

Habiéndose fundamentado que el policía reviste carácter de trabajador para la CSJN, debemos mencionar que la misma, en el reciente fallo “Recurso de hecho deducido por el actor en la causa Sindicato Policial Buenos Aires c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales”, interpretó, sin embargo, que el art. 14 bis CN no es extensible a la fuerza policial. El análisis de la CSJN se basó en otorgarle una interpretación restrictiva a la norma constitucional, sosteniendo que lo establecido en el

art. 14 bis CN no implica que todo grupo de trabajadores tenga un derecho incondicionado a formar una organización sindical. Para así decidir, recurrió a argumentos históricos, haciendo referencia a los debates de la Convención Nacional Constituyente (en adelante, CNC) –encargada de llevar a cabo la reforma constitucional del año 1957–, la cual introdujo el art. 14 bis a la CN. Según se extrae del Diario de Sesiones de la CNC, el Convencional Dr. Manuel Pérez Taboada consultó a su par, Dr. Carlos Bravo, miembro de la Comisión Redactora, si los integrantes de la fuerza policial se hallaban incluidos dentro del derecho de huelga reconocido en el segundo párrafo del art. 14 bis CN, a lo que éste respondió negativamente, declarando: “Están excluidos del derecho de huelga, siguiendo los pasos de lo aconsejado por la OIT, los funcionarios públicos depositarios de cierta parte de la autoridad pública”²⁶. Por ende, la CSJN sostuvo que ésta exclusión del derecho de huelga a los policías, los inhabilita a crear su propio sindicato: “Si los Convencionales hubieran querido otorgar en el artículo 14 bis derechos sindicales a los miembros de la fuerza policial, lo habrían hecho expresamente. Y no lo hicieron. Más aun, los excluyeron del derecho de huelga, que era el derecho sindical por excelencia”. Este razonamiento no es del todo convincente, ya que podría alegarse que, a pesar de que los convencionales no otorgaron expresamente derechos sindicales a la Policía, tampoco se los denegaron. De la lectura del art. 14 bis CN, al menos, no surge ningún impedimento explícito al respecto.

Por otro lado, en cuanto a la exclusión del derecho de huelga a la Policía, que efectivamente ha quedado patentizada en el informe de la Comisión Redactora de 1957, y reconociendo el valor histórico y la relevancia jurídica que la jurisprudencia de la CSJN concede a los debates de la CNC de 1957 para interpretar el contenido del art. 14 bis CN, conforme surge de lo dispuesto en el fallo “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes Ley N° 9.688”²⁷, no puede dejar de señalarse que, en todo caso, la limitación a ejercer el derecho de huelga al personal policial no implica, necesariamente, coartar su libertad de asociación con fines gremiales. La CSJN reduce los derechos sindicales a la capacidad para ser titular del derecho de huelga.

26 Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente año 1957. (1958). Buenos Aires. Imprenta del Congreso de la Nación Argentina.

27 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes Ley N° 9.688”. Sentencia del 21 de septiembre de 2004. Fallos: 327:3753. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-aquino-isacio-cargo-servicios-industriales-sa-accidentes-ley-9688-fa04000197-2004-09-21/123456789-791-0004-0ots-eupmocsollaf>. Consulta: 20 de enero de 2018.

25 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. “B., R. E. c/ Policía Federal Argentina s/ amparo”. Sentencia del 17 de diciembre de 1996. Fallos: 319:3040. Recuperado de: <http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo13/files/BRE.PDF>. Consulta: 20 de enero de 2018.

La sindicalización no debe ser circunscripta, exclusivamente, a los tres derechos consagrados en el segundo párrafo del art. 14 bis CN: “Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga”, toda vez que ésta enumeración no es taxativa sino meramente enunciativa, en atención a la envergadura y vitalidad que tales prerrogativas poseen dentro de la legislación laboral. La misma CN sostiene esta idea en su art. 33²⁸, además de que la propia Ley N° 23.551, en su art. 5° inc. d), confiere a las asociaciones sindicales el derecho a: “[...] realizar todas las actividades lícitas en defensa del interés de los trabajadores”; y el derecho de: “[...] adoptar demás medidas legítimas de acción sindical”.

La conclusión a la que arriba la CSJN, en lo relativo al art. 14 bis CN, es la siguiente: los convencionales constituyentes de 1957, al privar del derecho de huelga a la Policía, no los ha reconocido como trabajadores susceptibles de adquirir los derechos sindicales que surgen del texto constitucional. Este argumento concede un alcance mayor al establecido por la CNC, coligiendo que, por la veda de un derecho sindical, corresponde arrebatarle a la Policía todos los demás. Veda que, por otro lado, se limita a negar el derecho de huelga, y que precisamente por ello no puede ser obstáculo para que los policías se organicen en sindicatos, y puedan, a su vez, afiliarse al de su elección para la protección y promoción de sus intereses. En este punto, es preciso sugerir que bien puede autorizarse la inscripción gremial de un sindicato policial en los términos de la Ley N° 23.551, con la reserva de que no podrá efectuar acciones directas tales como llevar a cabo una huelga.

En definitiva, la CSJN sostiene, entonces, que es constitucional rechazar el derecho de los trabajadores policiales a asociarse con fines sindicales; sin embargo, como se ha expuesto, este último surge directamente del art. 14 bis CN, dado que no sólo no consagra ninguna salvedad explícita que permita excluir a la fuerza policial de su órbita de protección, sino que, como bien señala el Dr. Ministro de la CSJN, Horacio Rosatti, en su voto en disidencia contenido en el fallo objeto de estudio: “Cuando se lo proyecta a la hipótesis del personal de seguridad no confronta con valores constitucionales tales como la paz interior, la seguridad de las personas o el orden público”.

Pero la negación de la CSJN a reconocer la sindicalización policial no sólo se basó en la invocación al espíritu legislativo de la CNC de 1957, que sancionó el art. 14 bis CN, sino que además adujo que el Congreso de la Nación, a través de reservas hechas a Tratados Internacionales y mediante la

28 Artículo 33 de la Constitución Nacional Argentina: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

sanción de leyes, ha negado el mentado derecho. Por lo tanto, en el capítulo siguiente, se analizará la legislación internacional e interna vinculada al tema en estudio.

III. La sindicalización policial en los Tratados Internacionales

El derecho de las fuerzas policiales a tener su propio sindicato se encuentra reconocido por diferentes Tratados Internacionales. Así, podemos mencionar: el art. 22 del PIDCP, el art. 8° del PIDESC, el art. 16¹ de la CADH y el art. 8°²⁹ del Protocolo de San Salvador³⁰, aprobado por Argentina mediante Ley N° 24.658³¹. La normativa mencionada tiene un común denominador: todas ellas reconocen la libertad fundamental de cualquier trabajador a asociarse con fines gremiales. Sin embargo, otorgan un margen de discrecionalidad a cada Estado signatario para que pueda imponer, cuando se trate de trabajadores pertenecientes a las Fuerzas Armadas y a la Policía, las limitaciones que estime conveniente, pero aclarando que dichas restricciones deberán estar establecidas por ley; así lo contemplan el art. 8.2 del PIDESC, el 22.2 del PIDCP, y el art. 16.2 y 3 de la CADH. De modo que dichos pactos internacionales, ratificados por Argentina, sostienen que sólo se puede excluir a la Policía de sus derechos sindicales a través de la sanción de una norma legal que expresamente así lo establezca. Esta exigencia adquiere un valor sustancial para determinar si, dentro del ordenamiento jurídico argentino, es posible reconocer la personería gremial a un sindicato policial; toda vez que en la legislación nacional no existe una ley en sentido formal que deniegue el citado derecho.

La CSJN, en el fallo “Recurso de hecho deducido por el actor en la causa Sindicato Policial Buenos Aires c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales”, para denegar la inscripción del SIPOBA como aso-

29 Artículo 8° del Protocolo de San Salvador: “Los Estados partes garantizarán: el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente”.

30 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –Protocolo de San Salvador–. (1988). San Salvador. 17 de noviembre. Recuperado de: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-52.html>. Consulta: 20 de enero de 2018.

31 Congreso de la Nación Argentina. (1996). Ley N° 24.658. Buenos Aires. 19 de junio. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/37894/norma.htm>. Consulta: 20 de enero de 2018.

ciación sindical, arguyó que, por el contrario, en Argentina sí existen leyes que sesgan la sindicalización policial. Así mencionó, como prueba de ello, la Ley N° 23.328³², sancionada el 3 de julio de 1986, la cual ratificó el Convenio N° 151³³ (en adelante, C151) de la OIT sobre la protección de derechos de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración pública (recuérdese que la Policía pertenece al sector público); y la Ley N° 23.544³⁴, sancionada el 22 de diciembre de 1987, que ratificó el Convenio N° 154³⁵ (en adelante, C154) de la OIT sobre el fomento de la negociación colectiva. Sin embargo, de dichos Convenios no surge ningún tipo de prohibición que prive, a los miembros de la Policía, ejercer el derecho de asociación sindical.

En efecto, no puede negarse que tanto el C151, en su art. 1.3³⁶, como el C154, en su art. 1.2³⁷, conceden a los Estados firmantes la libertad para que decidan hasta qué punto las garantías sindicales pueden ser otorgadas a las Fuerzas Armadas y a la Policía, pero esta esfera de decisión no puede ser interpretada por la negativa cuando no existe ley que prohíba la sindicalización policial; por el contrario, la misma se encuentra prevista en el art. 14 bis de la CN, ya que, como lo ha reconocido la propia CSJN, esta cláusula constitucional: “No ha tenido otra finalidad que hacer de todo hombre y mujer trabajadores, sujetos de preferente tutela constitucional” y, como se ha visto, la CN asegura a todo trabajador su derecho a organizarse sindicalmente.

Los Convenios de la OIT, al igual que los Tratados Internacionales citados, admiten que los Estados, a través de leyes, pueden restringir legalmente los derechos sindicales a la Policía, pero el hecho es que, en la normativa

32 Congreso de la Nación Argentina. (1986). Ley N° 23.328. Buenos Aires. 3 de julio. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/23598/norma.htm>. Consulta: 20 de enero de 2018.

33 Convenio sobre las relaciones de trabajo en la Administración pública N° 151. (1978). Ginebra. 27 de junio. Recuperado de: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312296. Consulta: 20 de enero de 2018.

34 Congreso de la Nación Argentina. (1987). Ley N° 23.544. Buenos Aires. 22 de diciembre. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/21118/norma.htm>. Consulta: 20 de enero de 2018.

35 Convenio sobre la negociación colectiva N° 154. (1981). Ginebra. 3 de junio. Recuperado de: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312299. Consulta: 20 de enero de 2018.

36 Artículo 1.3 del Convenio N° 151 de la Organización Internacional del Trabajo: “La legislación nacional deberá determinar asimismo hasta qué punto las garantías previstas en el presente Convenio son aplicables a las fuerzas armadas y a la policía”.

37 Artículo 1.2 del Convenio N° 154 de la Organización Internacional del Trabajo: “La legislación o la práctica nacionales podrán determinar hasta qué punto las garantías previstas en el presente Convenio son aplicables a las fuerzas armadas y a la policía”.

argentina, no existe ley que manifiestamente se los niegue. Debido a esta laguna jurídica, la CSJN ha recurrido, para fundamentar su rechazo, a los debates de la CNC de 1957, a los Tratados Internacionales y a los Convenios de la OIT que autorizan a los Estados a imponer las restricciones que consideren pertinentes a la Policía, pero siempre indicando que las mismas deben interponerse mediante una ley.

La CSJN afirma que la reserva hecha por el Estado Argentino al C154, mediante Ley N° 23.544, es una prueba reveladora de que el Congreso Nacional ha rechazado la sindicalización de la Policía. Dicha reserva dice: “La República Argentina declara que el Convenio N° 154 sobre ‘el fomento de la negociación colectiva’, [...] no será aplicable a los integrantes de sus fuerzas armadas y de seguridad”. Una vez más, la CSJN le brinda a la norma un alcance mayor del que en realidad dispuso. La Ley N° 23.544 solamente es ratificadora del C154, y este, por su parte, se circunscribe únicamente a regular el derecho de negociación colectiva, y no el derecho a organizarse con fines gremiales, que es lo que la CSJN ha negado. En este sentido, se debe advertir que las privaciones a ejercer el derecho de huelga (dispuesta por la CNC de 1957) y el derecho de negociación colectiva (impuesta por Ley N° 23.544) no configuran un impedimento determinante para que un conjunto de trabajadores pueda practicar su derecho a sindicalizarse en los términos del art. 14 bis CN y se le permita, así, desarrollar una tarea significativa en la defensa y promoción de sus derechos, respetando los estándares democráticos; máxime, cuando no existe una ley formal que lo prohíba.

IV. La ausencia de una ley

Los Convenios C087, C098, C151 y C154 de la OIT, ratificados por Argentina, reproducen el mismo criterio según el cual los legisladores de cada Estado deberán decidir hasta qué punto serán aplicables los derechos sindicales a las fuerzas de seguridad. Por otro lado, el PIDESC, el PIDCP y la CADH concuerdan en que la libertad de asociarse con fines gremiales debe ser reconocida como regla general aplicable, aunque admitiendo la posibilidad de que cada Estado pueda imponer restricciones legales cuando se trate de Fuerzas Armadas y Policía. Dichas limitaciones que los Estados, eventualmente, pueden aplicar deben ser siempre sancionadas a través de una ley; es este requisito el que no se cumple en el ordenamiento jurídico argentino, cuya ausencia hace posible, al menos potencialmente, el reconocimiento gremial a un sindicato de policía.

Teniendo en consideración el sistema federal que regula la forma de gobierno del Estado argentino, la CSJN, en el fallo “Recurso de hecho deducido por el actor en la causa Sindicato Policial Buenos Aires c/ Ministerio

de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales”, negó la inscripción gremial al SIPOBA, una organización que aspira a convertirse en gremio representante de la Policía de la PBA; dado que el SIPOBA pertenece a la PBA, debe analizarse entonces su legislación local. En este contexto, la CSJN citó la Ley N° 13.982, sancionada por el Congreso provincial el día 19 de marzo del año 2009; la misma, en su art. 12, ordena: “El personal tendrá las siguientes prohibiciones: [...] e) Desarrollar actividades lucrativas o de cualquier otro tipo incompatibles con el desempeño de las funciones policiales”. Del examen del articulado no se concluye que se prohíba, taxativamente, el derecho de asociación sindical al personal policial, sino que sólo se les prohíbe ejercer actividades lucrativas, o aquellas que sean incompatibles con su desempeño; pero ¿por qué el derecho de sindicalización sería irreconciliable con las obligaciones de los miembros de la Policía, si no existe una ley que así lo disponga? La CSJN interpretó que dentro del artículo se hallaba, implícita, la denegación sindical. Como se observa, el máximo tribunal argentino le atribuye un alcance mayor a la ley del que textualmente dispone. Para fundamentar su razonamiento, la CSJN menciona el Decreto N° 1.050/2009³⁸ (promulgado el 3 de julio del año 2009), reglamentario de la Ley N° 13.982, el cual establece en su art. 42: “Serán consideradas actividades incompatibles con el desempeño de la función policial las siguientes: [...] El personal policial no podrá en ninguna forma participar en actividades políticas, o gremiales, ni asistir a lugares o participar de reuniones que comprometan la dignidad o el decoro de la función policial”. Esta vez, la normativa es clara y contundente: la Policía de la PBA en ninguna forma podrá participar de actividades gremiales; por tanto, valiéndose del citado decreto, la CSJN declaró: “No hay duda alguna, entonces, acerca de que la Provincia de Buenos Aires ha prohibido que los miembros de la policía provincial gocen de derechos sindicales”.

A los fines de refutar la citada aseveración, conviene recordar que los Tratados Internacionales señalan que las restricciones legales a los derechos sindicales sólo pueden ser efectuadas por ley, y no por decreto. Por tanto, el Decreto N° 1.050/2009 carece de la legitimidad necesaria para restringir derechos reconocidos en pactos internacionales, dado que no se encuentra comprendido dentro de la categoría de ley en sentido formal.

Por lo expuesto, resulta pertinente diferenciar, conceptualmente, los términos decreto y ley. En el caso concreto del Decreto N° 1.050/2009, estamos ante la presencia de un decreto reglamentario, es decir: “Aquella norma

jurídica dictada por autoridad competente, que complementa y precisa una ley, que es una norma jurídica superior”³⁹; mientras que por ley se entiende: “Norma jurídica obligatoria emitida por el Congreso, con intervención de ambas Cámaras, cuyos contenidos están destinados a regular las relaciones sociales, económicas y de poder dentro del Estado argentino”. De los conceptos vertidos se extrae que el decreto reglamentario es subsidiario de la ley y es, jerárquicamente, inferior a ella. El art. 31 de la CN no deja lugar a dudas acerca del rango que posee la ley: “Las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación”. Un decreto reglamentario no puede ser calificado como ley, porque para ello debería cumplir los requisitos de haber sido sancionado por las dos Cámaras del Congreso legislativo, sea éste nacional o provincial; en atención a ello, debe observarse que el Decreto N° 1.050/2009 surgió de la voluntad unilateral del Poder Ejecutivo de la PBA, circunstancia que lo imposibilita a ser tenido en cuenta como ley.

En cuanto al concepto de ley formal, exigida por los Tratados Internacionales como requerimiento para imponer restricciones a la libertad sindical, es preciso hacer mención al art. 30 de la CADH: “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) tuvo la oportunidad de interpretar dicho artículo en la Opinión Consultiva OC-6/86⁴⁰ del 9 de mayo del año 1986, solicitada por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay. La CIDH concluyó: “Las leyes a que se refiere el artículo 30 son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo”. Confrontando dicha conclusión con el Decreto N° 1.050/2009, resulta evidente que no encaja con la postura adoptada por la CIDH, toda vez que el decreto reglamentario no emana del Poder Legislativo sino, únicamente, del Ejecutivo. De esta manera, se puede afirmar que la CSJN no ha citado ninguna ley sancionada por el Poder Legislativo bonaerense que prohíba expresamente, a la Policía de la PBA, su derecho a sindicalizarse.

39 Fundación Directorio Legislativo. *Glosario de términos legislativos*. Recuperado de: http://icapvirtual.hcdn.gob.ar/pluginfile.php/4942/mod_resource/content/3/Glosario-de-Terminos-Legislativos.pdf. Consulta: 21 de enero de 2018.

40 Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1986). Opinión Consultiva OC-6/86. San José de Costa Rica. 9 de mayo. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf. Consulta: 21 de enero de 2018.

38 Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires. (2009). Decreto N° 1.050/2009. La Plata. 3 de julio. Recuperado de: http://www.apropoba.com.ar/datos/legislacion_archivos/legislacion/decreto1050.pdf. Consulta: 21 de enero de 2018.

V. Un precedente valioso a favor de la sindicalización policial

Pese a que la CSJN ha rechazado la sindicalización policial, existe un precedente, dentro de la jurisprudencia argentina, que autoriza la inscripción gremial a un sindicato de las fuerzas de seguridad. En su sentencia del 18 de diciembre del año 2013, la Sala II de la CNAT, en el fallo caratulado: “Ministerio de Trabajo c/ Unión de Policías Penitenciarios Argentina Córdoba 7 de agosto s/ Ley de Asociaciones Sindicales”⁴¹, ordenó al Ministerio de Trabajo que procediera a la inscripción gremial de la Unión de Policías y Penitenciarios de Argentina, Córdoba, llamada “7 de agosto” (en adelante, UPPAC).

La causa se originó por la interposición de un recurso, por parte de la UPPAC, ante la CNAT, contra la Resolución Ministerial N° 662, emitida el 25 de junio del año 2007, del Ministerio de Trabajo, la cual rechazó la inscripción sindical de los trabajadores penitenciarios. La UPPAC pretendía obtener esta habilitación para representar a los trabajadores en relación de dependencia que desarrollan sus actividades en la Policía, en el Servicio Penitenciario, en las Fuerzas Armadas y la Gendarmería Argentina con sede en la provincia de Córdoba.

La Dra. Graciela A. González, jueza integrante de la CNAT, sostuvo en su voto: “En nuestro país no se ha dictado legislación alguna que prohíba la posibilidad de sindicalización de las fuerzas de seguridad y penitenciarias”, reconociendo, claramente, la ausencia de una ley que prohíba expresamente la sindicalización policial. Por lo que ante tal omisión legislativa, entendió que lo más coherente es hacer prevalecer lo dispuesto por las garantías constitucionales, es decir, aplicar directamente el art. 14 bis de la CN y el art. 19 CN, el cual sostiene: “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Por lo que agrega: “La única norma legal vigente, limitativa de los derechos derivados de la libertad sindical, es el art. 2° de la Ley N° 25.344, pero ella se limita a excluir la aplicación del régimen de negociación colectiva sin vedar el derecho de los policías a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección para la protección y promoción de sus intereses, por lo que se impone, a mi juicio, desestimar el argumento de la autoridad de aplicación basado en la ausencia de norma legal que contemple los derechos sindicales de los policías, puesto que el principio de legalidad (art. 19, CN) impone el razonamiento contrario”. En su sentencia, la CNAT realiza una interpretación exacta de

41 Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala II. “Ministerio de Trabajo c/ Unión de Policías Penitenciarios Argentina Córdoba 7 de agosto s/ Ley de Asociaciones Sindicales”. Sentencia del 18 de diciembre de 2013. Expediente N° 63413/2013. Recuperado de: https://crd.defensorba.org.ar/images/documentos/Jurisprudencia/Provinciales/derecho_laboral/empleo_publico/131218uppac.pdf. Consulta: 21 de enero de 2018.

la limitación impuesta por el art. 2° de la Ley N° 25.344, a diferencia de la postura de la CSJN, según la cual el hecho de tener vedado el ejercicio de negociación colectiva constituye un impedimento para ser titular del derecho de asociación sindical.

En lo atinente a la legislación internacional, la CNAT hizo hincapié en el art. 2° del C087, que otorga a todos los trabajadores, sin distinción, el derecho a constituir asociaciones sindicales. Por tanto, interpretó que los miembros del Servicio Penitenciario se encuentran comprendidos en dicho texto, en su calidad de trabajadores; en virtud de ello consideró: “El Convenio N° 87 de la OIT tiene jerarquía constitucional por reenvío expreso de los arts. 8.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 22.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (conf. art. 75, inc. 22, párr. 2°, CN) y, por tanto, no puede desconocerse que la libertad sindical es un derecho humano fundamental”.

Por estas razones, la CNAT concluye: “La entidad recurrente gozará de los derechos sindicales con las restricciones establecidas en el art. 2° de la Ley N° 23.544 en materia de negociación colectiva, en la normativa pertinente en materia de huelga, y en el Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, del 31-12-2009”.

La citada causa constituye un valioso precedente para admitir la sindicalización policial, siempre y cuando se les impongan las restricciones relativas a la negociación colectiva (impuesta por la Ley N° 23.544) y al derecho de huelga (impuesta por la CNC de 1957). En cuanto a las limitaciones que surgen del Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁴² (en adelante, ISCDH), se deben mencionar: la prohibición de portar cualquier tipo de armamento o arma de fuego cuando ejerzan su derecho de reunión sindical; asimismo, tampoco podrán “participar en reuniones o manifestaciones que tengan como objetivo la reivindicación de sus derechos profesionales haciendo uso de su uniforme reglamentario”.

VI. Conclusiones

Conforme lo desarrollado hasta aquí, se debe realizar una serie de conclusiones: la primera de ellas es que los integrantes de las fuerzas po-

42 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Informe sobre seguridad ciudadana y Derechos Humanos*. San José de Costa Rica. 31 de diciembre. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/seguridad%20ciudadana%202009%20esp.pdf>. Consulta: 21 de enero de 2018.

liciales son considerados trabajadores, así lo dispone el art. 14 bis de la CN (que en ningún momento señala su exclusión), la jurisprudencia de la CSJN (“B., R. E. c/ Policía Federal Argentina s/ amparo”) y el art. 2º del C087 de la OIT ratificado por Argentina mediante Ley N° 14.932. En consecuencia, el personal policial es sujeto de derecho susceptible de ser protegido, no solo por el ordenamiento jurídico nacional, sino también internacional, lo cual incluye a los Tratados Internacionales ratificados por Argentina. En este aspecto, es válido mencionar las disposiciones del art. 22 del PIDCP, el art. 8º del PIDESC, el art. 16 de la CADH y el art. 8º del Protocolo de San Salvador. La segunda conclusión consiste en admitir que, si se considera trabajadores a los policías, éstos pueden ejercer el derecho de libertad de asociación con fines sindicales; por tanto, en el caso de Argentina, bien se les puede otorgar la inscripción gremial en los términos de la Ley N° 23.551. El tercer punto que hay que remarcar son las restricciones a las que pueden estar sujetos dichos trabajadores, toda vez que los Convenios C087, C098, C151 y C154 de la OIT, como así también los pactos internacionales precitados, conceden a los legisladores nacionales un margen decisorio para que, discrecionalmente, puedan sancionar leyes que restrinjan los derechos sindicales a los trabajadores. En virtud de ello, resulta sustancial señalar la inexistencia de una ley dentro del plexo normativo nacional que prohíba, de manera expresa, el derecho a asociarse con fines gremiales a los policías. Por consiguiente, ante la ausencia de una ley en sentido formal que cumpla las exigencias del art. 30 de la CADH, debe reconocerse la libertad sindical al cuerpo policial que emerge del art. 14 bis CN; aunque con las limitaciones que establece el bloque legal argentino, tales como: la prohibición de practicar el derecho de huelga (vedado por los debates de la CNC de 1957), la restricción a la negociación colectiva (impuesta por la Ley N° 23.544), y la imposibilidad de manifestarse y ejercer sus derechos sindicales portando armas de fuego y uniforme, restricciones éstas que derivan del ISCDH.

Por lo expuesto, el hecho de que la CSJN haya negado la inscripción gremial al SIPOBA, argumentando que las limitaciones de la CNC de 1957, de la Ley N° 23.544, y del Decreto N° 1.050/2009 de la PBA, no reconocen derechos sindicales a la Policía, no puede ser escollo para concluir que en Argentina, al menos eventualmente, la sindicalización policial sí es posible, debido a la ausencia de una ley que explícitamente lo prohíba. Por tal motivo, el art. 14 bis de la CN debería ser de aplicación directa en el caso concreto, puesto que el texto constitucional no contempla distinción alguna que permita excluir a las fuerzas policiales del derecho a sindicalizarse.

Bibliografía

- Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala V. “Sindicato Policial Buenos Aires c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales”. Sentencia del 22 de octubre de 2010. Expediente N° 8017/98. Recuperado de: <http://www.cij.gov.ar/nota-5733-La-C-mara-del-Trabajo-rechaz--un-pedido-de-inscripci-n-gremial-de-un--Sindicato-Policial-.html>. Consulta: 19 de enero de 2018.
- Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala II. “Ministerio de Trabajo c/ Unión de Policías Penitenciarios Argentina Córdoba 7 de agosto s/ Ley de Asociaciones Sindicales”. Sentencia del 18 de diciembre de 2013. Expediente N° 63413/2013. Recuperado de: https://crd.defensorba.org.ar/images/documentos/Jurisprudencia/Provinciales/derecho_laboral/empleo_publico/131218suppac.pdf. Consulta: 21 de enero de 2018.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Informe sobre seguridad ciudadana y Derechos Humanos*. San José de Costa Rica. 31 de diciembre. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/seguridad%20ciudadana%202009%20esp.pdf>. Consulta: 21 de enero de 2018.
- Congreso de la Nación Argentina. (1959). Ley N° 14. 932. Buenos Aires. 10 de noviembre. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/200000-204999/203613/norma.htm>. Consulta: 20 de enero de 2018.
- Congreso de la Nación Argentina. (1984). Ley N° 23.054. Buenos Aires. 1º de marzo. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/25000-29999/28152/norma.htm>. Consulta: 20 de enero de 2018.
- Congreso de la Nación Argentina. (1986). Ley N° 23.313. Buenos Aires. 17 de abril. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/20000-24999/23782/norma.htm>. Consulta: 20 de enero de 2018.
- Congreso de la Nación Argentina. (1986). Ley N° 23.328. Buenos Aires. 3 de julio. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/20000-24999/23598/norma.htm>. Consulta: 20 de enero de 2018.
- Congreso de la Nación Argentina. (1987). Ley N° 23.544. Buenos Aires. 22 de diciembre. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/20000-24999/21118/norma.htm>. Consulta: 20 de enero de 2018.
- Congreso de la Nación Argentina. (1988). Ley N° 23.551. Buenos Aires. 23 de marzo. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/20000-24999/20993/texact.htm>. Consulta: 19 de enero de 2018.
- Congreso de la Nación Argentina. (1996). Ley N° 24.658. Buenos Aires. 19 de junio. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/35000-39999/37894/norma.htm>. Consulta: 20 de enero de 2018.
- Constitución de la Nación Argentina. (2013). Buenos Aires. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). San José de Costa Rica. 7 de noviembre. Recuperado de: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm. Consulta: 20 de enero de 2018.
- Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación N° 87. (1948). San Francisco. 9 de julio. Recuperado de: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/>

- es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C087. Consulta: 20 de enero de 2018.
- Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva N° 98. (1949). Ginebra. 1° de julio. Recuperado de: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C098. Consulta: 20 de enero de 2018.
- Convenio sobre las relaciones de trabajo en la Administración pública N° 151. (1978). Ginebra. 27 de junio. Recuperado de: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312296. Consulta: 20 de enero de 2018.
- Convenio sobre la negociación colectiva N° 154. (1981). Ginebra. 3 de junio. Recuperado de: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312299. Consulta: 20 de enero de 2018.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1986). Opinión consultiva OC-6/86. San José de Costa Rica. 9 de mayo. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf. Consulta: 21 de enero de 2018.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. “B., R. E. c/ Policía Federal Argentina s/ amparo”. Sentencia del 17 de diciembre de 1996. *Fallos*: 319:3040. Recuperado de: <http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo13/files/BRE.PDF>. Consulta: 20 de enero de 2018.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes Ley N° 9.688”. Sentencia del 21 de septiembre de 2004. *Fallos*: 327:3753. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-aquino-isacio-cargo-servicios-industriales-sa-accidentes-ley-9688-fa04000197-2-004-09-21/123456789-791-0004-0ots-eupmocsollaf>. Consulta: 20 de enero de 2018.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. “Recurso de hecho deducido por el actor en la causa Sindicato Policial Buenos Aires c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales”. Sentencia del 11 de abril de 2017. *Fallos*: 340:437. Recuperado de: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7368742>. Consulta: 19 de enero de 2018.
- Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente año 1957. (1958). Buenos Aires. Imprenta del Congreso de la Nación Argentina.
- Fundación Directorio Legislativo. *Glosario de términos legislativos*. Recuperado de: http://icapvirtual.hcdn.gob.ar/pluginfile.php/4942/mod_resource/content/3/Glosario-de-Terminos-Legislativos.pdf. Consulta: 21 de enero de 2018.
- Legislatura de la Provincia de Buenos Aires. (2009). Ley N° 13.982. La Plata. 9 de marzo. Recuperado de: <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-13982.html>. Consulta: 19 de enero de 2018.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1966). Nueva York. 16 de diciembre. Recuperado de: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>. Consulta: 20 de enero de 2018.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1966). Nueva York. 16 de diciembre. Recuperado de: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>. Consulta: 20 de enero de 2018.

- Poder Ejecutivo Nacional. (1956). Decreto Ley N° 11.594. Buenos Aires. 2 de julio. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/200000-204999/201442/norma.htm>. Consulta: 20 de enero de 2018.
- Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires. (2009). Decreto N° 1.050/2009. La Plata. 3 de julio. Recuperado de: http://www.apropoba.com.ar/datos/legislacion_archivos/legislacion/decreto1050.pdf. Consulta: 21 de enero de 2018.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –Protocolo de San Salvador–. (1988). San Salvador. 17 de noviembre. Recuperado de: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-52.html>. Consulta: 20 de enero de 2018.

**¿EXISTEN DERECHOS DE SOLIDARIDAD?
LA TRADICIÓN CLÁSICA Y LAS PROPUESTAS LIBERALES**
*Are there Solidarity Rights? The Classical Tradition
and the Liberal Proposals*
*Ci sono diritti di solidarietà? La tradizione classica
e le proposte liberali*

Carlos I. Massini-Correas¹

Recibido: 16 de agosto de 2018
Aprobado: 8 de noviembre de 2018

Resumen: En el presente trabajo el autor comienza por explicitar los varios significados de la locución “solidaridad”, en especial las referidas a cierto hecho social o a una actitud o actividad ética. En este texto se hace referencia sólo al aspecto ético de la solidaridad. Acto seguido, se pasa a estudiar el fundamento de la solidaridad ética, el que se encuentra en la noción de bien común, y se concibe como una perfección de la que participan quienes integran un todo relacional-práctico. Luego se analiza el modo en que el pensamiento liberal ha debilitado, primero, y eliminado, después, la noción de bien común, centrándose en bienes meramente individuales y haciendo imposible la justificación racional de la solidaridad ética, se concrete ésta en derechos, virtudes, normas, deberes o las restantes realidades de esa índole. En las conclusiones se reivindica la vinculación necesaria entre la solidaridad ética y la idea de bien común.

Palabras claves: Solidaridad - Ética - Fundamentos - Bien común - Derechos - Deberes - Liberalismo.

¹ Abogado, Doctor en Derecho y en Filosofía, Universidad de Mendoza - Universidad Austral. Correo: carlos.massini@um.edu.ar.

Abstract: The author begins by explaining the various meanings of the phrase “solidarity”, especially those referring to a certain social fact or an ethical attitude or activity. Then we proceed to study the foundation of ethical solidarity, if it is found in the notion of the common good, if it is conceived as a perfection of the participants that integrate a relational-practical whole. Then we analyzed the way in which liberal thought has been weakened first and eliminated after the notion of common good, focusing on merely individual goods and making impossible the rational justification of ethical solidarity, it is concretized in the rights, virtues, norms, duties or the remaining realities of that nature. In conclusion, we will claimed the necessary link between ethical solidarity and the idea of the common good.

Keywords: Solidarity - Ethics - Fundamentals - Common good - Rights - Duties - Liberalism.

Sommario: Nel presente lavoro l'autore inizia spiegando i vari significati della frase “solidarietà”, in particolare quelli a cui si fa riferimento in un determinato evento sociale o in un atteggiamento o attività etica; in questo testo si fa riferimento solo all'aspetto etico della solidarietà. Il passo successivo è studiare il fondamento della solidarietà etica, che si trova nella nozione di bene comune, che è concepito come una perfezione di cui partecipano coloro che integrano un insieme relazionale-pratico. Quindi il modo in cui il pensiero liberale ha prima indebolito ed eliminato la nozione di bene comune è analizzato, concentrandosi su beni meramente individuali e rendendo impossibile la giustificazione razionale della solidarietà etica, sia che sia concreta in diritti, virtù, norme, doveri o le restanti realtà di quella natura. Nelle conclusioni si afferma il legame necessario tra solidarietà etica e idea del bene comune.

Parole chiave: Solidarietà - Etica - Fondamenti - Bene comune - Diritti - Doveri - Liberalismo.

Para citar este texto:

Massini-Correas, C. I. (2018). “¿Existen derechos de solidaridad? La tradición clásica y las propuestas liberales”, *Prudentia Iuris*, N° 86, pp. 191-208.

1. La cuestión a estudiar

Durante los años treinta a los sesenta del pasado siglo, varios autores del entonces vigente “positivismo lógico”² sostenían la afirmación de que la ciencia se reducía a “un lenguaje bien hecho”. Como sucede con todos los reductivismos, esa afirmación es lisa y llanamente falsa, pero contiene –tal como acontece con casi todas las falsedades– una parte de verdad. Si bien es cierto que el saber científico no se reduce a un *mero* lenguaje bien hecho, es indudable que ese saber *incluye* la precisión, exactitud y regularidad del lenguaje científico, caracteres que son necesarios para alcanzar el rigor y la consistencia propios del conocimiento racionalmente verificado.

Esto implica que cualquier intento de explicar científicamente el contenido de algún término –y de su noción correspondiente– supone una previa determinación del sentido preciso en que será empleado ese término, de modo de evitar la vaguedad a que conduce la polisemia de gran cantidad de palabras, en especial las más usadas en el ámbito de la praxis humana y de su estudio. Esta conveniencia de precisar previamente el significado de las palabras a utilizarse en el discurso académico ha sido puesta de relieve muchas veces por los filósofos analíticos³, pero no sólo por ellos, y constituye una exigencia indispensable del buen pensar y del explicar comprensible.

En el caso que ahora nos ocupa, las expresiones “solidaridad”, “solidario” y sus derivados han sido, como la mayoría de las expresiones pertenecientes al ámbito de la praxis humana y que contienen una indudable carga axiótica, utilizados de modo anárquico e interesado, e incluso a veces simplemente descuidado. Así por ejemplo, se ha hablado frecuentemente de “derechos de solidaridad” para referirse a pretensiones ideales esgrimidas en el ámbito internacional, pretensiones que en la mayoría de los casos ni siquiera son propiamente “derechos”⁴.

A los efectos de precisar entonces el uso de esos términos: “solidario y “solidaridad”, lo mejor es comenzar –tal como se hace usualmente– por su etimología, para pasar luego al análisis de sus usos en el lenguaje co-

² Acerca del “positivismo lógico”, véanse: Passmore, J. (1968). *A Hundred Years of Philosophy*. London. Penguin, 367-424, y Ayer, A. J. (Comp.) (1986). *El positivismo lógico*. México. FCE, 9-34.

³ Sobre la concepción analítica de la filosofía, véase: AA. VV. (2000). *Précis de philosophie analytique*. Paris. PUF, pássim; Tugendhat, E. (1989). *Introduzione alla filosofia analitica*. Genova. Marietti y Massini-Correas, C. I. (2015). *Sobre ética y filosofía analítica*. Elizabeth Anscombe y la filosofía moral moderna. Mendoza. Centro de Estudios de Filosofía Clásica.

⁴ Véase: Inciarte, F. (2001). “Derecho natural o derecho racional. Treinta tesis y una propuesta”. En *Liberalismo y republicanismo. Ensayos de filosofía política*. Pamplona. EUNSA, 171-187; y Massini-Correas, C. I., “Derecho natural, derechos humanos y derechos de la tercera generación”, *pro manuscripto*.

riente. Respecto de la primera, afirma Gabriel Amengual que “el término ‘solidaridad’ procede de una expresión jurídica latina, *in solidum* (*in solidum cavere*), nombre de una conocida figura del Derecho, que designa la relación jurídica [...] contraída conjuntamente por un grupo y de la que cada miembro del grupo responde de la totalidad [...]. Se trata pues –resume este autor– de una relación de obligación que hace que todos los deudores, incluso individualmente, respondan de la deuda, y esto significa que todos son responsables de ella, porque cada uno responde de la deuda entera”⁵. Se trata, por lo tanto, de un caso extremo de responsabilidad compartida por ciertas obligaciones o deudas.

Pero es manifiesto que esta expresión (*in solidum*) resulta, a su vez, derivada de la palabra latina *solidus*⁶, que significa lisa y llanamente “sólido” (sin espacios vacíos, de consistencia densa, firme y sustantiva⁷, o bien dotado de una unidad consistente), lo que designa –en el ámbito de los saberes sociales– a cualquier ente social dotado de una unidad que, aunque sea de tipo relacional, es especialmente compacta o consistente⁸. En otras palabras, y pasando de la etimología al uso corriente de las palabras, se habla de la “solidez” de un grupo cuando su unidad es particularmente trabada y firme. De todo esto se deriva que, hablando de grupos sociales, se los califica de “sólidos”, por analogía con la “solidez” de los cuerpos materiales, cuando su unión resulta especialmente concentrada, resistente y duradera. Y a su vez, “solidaridad” hace referencia a la responsabilidad colectiva que se atribuye a los integrantes de los grupos sociales dotados de una cierta “solidez”.

Ahora bien, es claro que la responsabilidad compartida de las obligaciones *in solidum* tiene como fundamento principal la unidad –la “solidez”– que forman quienes son deudores solidarios, unidad que en el caso de los grupos sociales reviste un carácter eminentemente télico o finalista. Es decir, una de las nociones –la de responsabilidad común– deriva de la otra –la de unidad firme–, de modo que la segunda es condición necesaria de la primera; en otras palabras, sin una unidad relacional consistente de sujetos humanos, de fundamento principalmente teleológico, no puede existir la responsabilidad solidaria.

Pero también es necesario puntualizar que, en el caso de la solidaridad de responsabilidad, ella puede ser vista al menos desde dos perspectivas

5 Amengual, G. (2007). *Antropología filosófica*. Madrid. BAC, 377.

6 Véase: Segura Munguía, S. (1985). *Diccionario etimológico latino-español*. Madrid. Anaya, 680-681.

7 Véase: (1994). *The Oxford Dictionary of English Etymology*. Ed. C.T. Onions et alii, Oxford. Clarendon Press, 844.

8 Véase: DRAE, voz “solidario” (consulta *on line* del 15-7-2015).

principales: (i) como *hecho social*, estudiado por la sociología o la psicología social; o (ii) como *realidad ética*, generadora de valores, deberes y virtudes. En este sentido, afirma Gabriel Amengual que “hay que distinguir una doble perspectiva en que se habla de solidaridad. Por un lado, se afirma la vinculación fáctica que une a los humanos en la realización de su existencia. Es el *hecho* antropológico y social de vinculación el que presenta a la solidaridad como un hecho. Por otro lado, y no sin conexión con la perspectiva anterior, se presenta como un *deber*, dándole sentido no sólo descriptivo, sino normativo: dado que no se puede plantear la propia vida sin contar con los demás, hay que comprometerse con y por ellos, por la colectividad, la comunidad, la sociedad; es la solidaridad como deber moral”⁹.

La primera de las perspectivas es la de los sociólogos, y más aún la de los pensadores políticos sociologistas, que concebían a la filosofía y la teoría políticas como meramente descriptivas y desprovistas de valoraciones, según el conocido *dictum* de Max Weber. Entre estos pensadores sociologistas se destacó León Duguit, quien hace ya casi un siglo escribió que “la solidaridad social [...] debe comprenderse científicamente, no es un sentimiento, y aún menos una doctrina; no es siquiera un principio de acción. *Es un hecho* de orden real susceptible de demostración directa: es el hecho de la estructura social misma”¹⁰. Extrañamente, la mayoría de estos pensadores, luego de describir el fenómeno social de la solidaridad humana, pasaban alegremente a propugnar el ideal de una vida social presidida por la solidaridad, en oposición a la perspectiva crudamente individualista propuesta por el liberalismo a partir del siglo XVIII. Este es el movimiento que se denominó el “solidarismo” y que se difundió especialmente en Francia durante la segunda mitad del siglo XIX, adoptando varias formas diversas y opuestas entre ellas: socialistas, positivistas, social-cristianas, etcétera¹¹.

El principal problema que se plantea a las versiones positivistas del solidarismo es que su pretensión de extraer de meros hechos sociales ideales y principios de conducta política carece completamente de ilatividad lógica, toda vez que de *meras* afirmaciones descriptivas, por más que se las califique de “científicas”, no es posible extraer proposiciones directivas de la conducta humana sin mediación de una o más proposiciones normativas. Y en esas versiones no aparece, al menos explícitamente, una presentación de

9 Amengual, G. Ob. cit., 377.

10 Duguit, L. (1921). *Traité de Droit Constitutionnel*. T. I. París. E. de Boccard, 278 (énfasis añadido).

11 Sobre el “solidarismo” decimonónico, véase: Ewald, F. (2011). Voz “Solidaridad”. En *Diccionario de Ética y de Filosofía Moral*. T. II. México. Ed. M. Canto-Sperber, Trad. C. Ávila et alii. FCE, 1524-1532.

esa instancia normativa o deóntica, capaz de otorgar practicidad a un razonamiento de raíces teoréticas¹².

La segunda de las perspectivas desde las que puede abordarse la solidaridad es la práctico-moral, que desarrolla sus razonamientos en clave originariamente normativa y que puede, de ese modo, proporcionar los principios éticos de la conducta humano-social calificable de “solidaria”. En este sentido, ha escrito Nicolai Hartmann, en su monumental *Ética*, que “esta solidaridad, que consiste en responder sin vacilar el individuo por el conjunto, es un auténtico valor de virtud. Pues es un valor de disposición de ánimo de la persona concreta, por mucho que solo salga a la luz la magnitud de su vigor en el gran efecto global”¹³. Es decir, se trata aquí de la solidaridad entendida como un deber moral, una virtud y un bien humano, según la cual la unidad moral de las sociedades es un bien-fin a alcanzar, a través del cumplimiento de ciertos deberes y con la ayuda y la dirección de una específica disposición de ánimo, para retomar la expresión propuesta por Hartmann.

De lo resumido hasta aquí se desprende que al hablar de “solidaridad” puede hacerse referencia tanto a un mero hecho social, como a un bien a alcanzar en la vida colectiva, que fundamenta un deber moral de procurarlo y genera una virtud que inclina al hombre a realizarlo habitualmente de modo excelente. Por elementales razones de especialidad, se tratará en lo sucesivo sólo de la perspectiva ética de la solidaridad, haciéndose referencia a ciertos hechos sociales solo en el marco ético y con el sentido de explicitar y justificar aquellas exigencias morales. Por otra parte, cabe consignar que la solidaridad, tanto en el nivel fáctico como en el ético, se da en los diversos niveles de la organización social humana, es decir, en los diferentes grupos sociales que el hombre forma para la realización de su vida: familiares, locales, profesionales, económicos, políticos, etc. En esta oportunidad, el análisis se limitará al caso de la convivencia política o sociedad completa, que es al que se refieren en general los tratamientos de la problemática de la solidaridad, y que, por otra parte, es indudablemente el más importante para la realización humana.

2. El fundamento de la solidaridad moral

Es bien conocido que la ética, y en especial la ética social, ha sido objeto de muy numerosos intentos de explicación y fundamentación, que van desde el formalismo kantiano al utilitarismo anglosajón, pasando por los

12 Véase: Massini-Correas, C. I. (1996). *La falacia de la falacia naturalista*. Mendoza-Argentina. EDIUM, pássim.

13 Hartmann, N. (2011). *Ética*. Trad. J. Palacios. Madrid. Encuentro, 462.

diversos convencionalismos, las éticas materiales de los valores o las éticas dialógicas¹⁴. Pero como para analizar, aunque sea brevemente, cada una de estas alternativas, se necesitarían al menos las 852 páginas que ocupa la ya citada *Ética* de Nicolai Hartmann, en lo que sigue se centrará la atención en las propuestas de la ética clásica de raíz aristotélica, en especial en las versiones contemporáneas propuestas por autores como Agustín Fagothey, John Finnis, Alasdair MacIntyre o Antonio Millán-Puelles.

Una de las notas centrales de las éticas de matriz aristotélica es la de tratarse de doctrinas de carácter teleológico centradas en la idea del bien humano; alrededor de esta idea giran los demás elementos componentes de las teorías éticas: normas, virtudes, deberes, valoraciones, etc. En este sentido, las normas son proposiciones racionales prácticas que dirigen genéricamente la acción humana hacia el bien; las virtudes éticas consisten en disposiciones de ánimo operativas que orientan y promueven en concreto a la conducta hacia la realización de alguna de las dimensiones del bien humano; los deberes son exigencias con necesidad deóntica acerca del bien que debe hacerse en la vida moral, y así sucesivamente¹⁵. Por lo tanto, resulta indudable que en todos los casos la justificación racional de los elementos enumerados radica en su ordenación tética o finalista hacia alguna de las determinaciones del bien humano.

También en esta concepción clásica, uno de los supuestos fundamentales de todo sistema ético consistente es el del carácter social de la empresa de la realización del bien humano; en efecto, desde esta perspectiva no sólo es necesaria la vida social como instrumento para la concreción de todos los bienes humanos, sino que, además, esa misma vida social es un elemento integrante de la vida buena. Dicho de otro modo, la cooperación social no se reduce a un mero medio para el logro de bienes como la suficiencia material para la vida, o el conocimiento teórico y práctico, o el trabajo y el ocio, sino que la misma vida social –o sociabilidad– es una dimensión central del bien humano; de este modo, la amistad, la vida política o familiar, la vida universitaria y tantas otras dimensiones sociales integran eminentemente el bien humano. Se volverá en breve sobre este tema.

Pero además, en esas dimensiones sociales, el bien que se procura no consiste en uno o varios bienes meramente individuales, aunque se trate de muchos de ellos, sino específicamente en un bien común, que puede definirse, siguiendo aquí a Millán-Puelles, como aquél que “es apto para ser parti-

14 A modo ilustrativo, véase: Graham, G. (2004). *Eight Theories of Ethics*. London & New York. Routledge, pássim; y Missner, M. (2002). *On Ethics*. Belmont-CA. Wadsworth-Thompson Learning.

15 Véase en este punto: Fagothey, A. (1973). *Ética. Teoría y aplicación*. Trad. C. G. Ottenwaelder. México. Interamericana.

cipado por todos y cada uno de los miembros de una comunidad o sociedad de personas humanas”¹⁶. Es decir que el bien de cada uno de los miembros de una comunidad es un bien general que se participa por los integrantes de la comunidad de referencia. Además, como escribe Millán, “ser [un bien del] todo no es simplemente ser mayor que la parte, sino ser algo esencialmente distinto. La suma de las partes es algo que realmente el todo es, pero no es todo lo que éste es realmente, porque no tiene en cuenta que aquéllas [partes] se organizan en cada caso de una cierta manera, que en la realidad no es indistinta [...]. Ser un todo no es solamente ser mayor que cada una de las partes, sino ser otra cosa específicamente diferente [...]”¹⁷.

En rigor, esta realidad específicamente diferente del bien común consiste en que se trata, en su caso, de un bien de orden, o estructural, que radica en la disposición u organización de las partes de modo tal que resulte un bien mayor. Así, por ejemplo, el bien humano del conocimiento teórico y práctico tiene una dimensión *personal*: la del conocer concreto que puede adquirir cada sujeto individual; pero tiene también una dimensión *común*: la organización pública del conocimiento (lo que incluye la educación pública), de modo que llegue del mejor modo a la mayor cantidad posible de miembros de la comunidad política. Esto significa que, en cuanto a su contenido, el bien común es parcialmente diverso del bien individual¹⁸, en cuanto consiste en una organización y disposición de los bienes humanos de modo de hacerlos mejores y más accesibles a los particulares; pero al mismo tiempo, tiene una similitud, en la medida en que no es un bien propiamente humano –ni tampoco *común*– si no es participable por los individuos que conforman la comunidad.

Ahora bien, este bien común –recordemos que nos estamos refiriendo específicamente al bien común *político*– es, en el pensamiento clásico, el fundamento de las obligaciones políticas y de los deberes jurídicos¹⁹. Esto

16 Millán-Puelles, A. (1971). Voz “Bien común”. En *Gran Enciclopedia Rialp*. T. IV. Madrid. Rialp, 225. Sobre las ideas de Millán-Puelles en este punto, véase: Forment, E. (1994). “La filosofía del bien común”. En *Anuario Filosófico*, N° XXVII/2. Pamplona, 797-815. En un sentido similar, Tomás de Aquino escribía: “[...] es manifiesto además que en toda comunidad de creaturas nada es bueno que no lo sea por participación”; *Summa Theologiae*, I, q. 103, a. 2c. Acerca de este texto del Aquinate y de otros vinculados, véase: Cardona, C. (1966). *La metafísica del bien común*. Madrid. Rialp, pássim.

17 Millán-Puelles, A. (1984). *Léxico Filosófico*. Madrid. Rialp, 377.

18 A este respecto, afirma Tomás de Aquino que “el bien común de la ciudad y el bien singular de una persona no difieren solamente según lo mucho y lo poco, sino según diferencia formal, pues una es la razón de bien común y otra la de bien singular [...]”; *Summa Theologiae*, II-II, q. 59, a. 7, ad 2.

19 Se trata aquí de la denominada doctrina de la politicidad del Derecho, sobre la que puede verse: Soaje Ramos, G. (2005). “Sobre la politicidad del Derecho. El bien común político”. En AA. VV. *El derecho natural en la realidad social y jurídica*. Santiago de Chile. Ed. S.R. Castaño & E. Soto Kloss, Universidad Santo Tomás, 15-45.

en razón de que el bien moral, es decir, aquél que ha de ser realizado a través de la acción humana y se refiere a la perfección del hombre completo, a lo largo de toda su vida y en armonía con los demás hombres y con el resto de la naturaleza²⁰, es naturalmente exigente, o demandante o necesitante, en el sentido de que compele a su prosecución y realización, plantea un reclamo inexcusable a nuestra conducta. Este reclamo tiene la forma de una necesidad, que no es de carácter físico, ni psicológico, ni lógico, ni metafísico, ni biológico, sino simplemente moral, “la [necesidad] del *deber ser*, que nos guía hacia aquello que reconocemos, constituye el uso apropiado de nuestra libertad. [...] La necesidad moral me afecta a mí, el sujeto actuante, pero proviene del objeto [...]”²¹. Objeto que consiste en un bien que integra la vida buena y aparece como un elemento inexcusable de su realización.

En el caso de las comunidades de vida humana, en especial la política, ese bien resulta ser, tal como se explicó anteriormente, un bien común, susceptible de ser participado por los integrantes de la comunidad. Pero ese bien, en la medida en que es realizable a través de la conducta e integra la perfección del hombre en cuanto hombre, resulta ser un bien moral, que exige ser promovido y realizado por todos los que integran el grupo social; y a la vez, ha de ser intrínsecamente participable por esos mismos integrantes, ya que de lo contrario no se trataría de un bien propiamente común. Es decir, el bien común lo es en dos dimensiones: (i) en cuanto a su *realización* por parte de todos los miembros del grupo social, y (ii) en cuanto a su *disfrute* participativamente por esos mismos integrantes de ese grupo.

Y esas dos dimensiones generan, a su vez, dos tipos de deberes: (i) los deberes de *cooperación* con la realización del bien común, que se denominan clásicamente deberes de justicia general, y (ii) los deberes de *distribución* del producido de la justicia general, deberes que están a cargo de la autoridad política y se denominan de justicia distributiva. Pero a su vez estos deberes generan, en el ámbito de lo jurídico, derechos de las correspondientes contrapartes, ya sea de las autoridades, a la contribución al bien común, ya sea de los particulares, a la distribución de ese bien²². Un ejemplo de los primeros son los impuestos que los miembros de la comunidad política deben aportar al tesoro público para hacer posible la realización de las tareas que exige el bien común; y de los segundos, las inversiones que debe realizar el gobierno para la construcción y el mantenimiento de la infraestructura que hace posible la circulación de las mercaderías imprescindible para la actividad económica del país.

20 Véase en este punto: García-Huidobro, J. (2005). *El anillo de Gíges. Una introducción a la tradición central de la ética*. Santiago de Chile. Editorial Andrés Bello, 223-225.

21 Fagothey, A. *Ética. Teoría y aplicación*. Ob cit., 49.

22 Véase: Forment, E. Ob. cit., 801.

Pero en ambos casos, conviene reiterarlo, la razón justificativa de esos derechos radica en el carácter de bien-perfección humana que corresponde al bien común; y es por ello que puede hablarse aquí de derechos “de solidaridad”, ya que su fundamento radica en la comunidad de ese bien, que es responsabilidad de todos y existe en beneficio de todos. Se trata, entonces, de un caso especial de derechos solidarios, los de “solidaridad política”, que incumben a todos y favorecen a todos, en razón de que todos forman una única unidad moral que se ordena a la realización de un bien comunitario²³.

Ahora bien, en este tema de los derechos, conviene también puntualizar aquí que, tal como lo ha expuesto apropiadamente Gewirth²⁴, para que pueda hablarse apropiadamente de un derecho-facultad, resulta necesaria la presencia de al menos cuatro elementos: (i) un *sujeto* titular del derecho-facultad (A); (ii) el *objeto* o materia sobre la que versa el derecho (X); (iii) la *contraparte* del sujeto titular, o sujeto deudor (B); y finalmente, (iv) la *base justificatoria* del derecho (Y). A partir de este análisis, este autor propone una fórmula general que expresa descriptivamente lo que es “un derecho”: “A tiene derecho a X frente a B, en virtud de Y”. Si se aplica este esquema al caso de los derechos de solidaridad distributivos, aparece claramente que son sus sujetos titulares todos los integrantes del grupo social en el que esos derechos tienen validez; su objeto propio es el contenido –material, de coordinación y espiritual– del bien común político; el sujeto deudor es la comunidad completa, representada por sus autoridades legítimas; y su base justificatoria radica en el carácter común –intrínsecamente participable– del bien al que se ordena la existencia de la sociedad completa o política. De este modo, quedan suficientemente explicados –aunque esquemáticamente– la estructura, el objeto y el sentido de los denominados “derechos de solidaridad”.

De aquí se sigue que el carácter común, es decir, intrínsecamente participable, del bien propio de la comunidad política, supone que todos tienen el deber de contribuir a su formación, y que también todos tienen el derecho formal a tomar parte en los beneficios que de él resultan. Y que en esto radican los derechos de solidaridad: en que todos deben contribuir a la resolución de los problemas comunes, y a la vez la totalidad de los miembros del grupo social político pueden exigir una adecuada participación en sus resultados. Así por ejemplo, todos los miembros de la sociedad política han de colaborar,

²³ Véase: Chalmers, G. (2007). *Ética social. Familia, profesión y ciudadanía*. Pamplona. EUNSA, 198-199.

²⁴ Gewirth, A. (1984). “Are there any absolute rights?”. En AA. VV. *Theories of Rights*. Oxford. Ed. J. Waldron, Oxford University Press, 95. Para una mayor explicitación de esta doctrina, véase: Massini-Correas, C. I. (2005) *Filosofía del Derecho -I-. El Derecho, los Derechos Humanos y el Derecho Natural*. Buenos Aires. LexisNexis/Abeledo-Perrot, 90-96.

v. gr., a través del impuesto, con el funcionamiento de un sistema de salud pública, sistema al que tienen derecho de acceso adecuado la integralidad de los sujetos de esa comunidad, aun cuando carezcan de medios económicos –y especialmente en esos casos– para solventar sus prestaciones. Y todo esto porque el bien de la salud tiene una dimensión común, que fundamenta y justifica racionalmente este juego de derechos y deberes.

Pero además, conviene precisar en este punto que, más allá de las funciones propiamente políticas en la promoción, gestión y distribución del bien común, funciones principalmente de coordinación, control y dirección arquitectónica, las personas individuales y los grupos sociales infrapolíticos tienen una tarea imprescindible que cumplir, tanto en la contribución como en la distribución de ese bien. En efecto, conforme al principio conocido como “de subsidiariedad”, esas personas y esos grupos están facultados –y en ciertos casos obligados– a la prestación de los servicios que integran el bien común, en la medida de sus capacidades y posibilidades. Y como contracara de esta facultad –que tiene una especial presencia en el ámbito recién aludido de la salud pública–, la autoridad política no debe interferir o recortar estas facultades sino sólo supervisar y colaborar con su ejercicio. Este tema de la subsidiariedad es demasiado extenso para abordarlo apropiadamente aquí, pero corresponde al menos recordarlo y reafirmarlo²⁵.

3. La desaparición de los deberes-derechos de solidaridad en el liberalismo

Ahora bien, esta idea de la solidaridad política, fundada en el fin de bien común propio de la comunidad política, ha entrado en crisis desde el último cuarto del siglo XX, en razón de lo que Alasdair MacIntyre ha denominado la “privatización del bien en las sociedades liberales”, y que conceptualiza diciendo que “el divorcio entre las reglas que definen la acción recta, por un lado, y las concepciones del bien humano, por el otro, es uno de los aspectos por los que ciertas sociedades son llamadas liberales [...]”; ya que los compromisos acerca de la elaboración, defensa y vivencia de las particulares concepciones del bien humano son, desde este punto de vista liberal, asignadas y restringidas a la esfera de la vida privada de los individuos, mientras que lo concerniente a la obediencia hacia lo que son consideradas

²⁵ En este punto, véase: Alvarado, C. & Galaz, E. (2015). “Subsidiariedad y vida pública: una mirada a los orígenes”. En AA. VV. *Subsidiariedad. Más allá del Estado y del mercado*. Santiago de Chile. Ed. P. Ortúzar, Instituto de Estudios de la Sociedad, 33-51. Asimismo: Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights*. 2ª Ed. Oxford. Oxford University Press, 146 y passim.

las reglas morales requeridas por toda persona moral, pueden ser legítimamente buscadas en el terreno público²⁶. Terreno en el que tienen lugar los acuerdos, acciones dialógicas y procedimientos que son los que, en clave liberal, aparecen como los únicos capaces de justificar la moralidad pública.

El más acabado exponente de esta aproximación liberal al problema de la solidaridad política es el libro de Robert Nozick, *Anarquía, Estado y utopía*, en el que el antiguo profesor de Harvard sostiene la idea de un Estado ultramínimo, que sería el único capaz de alcanzar justificación moral, ya que cualquier otra forma más intensa y compleja de comunidad política resultaría intrínsecamente inmoral. “Puesto que comienzo –sostiene este autor– con una afirmación vigorosa de los derechos individuales, trato seriamente la afirmación anarquista de que el Estado, en el proceso de mantener el monopolio del uso de la fuerza y de proteger a todos dentro de un territorio, necesariamente ha de violar los derechos de los individuos y, por lo tanto, es intrínsecamente inmoral [...]; el Estado mínimo –concluye– es el único justificable²⁷.”

Algo similar –aunque no tan extremo– ocurre con el pensamiento de John Rawls. Según este último autor, cualquier bien humano ha de serlo necesariamente de algún individuo particular, ya que los bienes no son otra cosa que el ocasional objeto de un deseo y de la correspondiente preferencia individual. De este modo, “el bien no puede ser sino privado y exclusivo de cada individuo y, por lo tanto, la propuesta de un bien cualquiera para una comunidad de seres humanos, no puede significar sino la imposición del bien propio de un sujeto al resto de los sujetos autónomos, imposición que no puede resultar sino injusta²⁸”. Este es uno de los supuestos dogmáticos de la ideología liberal, para la cual la inexistencia de bienes comunes, y en especial del bien común político, tiene como consecuencia que nunca el bien privado (el único que existe) de un sujeto individual puede valer para otro u otros sujetos individuales, ya que se tratará sólo de un bien propio de otra persona y su intento de hacerlo valer para las demás aparecerá como una imposición injustificada, al menos en el contexto de una *mera* coexistencia de autonomías²⁹.

26 MacIntyre, A. (1990). “The Privatization of Good. An Inaugural Lecture”. En *The Review of Politics*, N° 52/3. Notre Dame, 346.

27 Nozick, R. (1988). *Anarquía, Estado y utopía*. Trad. R. Tamayo. México. FCE, 8-9.

28 Massini-Correas, C. I. (1994). “Privatización y comunidad del bien humano. El liberalismo deontológico y la respuesta realista”. En *Anuario Filosófico*, N° XXVII/2. Pamplona, 818.

29 Sobre el término “autonomía” y sus significados, véase: Massini-Correas, C. I. (2011). “Autonomía y bienes humanos. ¿Existe un principio ético de autonomía?”. En *Teoría del Derecho y de los Derechos Humanos*. Lima. ARA Editores, 67-95. Para el estudio de la saga de la noción ética de autonomía, véase: Schneewind, J. B. (200). *La invención de la autonomía. Una historia de la filosofía moral moderna*. Trad. J. H. Ruiz Rivas. Ciudad de México. FCE.

Y esta conclusión liberal es estrictamente coherente; en efecto, si se niega la existencia de bienes comunes objetivos³⁰, de los que todos puedan participar y beneficiarse, resulta imposible sostener la posibilidad de que un bien escogido y preferido por un sujeto X, pueda valer igualmente para un sujeto Y, individualmente diverso del anterior y con otro sistema de preferencias diferente. Podría darse, por mera casualidad, la circunstancia de que accidentalmente dos preferencias coincidan, pero se tratará siempre de una situación meramente contingente y de muy improbable realización. En principio, las elecciones meramente autónomas de un individuo, las únicas que en este esquema “generan” bienes, no tienen valor moral alguno para otro individuo diferente.

Por supuesto que desde esta perspectiva liberal, la solidaridad política puede aparecer ya sea como un hecho o como una elección ocasional e individual de algún sujeto, pero no alcanzará la justificación racional necesaria para transformarla en un deber y en su derecho correlativo. Y es por eso que la gran mayoría de los autores liberales no hacen referencia a deberes estrictos de solidaridad. En efecto, en su reciente volumen, *Justicia para erizos*, Ronald Dworkin dedica 592 páginas a desarrollar la última versión de su teoría de la justicia, pero en ninguna parte se habla, ni siquiera de pasada, de deberes jurídicos de solidaridad³¹.

Pero además, aún en los casos en que algunos autores liberales hacen referencia a deberes y derechos sociales, se percibe claramente que, en su caso, se trata de realidades de carácter meramente instrumental, es decir, útiles para la posesión y el disfrute de derechos individuales, que son los únicos que revisten valor en su sistemática. Escribe, en este sentido, Gabriel Chalmeta: “[...] a juicio de la filosofía hoy en día más influyente en la opinión pública, de índole utilitarista y –en el fondo– individualista (no auténticamente altruista), la interdependencia ética entre los hombres, la necesidad que unos tienen de los otros para poder vivir bien, se referiría únicamente al orden de los medios. Sería, sí, absolutamente necesario establecer una cierta colaboración entre los individuos [...]; pero el objetivo que deben perseguir todas estas relaciones de colaboración es que cada indivi-

30 Michael Sandel, refiriéndose a las ideas de John Rawls, afirma que, para él, “el hombre es por naturaleza un ente que elige sus bienes, más que un ente que, como lo concebían los antiguos, descubre sus bienes”; Sandel, M. (1992). *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge. Cambridge University Press, 22.

31 Véase: Dworkin, R. (2014). *Justicia para erizos*. Trad. H. Pons & G. Maurino. México. FCE, pássim; por su parte, James Griffin sostiene en su libro, *On Human Rights*, que las exigencias de la justicia distributiva no se vinculan con los Derechos Humanos, es decir, no existen derechos de distribución; Griffin, J. (2008). *On Human Rights*. Oxford. Oxford University Press, 64.

duo en particular logre satisfacer una serie de necesidades y deseos que son estrictamente suyos [individuales]³².

Dicho en otras palabras, desde la perspectiva estrictamente liberal, las relaciones de justicia, la vida buena en común, la perfección humana social, la amistad y la concordia política³³ no consistirían en bienes humanos intrínsecos, valiosos por sí mismos, sino en meros instrumentos al solo servicio de bienes individuales. Esto significa necesariamente que, en la medida en que las estructuras sociales no satisfagan plenamente los intereses privados de los individuos, dejarán de revestir valor alguno de carácter positivo y carecerán de la fuerza deóntica suficiente como para justificar deberes y derechos.

Ahora bien, es harto conocido que no es esa la perspectiva propia del pensamiento clásico, ya desde sus mismos orígenes, cuando Aristóteles escribió que los hombres “aun cuando no tengan necesidad de la ayuda recíproca, desean lo mismo vivir juntos [...]; [ya que] también se reúnen simplemente para vivir, y constituyen la comunidad política, pues quizá en el mero vivir [juntos] existe cierta dosis de bondad [...]”³⁴. Y más preciso resulta en este punto un texto del Aquinate, donde sostiene que “en virtud de su naturaleza social o política, [los hombres] son proclives a vivir juntos y no aislados, incluso en el supuesto de que uno no tuviese necesidad del otro para obtener esas ventajas sociales”³⁵. Por su parte, John Finnis, a pesar de reconocer el carácter instrumental de ciertas dimensiones del bien común, sostiene que aquellas comunidades “que tienen un bien común que es más instrumental que básico, a través de la asociación y cooperación por un bien instrumental (tal como una empresa de negocios), revisten un carácter más que instrumental en cuanto concretizan el bien básico de la amistad [y la socialidad] en una u otra de sus formas centrales o no-centrales”³⁶.

En definitiva, es necesario destacar que desde la perspectiva liberal, el bien que persiguen las colectividades humanas, en especial la política, reviste un carácter simplemente instrumental respecto a los intereses y a los bienes de sus miembros, y en sí mismo carece de todo carácter intrínseco. De aquí se sigue, por lo tanto, que en esta perspectiva no hay lugar para una auténtica solidaridad, es decir, una que tenga su razón de ser en el bien de todos y busque y procure el bien de los demás del mismo modo como se

busca y procura la participación personal en el bien de la colectividad. Por supuesto que esto no excluye que pueda existir un *sentimiento* de solidaridad entre los miembros de la comunidad política, radicado en el nivel meramente afectivo, pero se tratará siempre de un mero hecho psicológico-social, sin relevancia en el ámbito propiamente de la eticidad, que se refiere a las razones –que son siempre bienes– decisivas para el obrar³⁷.

4. Balance conclusivo

De todo lo expuesto hasta ahora, es posible inferir las siguientes conclusiones acerca de la problemática de la solidaridad ética y su relación con los derechos:

- a) Ante todo, conviene decir algo acerca del valor epistémico de esclarecer el sentido preciso de las palabras que se usan en un trabajo especializado, ya que lo contrario, es decir, la vaguedad en el uso de los términos, no puede sino conducir a la confusión y a la pérdida de todo valor en cuanto contribución al saber justificado racionalmente.
- b) Por otra parte, resulta claro que una noción precisa de solidaridad supone un concepto también preciso de sociedad o grupo social y de su bien propio, toda vez que fuera de ese contexto la expresión solidaridad sólo puede pensarse en cuanto un sentimiento solamente individual, identificable en un nivel meramente fáctico o psicológico-social, pero ajeno al plano práctico-normativo; y en este último plano, la solidaridad se constituye en el marco de comunidades de vida ordenadas a la realización de un fin-bien de carácter ético.
- c) Este bien que da sentido y explica el fenómeno comunitario y solidario ha de ser necesariamente un bien común, es decir, una perfección humana participable por todos los integrantes del grupo social; y esta participación ha de ser activa y receptiva: *activa*, en cuanto todos deben contribuir a su constitución; y *receptiva*, en cuanto esa misma totalidad de integrantes debe poder participar de sus resultados de perfección; y esto es posible en razón de que, abstracción hecha de los bienes particulares que son su contenido material, su formalidad propia es la de ser un bien de orden o estructural, por el cual la disposición de sus partes potencia y multiplica su bondad, y lo constituye en un bien distinto y superior a sus componentes singulares.

32 Chalmers, G. Ob. cit., 76.

33 En este punto, véase: Lamas, F. (1975). *La concordia política*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.

34 Aristóteles. *Política*, III, 6, 1278 b.

35 Tomás de Aquino. *In Politicorum*, V, 387.

36 Finnis, J. (2011). “Limited Government”. En *Collected Essays-III-Human Rights & Common Good*. Oxford. Oxford University Press, 89.

37 Véase: Finnis, J. (2011). “Introduction”. En *Collected Essays-I-Reason in Action*. Oxford. Oxford University Press, 1-15.

- d) Y es precisamente este carácter común del bien social, especialmente del bien político, lo que justifica racionalmente los deberes de solidaridad que todos los miembros tienen para con los demás, así como los correspondientes derechos de que gozan los que participan de ese bien; derechos que, como todo lo jurídico, tienen propiamente su ámbito en la comunidad política, así como la única posibilidad real de su vigencia efectiva.
- e) Las doctrinas liberales no pueden en general justificar racionalmente los deberes y derechos de solidaridad en razón de su negativa a reconocer la existencia de bienes intrínsecamente comunes; su visión del bien social como meramente instrumental al servicio de los intereses y preferencias individuales, anula la fuente de razonabilidad de los derechos sociales de solidaridad, dejando a los sentimientos solidarios reducidos a simples hechos psicológicos individuales.
- f) Todo lo anterior no suprime la posibilidad –antes bien, la supone– de la existencia de una solidaridad radicada en un nivel de realidad y de consideración superior: el religioso (especialmente cristiano), en el cual la solidaridad se da entre todos los seres humanos (y aun con el resto de la naturaleza) y se funda en la comunidad de todos ellos en la Creación, ordenada toda ella a la perfección absoluta del Bien común trascendente, aquel al que –en términos tomados del Aquinate– todos los hombres llaman Dios, y del que todos los demás bienes participan su perfección³⁸. Esto significa que, además de la solidaridad que tiene su lugar en el nivel humano-racional-inmanente, que reviste una realidad positiva pero participada e imperfecta, existe una solidaridad perfecta o completa, radicada en un nivel de existencia y consideración trascendente, y que solo puede lograrse traspasando los límites de lo meramente mundano y del aquende la muerte.

Bibliografía

- AA. VV. (2000). *Précis de philosophie analytique*. Paris. Ed. P. Engel, PUF.
- Alvarado, C. & Galaz, E. (2015). “Subsidiaridad y vida pública: una mirada a los orígenes”. En AA. VV. *Subsidiariedad. Más allá del Estado y del mercado*. Santiago de Chile. Ed. P. Ortúzar, Instituto de Estudios de la Sociedad.
- Amengual, G. (2007). *Antropología filosófica*. Madrid. BAC.
- Ayer, A. (Comp.) (1986). *El positivismo lógico*. Ciudad de México. FCE.

³⁸ En este punto, véase: Cardona, C. *La metafísica...* Ob. cit., 53 y sigs. y del mismo autor (1987). *Metafísica del bien y del mal*. Pamplona. EUNSA, 45-66.

- Cardona, C. (1966). *La metafísica del bien común*. Madrid. Rialp.
- Cardona, C. (1987). *Metafísica del bien y del mal*. Pamplona. EUNSA.
- Chalmeta, G. (2007). *Ética social. Familia, profesión y ciudadanía*. Pamplona. EUNSA.
- Duguit, L. (1921). *Traité de Droit Constitutionnel*. T. I. París. E. de Boccard.
- Dworkin, R. (2012). *Justicia para erizos*. Ciudad de México. FCE.
- Ewald, F. (2011). “Solidaridad”. En *Diccionario de ética y de filosofía moral*. T. II. Ciudad de México. Ed. M. Canto-Sperber, FCE.
- Fagothey, A. (1973). *Ética. Teoría y aplicación*. Ciudad de México. Interamericana.
- Finnis, J. (2011). “Introduction”. En *Collected Essays – I – Reason in Action*. Oxford. Oxford University Press.
- Finnis, J. (2011). “Limited Government”. En *Collected Essays – III – Human Rights & Common Good*. Oxford. Oxford University Press.
- Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights*. 2ª ed. Oxford. Oxford University Press.
- Forment, E. (1994). “La filosofía del bien común”. En *Anuario Filosófico*, N° XXVII/2. Pamplona.
- García-Huidobro, J. (2005). *El anillo de Giges. Una introducción a la tradición central de la ética*. Santiago de Chile. Editorial Andrés Bello.
- Gewirth, A. (1984). “Are there any Absolute Rights?”. En AA. VV. *Theories of Rights*. Oxford. Ed. J. Waldron, Oxford University Press.
- Graham, G. (2004). *Eight Theories of Ethics*. London & New York. Routledge.
- Griffin, J. (2008). *On Human Rights*. Oxford. Oxford University Press.
- Hartmann, N. (2011). *Ética*. Madrid. Encuentro.
- Inciarte, F. (2001). *Liberalismo y republicanismo. Ensayos de filosofía política*. Pamplona. EUNSA.
- Lamas, F. (1975). *La concordia política*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.
- MacIntyre, A. (1990). “The Privatization of Good. An Inaugural Lecture”. En *The Review of Politics*, N° 52/3. Notre Dame.
- Massini-Correas, C. I. (1994). “Privatización y comunidad del bien humano. El liberalismo deontológico y la respuesta realista”. En *Anuario Filosófico*, N° XXVII/2. Pamplona.
- Massini-Correas, C. I. (1996). *La falacia de la falacia naturalista*. Mendoza-Argentina. EDIUM.
- Massini-Correas, C. I. (2005). *Filosofía del Derecho – I –. El Derecho, los Derechos Humanos y el Derecho Natural*. Buenos Aires. Lexis-Nexis/Abeledo Perrot.
- Massini-Correas, C. I. (2011). “Autonomía y bienes humanos. ¿Existe un principio ético de autonomía?”. En *Teoría del Derecho y de los Derechos Humanos*. Lima. ARA Editores.
- Millán-Puelles, A. (1971). “Bien común”. En *Gran Enciclopedia Rialp*. Madrid. Rialp.
- Millán-Puelles, A. (1984). *Léxico Filosófico*. Madrid. Rialp.
- Missner, M. (2002). *On Ethics*. Belmont-CA. Wadsworth-Thompson Learning.
- Nozick, R. (1988). *Anarquía, Estado y utopía*. Ciudad de México. FCE.
- Passmore, J. (1968). *A Hundred Years of Philosophy*. London. Penguin.

- Sandel, M. (1992). *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge. Cambridge University Press.
- Schneewind, J. B. (2009). *La invención de la autonomía. Una historia de la filosofía moral moderna*. Ciudad de México. FCE.
- Segura Munguía, S. (1985). *Diccionario etimológico latino-español*. Madrid. Anaya.
- Soaje Ramos, G. (2005). "Sobre la politicidad del Derecho. El bien común político". En AA. VV. *El derecho natural en la realidad social y jurídica*. Santiago de Chile. Ed. S. Castaño & E. Soto Kloss, Universidad Santo Tomás.
- Tugendhat, E. (1989). *Introduzione alla filosofia analítica*. Genova. Marietti.

PARTE III

NOTAS Y COMENTARIOS

LA LEY N° 17.711 Y LA VIGENCIA DE LOS PRINCIPIOS

Law N° 17.711 and the Validity of its Principles

Legge 17.711 e validità dei principi

Antonio R. Budano Roig¹

Recibido: 28 de agosto de 2018

Aprobado: 20 de septiembre de 2018

Resumen: En el artículo se pretende recordar la excelencia de la Ley N° 17.711 que reformara, en 1968, el Código Civil entonces vigente. Tras un breve análisis de aquel Código y la mención a las circunstancias vinculadas a la sanción de la ley, se citan no sólo las principales reformas, institutos y principios que introdujera en la legislación, sino que también se destaca que muchas de las importantes innovaciones que introdujo en la legislación se han mantenido en el tiempo incorporándose al Código Civil y Comercial de la Nación actualmente vigente.

Palabras claves: Penetración del factor moral - Buena fe - Individualismo - Voluntarismo - Decretos - Leyes.

Abstract: This article aims to remember the excellence of Law 17,711 that reform, in 1968, the past Civil Code then in force. After a brief analysis of that Code and the mention of the circumstances linked to the enactment of the law, main reforms, institutes and principles that were introduced by it, but also some of the highlights and important innovations introduced in the legislation, have been maintained over time by incorporating the Civil and Commercial Code of the Nation currently in force.

Keywords: Penetration of the moral factor - Good faith - Individualism - Voluntarism - Decrees - Laws.

¹ Abogado, ejercicio privado de la profesión. Correo: abudanoig@yahoo.com.ar.

Sommario: L'articolo intende richiamare l'eccellenza della legge 17.711 che riformerà, nel 1968, il Codice Civile allora in vigore. Dopo una breve analisi di questo Codice e la menzione delle circostanze legate all'emana-zione della legge, non solo le principali riforme, istituti e principi che ha introdotto nella legislazione sono menzionate, ma evidenzia anche che molte delle importanti innovazioni che ha introdotto nella legislazione, sono stati mantenuti nel tempo incorporando l'attuale codice civile e commerciale della nazione.

Parole chiave: Influenza del fattore morale - Buona fede - Individualismo - Voluntarismo - Decreti - Legge.

Para citar este texto:

Budano Roig, A. R. (2018). "La Ley N° 17.711 y la vigencia de los principios", *Prudentia Iuris*, N° 86, pp. 209-222.

Propósito de estas líneas

El 1° de julio de 1968 entraba en vigor la Ley N° 17.711. Sancionada el 12 de abril de ese año, la norma tuvo por objeto reformar el Código Civil argentino que, redactado por don Dalmacio Vélez Sarsfield un siglo antes, se encontraba vigente desde el 1° de enero de 1871. Al propio tiempo, la citada ley modificó también algunas de las normas legales complementarias a dicho Código que se habían ido dictando a lo largo de su vigencia.

Al cumplirse este año el quincuagésimo aniversario de la creación de la referida norma, hemos creído oportuno escribir estas líneas por entender que no debemos dejar pasar la oportunidad de recordar, a la vez que ponderar, la excelencia de aquel instrumento legal. Tampoco puede dejar de destacarse que muchos de los principios e institutos que incorporara al Código por ella reformado, continúan vigentes en el Derecho Civil argentino aún después de su derogación.

El Código que reformó la Ley N° 17.711

No constituye ciertamente objeto de estas líneas destacar las virtudes o los defectos del Código redactado por Vélez Sarsfield. No obstante no podemos evitar un breve comentario sobre la obra que tan exitosamente reformara la Ley N° 17.711.

Son numerosos los aspectos que reflejan la valía de la labor jurídica de Vélez Sarsfield.

No se nos ocultan las conocidas críticas que recayeran sobre el proyecto que redactara en ocasión de ser tratado por el Congreso, aunque ninguna de ellas logró desmerecerlo: además del reparo del diputado Castellanos, el senador Oroño cuestionó la falta de incorporación del matrimonio civil al Código. Silenció, sin embargo, que cuando él, como gobernador de Santa Fe, había intentado legislar sobre la materia, el rechazo popular a la medida lo obligó a dejarla sin efecto y a renunciar prestamente a su cargo. También Alberdi criticó el proyecto de Vélez argumentando que sus fuentes habían sido la legislación y la doctrina de otras naciones antes que la española de aplicación en el país e impregnada de principios cristianos. Años después, Colmo señalaría parecidos defectos. Sin embargo, el propio Vélez se encargó de desmentir al publicista tucumano al responderle que "si el doctor Alberdi hubiera recorrido siquiera ligeramente mi proyecto de Código, hubiera encontrado que la primera fuente de que me valgo son las leyes que nos rigen. El mayor número de los artículos tiene la nota de una ley de Partidas, del Fuero Real, de las Recopiladas"².

No fueron ciertamente esas las cuestiones criticables del Código de Vélez. Antes bien, las que llevaron a considerar la conveniencia de introducirle modificaciones, en realidad, fueron advirtiéndose recién con el correr de las décadas, particularmente a fines de la segunda década del siglo XX, tras cincuenta años de regular satisfactoriamente la vida de los argentinos.

En el análisis de las observaciones que fue mereciendo el Código, más allá de la vinculada a la carencia de una parte general en el método adoptado, se advierte que ellas encontraban su fundamento en la *ratio legis* de las normas cuestionadas, las cuales no eran sino reflejo de la formación jurídica y filosófica del codificador.

Él había emprendido su obra terminada ya la segunda mitad del siglo XIX. Al redactarla, no habrá podido escapar a la influencia de las ideas económicas de Adam Smith aceptadas en gran parte de los países europeos, ni al del marcado individualismo del pensamiento filosófico de Savigny, fuente indirecta de numerosos artículos. En cambio, aunque pueda haberlo conocido en los últimos años de su vida, nula debe haber sido, en el otro extremo ideológico, la influencia de Karl Marx, cuya obra apareció en 1867, ya comenzada la redacción del Código.

Por ello, y más allá de su conocida formación cristiana, recibida tanto de sus mayores como durante sus estudios, inclusive los universitarios, no cabe duda de que Vélez adoptó, en líneas generales, el pensamiento liberal en materia de economía en boga en la época en que redactara el Código, y la

² Cabral Texo, J. (1920). *Juicios críticos sobre el Código Civil Argentino*. Buenos Aires. Jesús Menéndez, 249.

mirada marcadamente individualista en el ejercicio de los derechos a la vez que la filosofía fuertemente subjetivista que les daba sustento.

Como en algún momento sostuviéramos, principios indudablemente ajustados a la moral y a las buenas costumbres que el Código contenía en algunos de sus artículos, en ocasiones quedaban desvirtuados en la redacción de otras disposiciones inspiradas en un individualismo extremo solo comprensible ubicándonos dentro de la época en que la obra fue redactada.

Las fuentes de que Vélez se valió para redactar su obra son numerosas y, en ocasiones, hasta contradictorias. Sin embargo, y más allá de los defectos reseñados, en su defensa cabe decir que su propia capacidad le permitió compatibilizar conocimientos e ideas de origen diverso sin dejar de contemplar en todos los casos la idiosincrasia, las costumbres y pautas morales y culturales, mayoritariamente seguidas por el pueblo para el que habría de legislar.

Entre el Código Civil y la sanción de la Ley N° 17.711

Los primeros intentos de modificar el Código proponían reemplazarlo por otro antes que reformarlo. Tal es lo que ocurrió con el Anteproyecto Bibiloni de 1926, el Proyecto de 1936, y el Anteproyecto de 1954. Sin embargo, ninguno de ellos, por diversas razones, llegó a plasmarse en un nuevo Código.

Paralelamente, y más allá de los citados intentos legislativos, tuvieron sensible influencia en la formación y convicciones de numerosos juristas, tanto de nuestro país como de muchos otros, las encíclicas *Rerum Novarum*, de 1891, dictada durante el pontificado de SS León XIII y *Quadragesimo anno*, de 1931, siendo Papa SS Pío XI. Ellas conformarían, particularmente la primera, la doctrina social de la Iglesia Católica en aquellos tiempos.

Hubo otro acontecimiento de singular importancia, de influencia más inmediata que el citado en el párrafo anterior (aunque aquel pudiera haber incidido en la formación de muchos de sus actores), que contribuiría también a decidir sobre la conveniencia de reformar el Código Civil vigente. Nos referimos al Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, que se reuniera en Córdoba en 1961. Las constancias que surgen del contenido de sus actas, así como las nutridas y bien fundadas recomendaciones que en él se efectuaran para introducir modificaciones en el Código vigente, brindan una idea acabada de la casi unanimidad de opinión que existía en la doctrina de ese entonces, sobre la necesidad de producir cambios en la legislación civil.

El proyecto de ley: sus autores y su redacción

La redacción del proyecto de lo que habría de ser luego la Ley N° 17.711 fue encomendada, en 1966, a una comisión de juristas de bien ganado prestigio. Estuvo conformada por los doctores Abel Fleitas, Guillermo Borda, José María López Olaciregui, Dalmiro Alsina Atienza, Roberto Martínez Ruiz y Alberto G. Spota. Tras la renuncia del Dr. Borda cuando fuera designado Ministro del Interior de la Nación, su lugar en la comisión redactora fue ocupado por el Dr. José Bidau.

Por distintas razones, renunciaron sucesivamente los doctores López Olaciregui, Alsina Atienza y Spota. En consecuencia, el proyecto definitivo fue suscripto por los doctores Martínez Ruiz, Fleitas y Bidau quienes, en la nota de elevación del mismo, hicieron constar la permanente colaboración que había seguido prestando el doctor Borda aún después de dejar de pertenecer formalmente a la comisión redactora.

El proyecto así redactado por la aludida comisión finalmente entró en vigencia, como Ley N° 17.711, a partir del 1° de julio de 1968.

Comentario general

Con la Ley N° 17.711, se dejó de lado la idea de reemplazar el Código vigente por otro nuevo que había prevalecido hasta ese momento. Se optó, en cambio, por dejar en vigor todo lo bueno que tenía el redactado por Vélez Sarsfield, actualizándolo en lo que fuera necesario, a la vez que subsanar sus omisiones y defectos más notorios, incorporar institutos novedosos, y limar un individualismo extremo que aquel presentaba en algunas de sus disposiciones. En este sentido podría afirmarse que la comisión redactora de la ley siguió la sabia enseñanza de Portalis: “[...] es útil conservar todo aquello que no es imprescindible destruir; [...]”³.

Las recomendaciones del ya citado Tercer Congreso de Derecho Civil, reunido en Córdoba en 1961, fueron en muchos casos particularmente tenidas en cuenta por los redactores del proyecto y constituyeron un importante aporte, junto a la opinión de la mejor doctrina en la materia, tanto de nuestro país como, en algún caso, la comparada.

Podríamos afirmar que, de las múltiples reformas que experimentara el Código redactado por Vélez desde su sanción y hasta su relativamente reciente derogación, fue la Ley N° 17.711 la que más profundamente lo modificara. Y no tanto por el número de artículos derogados o reformados,

³ Portalis, J. E. (1959). *Discurso Preliminar (sobre el proyecto de Código Civil Francés)*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 59.

sino por la importancia y trascendencia de las innovaciones por ella incorporadas.

Una de las características de la ley comentada que se advierte con facilidad fue su evidente intención de afectar en la menor medida posible la estructura del Código vigente. Ello se puso de manifiesto, por ejemplo, en mantener la doble categoría de incapaces, que no tenía mayor sentido, en dejar vigente la criticada definición de persona de existencia visible, o en permitir que se continuara denominando dementes indistintamente tanto a quienes padecían algún tipo de enfermedad mental como a aquellos sobre quienes había recaído una sentencia de incapacidad.

Se trataba, si se quiere, de cuestiones menores como muchas otras que de ese tipo contenía el Código y que ya habían sido suficientemente comentadas, criticadas y aclaradas por abundante y conteste doctrina elaborada sobre el particular.

En cambio, fueron otros los aspectos, de entidad ciertamente superior, a los que los autores de la ley dedicaron su atención. Y al legislar sobre ellos incorporaron cambios verdaderamente profundos y de una trascendencia tal que muchos de ellos han perdurado hasta hoy imponiendo su forzosa incorporación a la legislación actualmente vigente.

Entre las reformas introducidas por la Ley N° 17.711 en el Código Civil, a modo de ejemplo y sin pretender agotarlas en las que a continuación aludiremos, destacamos la modificación del régimen de los efectos de la ley en el tiempo, la inclusión de nuevos tipos de costumbre como fuente de Derecho, o la incorporación de la norma que veda el ejercicio abusivo de los derechos. También el régimen previsto para las personas jurídicas fue reformado en algunos aspectos como, entre otros, la clasificación, la responsabilidad extracontractual y la regulación de las simples asociaciones, para citar solo los más significativos.

También el régimen de la capacidad se vio alterado con las modificaciones introducidas, por ejemplo, en la enumeración de los incapaces de hecho, en el criterio para caracterizar la demencia, en la consideración de validez de los actos del demente, en la introducción del régimen de la emancipación dativa y en las limitaciones a la capacidad de los menores emancipados, a la par que se incorporó el instituto de la inhabilitación y la regulación de la internación sin sentencia de declaración de demencia o de inhabilitación.

No fueron menos significativas las reformas recaídas en lo referido a los hechos y actos jurídicos, sus vicios y su nulidad. También en materia de obligaciones y contratos. En esta materia, entre otras reformas, por ejemplo, se dispuso la oponibilidad del boleto en caso de quiebra del vendedor, se introdujo la teoría de la imprevisión, la reparación del agravio moral, en general y en particular la posibilidad de reclamarlo en caso de incumpli-

miento de obligaciones contractuales, y se eliminó la obligación de fijar el pacto comisorio en forma expresa.

En lo que a Derechos Reales se refiere, podemos mencionar, entre otros, las limitaciones a la divisibilidad de las cosas cuando ello convirtiera en antieconómico su uso o aprovechamiento, la modificación del criterio para considerar cuáles son los bienes públicos del Estado, la obligatoriedad de inscripción registral para oponer a terceros la transmisión de Derechos Reales, la obligación de ejercer regularmente el derecho de propiedad a la par que la protección del ejercicio no abusivo de dicho derecho y las modificaciones operadas en materia de acciones posesorias.

La regulación de las sucesiones intestadas en el Código también se vio modificada por la Ley N° 17.711 en muchos de sus aspectos, tales como la presunción de aceptación de la herencia con beneficio de inventario, la reducción de la vocación hereditaria del sexto al cuarto grado de parentesco, la vocación hereditaria del adoptante respecto del adoptado, la vocación hereditaria de los cónyuges divorciados y la de los cónyuges separados de hecho sin voluntad de unirse con particular detenimiento en uno y otro caso en la situación del cónyuge culpable y del inocente, para solo citar algunos de ellos.

No menos destacables fueron las modificaciones en materia de prescripción adquisitiva así como las operadas sobre la de las acciones en particular.

Cabe recordar también al concluir con esta somera mención a algunas de las reformas introducidas por la Ley N° 17.711, que además dicha norma modificó algunas de las leyes complementarias al Código Civil a lo largo de su vigencia, tales como la Ley N° 2.393 de Matrimonio Civil.

Principales reformas

No obstante, creemos no equivocarnos al afirmar que fueron tres los aspectos principales en los que la Ley N° 17.711 hizo sus mejores aportes y sus bondades más se pusieron de manifiesto. Estos fueron: 1. La introducción de la equidad en el Derecho Positivo argentino; 2. La protección a quien acciona de buena fe; y 3. La corrección del excesivo individualismo que se advertía en la redacción de algunos artículos.

Afortunadamente, muchas de las modificaciones introducidas en estas cuestiones han perdurado en el tiempo y han sido incorporadas al Código Civil y Comercial de la Nación que actualmente nos rige.

1. La penetración del factor moral en el Derecho Positivo

Una de las notas características de la Ley N° 17.711 fue la penetración del factor moral en el Derecho Positivo argentino. De la mano de ello resultó la consideración del resultado equitativo de la aplicación de la ley. Da cuenta de lo dicho la redacción que se dio a diversos artículos que se reformaron con ese propósito. Tal lo ocurrido, por ejemplo, con el art. 907, que permitió a los jueces, fundados en razones de equidad, disponer un resarcimiento a favor de la víctima de un hecho involuntario teniendo en cuenta el patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima. Y otro tanto ocurrió con la reforma al art. 1069, que permitió que los jueces pudieran atenuar, si fuere equitativo, la reparación del daño proveniente de un ilícito culposo teniendo en cuenta el patrimonio del obligado. También el art. 1638 permitió limitar por razones de equidad la indemnización a pagarse al contratista por desistimiento de la obra.

2. La protección a la buena fe

La intención de proteger al contratante de buena fe fue otra de las notas destacables de la Ley N° 17.711. Fue una medida adoptada por razones de política legislativa y con la clara finalidad de dar seguridad al contratante de buena fe en la celebración de los negocios. Y si bien esa protección en ocasiones pudo llevar a preterir el derecho también válido de otra persona, ello no obstó a que en general la medida haya sido aceptada de buen grado por la doctrina.

Tal es lo que ocurrió con la reforma al art. 1051, que privilegió el derecho de los terceros adquirentes de inmuebles, de buena fe y a título oneroso, aunque el derecho que se les transfiriera hubiese sido adquirido por quien se los transmitiera a través de un acto nulo, anulable o anulado. Similar criterio se siguió con la reforma del art. 473 del Código al reconocerse validez a los actos del demente celebrados antes de la sentencia de interdicción con terceros de buena fe y a título oneroso. Lo propio sucedió con las modificaciones del art. 2355 en virtud del cual se consideró legítima la adquisición de la posesión de buena fe de inmuebles, mediante boleto de compraventa, y con la operada en el art. 3430, que dispuso convalidar los actos de disposición de inmuebles hechos por el poseedor de la herencia que hubiere obtenido a su favor declaratoria de herederos o aprobación judicial de un testamento, siempre que el adquirente de los bienes hubiese sido de buena fe. También, aunque con otra finalidad, el art. 132, con el agregado que le hiciera la Ley N° 17.711 dispuso que en caso de nulidad del matrimonio celebrado por menores, la emancipación hubiera de subsistir respecto del cónyuge de buena fe.

Y, a la inversa, al reformarse el art. 2491, se reconoció acción de reintegro al desposeído, contra el autor de la desposesión, sus sucesores universales, y los sucesores particulares de mala fe y en virtud de la reforma al art. 521 se dispuso imputar también las consecuencias mediatas al deudor en caso de incumplimiento malicioso de las obligaciones que no tuvieran por objeto sumas de dinero, y en el art. 622 se facultó a los jueces a imponer intereses al deudor en caso de conducta procesal maliciosa en el cumplimiento de obligaciones de dar sumas de dinero.

3. Corrección del excesivo individualismo que se advertía en la redacción de algunos artículos

Fuerza es reconocer que el tan mentado individualismo del Código redactado por Vélez contrastaba en ocasiones con normas como el art. 953, en cuanto disponía que el objeto de los actos jurídicos no podía contrariar las buenas costumbres; el art. 14, que prohibía la aplicación de las leyes extranjeras cuando se opusieran a la moral y buenas costumbres, o el art. 21, que prescribía que las convenciones particulares no podían dejar sin efectos leyes en cuya observancia estuviera interesado el orden público y las buenas costumbres.

Sin embargo, también resulta innegable que una visión fuertemente subjetivista del Derecho, con fundamento casi exclusivo en la voluntad, daba por resultado el marcado individualismo que se ponía de manifiesto en otros artículos (tal el art. 2513, entre otros varios) y notas del Código Civil. Y aunque estas últimas no tuvieran fuerza jurídica alguna, a la par que podían utilizarse para interpretar la ley, ponían también a la vista el pensamiento del Codificador en el tratamiento de ciertas cuestiones. Lo dicho queda evidenciado en las razones expuestas en la nota al art. 54 o en la que se encuentra entre las correspondientes a los arts. 943 y 944, o en la remisión al Código de Prusia a que hace referencia la nota al art. 1071.

Ese voluntarismo subjetivista se patentizaba también en el Código de Vélez en tres normas, a nuestro modo de ver esenciales para sostener aquella concepción: los artículos 3°, 1071 y 1197.

El primero consagraba la teoría de los derechos adquiridos cuyo antecedente necesario era solamente el ejercicio de la voluntad de adquirirlos. Y ninguna ley posterior los podía afectar. La noción fue reemplazada por la de hechos cumplidos. Ello permite la evolución del Derecho sin mengua ni afectación de derecho alguno.

Del art. 1071 se infería que el único límite para el ejercicio de los Derechos Subjetivos estaba en la propia voluntad de su titular. La Ley N° 17.711 modificó este criterio al disponer, por una parte, que el ejercicio de los dere-

chos debía ser *regular* y, por otra, al limitar el ejercicio de aquellos derechos cuando pudiera resultar abusivo.

En cuanto al contrato, acto voluntario por excelencia, el art. 1197, tal como su fuente (el art. 1134 del Código Civil francés), le atribuía una fuerza vinculante similar a la de la propia ley, sin más restricciones que las que pudieran surgir de un objeto ilícito o del orden público. Y si bien la Ley N° 17.711 no modificó puntualmente el texto de la norma referida, le agregó las limitaciones a su validez que surgen de la teoría de la imprevisión y de la lesión subjetiva que incorporara al modificar, respectivamente, los arts. 1198 y 954.

La Ley N° 17.711 no fue una ley en sentido formal

Corresponde recordar que durante el mes de junio de 1966 un golpe de Estado, encabezado por los respectivos comandantes de las tres fuerzas armadas, derrocó al presidente de la nación, Dr. Arturo U. Illía, y en su reemplazo designó para ocupar dicho cargo al General (retirado) Juan Carlos Onganía.

Ese mismo año, como dijéramos, se formó la comisión de juristas a quienes se encomendó la redacción del proyecto de reformas al Código Civil.

La Ley N° 17.711 no fue, en consecuencia, lo que la doctrina denomina una ley en sentido formal. Dictada durante un gobierno de facto, el de la denominada Revolución Argentina, fue, en realidad, un decreto ley. No obstante ello, no podemos dejar de destacar la inmensa aceptación que tuvo tanto en el momento en que entró en vigor como durante muchos años después. Y lo mismo ocurrió con las numerosas y no menos importantes normas que se dictaron durante esos años, tales como, entre otras, las Leyes Nros. 17.549 de procedimientos administrativos, 18.248 sobre el nombre de las personas, 19.550 de sociedades comerciales, 19.551 de quiebras y concursos, 19.134 sobre adopción, 19.836, sobre fundaciones, además de la Ley N° 17.940 que modificó también el Código Civil en algunos aspectos pasados por alto por la Ley N° 17.711. Ninguna de esas normas, que sepamos, fue cuestionada, impugnada, modificada o derogada por no haber sido dictada conforme el procedimiento previsto para legislar por la Constitución Nacional.

No pretendemos en estas líneas analizar el hecho político que llevó a la interrupción de un gobierno constitucional. No es el propósito de ellas. Sin embargo, queremos sí destacar que las normas dictadas durante esos años, incluida, desde ya, la Ley N° 17.711, tuvieron pacífica aceptación y aplicación por los Tribunales. Ello permite, a la par que destacar las virtudes de la ley comentada, evocar también la sabiduría de ese gran jurista que fue Tomás Casares. Ella se puso de manifiesto, como en muchas otras ocasiones,

en su voto en disidencia en autos “Municipalidad de la Capital c/ Mayer, Carlos”⁴, en el que sostuvo que la validez de la legislación no depende tanto de provenir de un gobierno constitucional o de uno *de facto* como del adecuado respeto que ella tenga por los derechos individuales garantizados por la Constitución.

Perdurabilidad en el Derecho Positivo argentino de principios incorporados por la Ley N° 17.711

Fueron numerosos los principios que la Ley N° 17.711 incorporó al Código Civil redactado por Vélez Sarsfield. Afortunadamente, muchos de ellos permanecen vigentes aún después de la derogación de aquel Código desde que fueron incorporados al que vino a reemplazarlo.

Entre ellos podemos citar, a modo de simple ejemplo, el sistema previsto para regular los efectos de la ley en el tiempo que se encuentran en el art. 7° del Código Civil y Comercial de la Nación. Lo mismo ocurrió con el principio que veda el ejercicio abusivo de los derechos, o con el vicio de lesión subjetiva, que fueron recogidos por los arts. 10 y 332, respectivamente, de la nueva legislación. Las innovaciones que la ley había incorporado en materia de simulación en los arts. 959 y 960 del Código de Vélez, se encuentran ahora plasmadas en el art. 335, que vino a reemplazarlo. Y la importante reforma introducida por la ley comentada en materia de efectos de la declaración de nulidad respecto de terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso, se encuentra acogida por el art. 392 del Código actual. Éste también ha incorporado en sus arts. 1742 y 1750, respectivamente, la indemnización, por razones de equidad, a favor de la víctima de un hecho involuntario o la posibilidad de atenuar, por los mismos motivos, la responsabilidad que cabe al autor de un daño provocado por un hecho culposo, cuestiones éstas que la ley comentada había incorporado a los arts. 907 y 1069, respectivamente, del Código derogado.

Otras modificaciones que la Ley N° 17.711 había introducido, en cambio, fundamentalmente las que mejoraron la regulación del derecho de familia, el régimen del matrimonio, el de la filiación o el de la incapacidad, por ejemplo, fueron dejadas de lado por sucesivas leyes que se fueron dictando, particularmente durante las dos últimas décadas, e impusieron criterios que, en general, fueron recogidos en el actual Código Civil y Comercial de la Nación, que, en esas materias, con absoluta corrección política, para usar la expresión en boga, optó por adherir incondicionalmente al denominado

4 CSJN-Fallos: 201:266.

“nuevo orden mundial”, a la ideología de género y a los nuevos modelos de familia que poca relación guardan con el que estaba plenamente vigente antes y después de la sanción de la ley objeto del presente comentario. Además está decir que no fueron solamente las innovaciones hechas por la Ley N° 17.711 las que se abandonaron, sino que lo propio ocurrió también con la normativa que, en general, sobre esas materias, contenía el viejo Código.

LA NATURALEZA JURIDÍCA DEL CADÁVER: REVISIÓN Y TENDENCIA

The Legal Status of the Human Corpse: Review and Trends

La natura giuridica del cadáver: Revisione e tendenza

Jorge Armando Guzmán Lozano¹

Recibido: 6 de septiembre de 2018

Aprobado: 9 de octubre de 2018

Resumen: El presente artículo busca examinar de forma sintética las diferentes posiciones sobre el estatuto jurídico del cadáver humano por medio de la actualización del trazado histórico-doctrinal. A lo largo de la historia la atribución o no de cierto estatus al cadáver no ha sido pacífica; entre las teorías más destacadas veremos la teoría de la semipersonalidad o personalidad residual y la teoría de la res o cosa. Continúa el texto con el estudio de una serie de conceptos e interpretaciones, las cuales se enmarcan en las llamadas teorías resolutorias, que buscan superar las limitaciones prácticas de las teorías predecesoras, analizando cómo las variaciones doctrinales más modernas apelando a una funcionalidad pragmática normativa intentan resolver el conflicto. Finalmente, el repaso histórico-doctrinal nos lleva a considerar qué posición frente al cadáver adopta el ordenamiento jurídico argentino. Evaluando, además, si es cierto que doctrina, ley y jurisprudencia confieren mayoritariamente al cadáver la cualificación jurídica de “cosa fuera del comercio”.

Palabras claves: Naturaleza jurídica del cadáver - Muerte - Respeto por los difuntos - Ética.

1 FALTAN DATOS AUTOR

Abstract: The article examines in a synthetic way the different positions on the legal status of the human corpse by means of a historical doctrinal update. The considerations that try to solve in a functional and pragmatic way the controversies and disagreements of the classical theories stand out. The review is completed with the position adopted by the Argentine legal system.

Keywords: Legal status of human corpse - Death - Respect for the dead - Ethics.

Sommario: Questo articolo cerca di esaminare diverse posizioni sullo stato giuridico del corpo umano attraverso l'aggiornamento storico e dottrinale. Nel corso della storia l'attribuzione di certo stato al corpo non è stata pacifica, tra le teorie più importanti vedono la teoria della personalità residua e la teoria della res o cosa. Testo continua con lo studio di una serie di concetti ed interpretazioni, che fanno parte delle teorie aggiudicative chiamate, cercando di superare i limiti pratici delle teorie precedenti, analizzando come le ultime variazioni dottrinali appello a regole pragmatiche funzionalità tentano di risolvere il conflitto. Infine, la revisione storica e dottrinale ci porta a considerare che la posizione contro il corpo adotta il sistema giuridico argentino, anche valutando se è vero che la dottrina, la legge e la giurisprudenza danno al corpo la qualifica giuridica di "cosa fuori dal mercato".

Parole chiave: Natura legale del cadavere - Morte - Rispetto per il defunto - Etica.

Para citar este texto:

Guzmán Lozano, J. A. (2018). "La naturaleza jurídica del cadáver: Revisión y tendencia", *Prudentia Iuris*, N° 86, pp. 223-234.

Introducción

Pese a atravesar períodos de cierta concordancia doctrinal, el debate sobre la naturaleza jurídica del cadáver es un tema que intermitentemente emerge demandando reajustes en su definición. La importancia de una cabal determinación de su naturaleza tiene que ver con sus proyecciones normativas, es decir, las que segundan al acto nominal. Atribuir a los muertos uno u otro *estatus* conlleva a una u otra interpretación –jurídica y ética– de lo que es cierto, justo y admisible en cuanto a la manipulación del cadáver –manipulación en un sentido no restringido a lo mecánico, sino a la variedad de actos posibles *en y con* la figura del fallecido.

A lo largo de la historia esta discusión no ha sido pacífica² y hasta hoy continúa dividiendo a los teóricos del Derecho Civil, quienes tradicionalmente se han posicionado entre dos teorías: la teoría de la semipersonalidad y la teoría de la res. A éstas se suman una serie de conceptos e interpretaciones que en su conjunto proponen superar las limitaciones prácticas de las predecesoras. Se trata de variaciones doctrinales que, apelando a una *funcionalidad pragmática normativa*, intentan resolver el conflicto. Para fines didácticos se han reunido en una sola mención las teorías resolutorias.

El propósito de la siguiente nota es examinar de forma sintética las diferentes posiciones en cuanto al estatuto jurídico del cadáver humano. A su vez, verificar la vigencia/obsolescencia de algunas y la concordancia/discordancia de otras cuando son cotejadas con la posición que adopta el ordenamiento jurídico argentino.

Teoría de la semipersonalidad o la personalidad residual

A principios del siglo pasado, Demogue defendía que los muertos podían ser considerados *semipersonas*, basando su argumento en la existencia de normas que protegían su memoria y que castigaban las profanaciones de sus despojos³. Esta visión histórica puede verse como una de las más radicales –sino la más radical– y en la actualidad carece de defensores. Mermando la posición anterior, Gierke sostiene que el cadáver es un "resto o residuo de la personalidad, sujeto a la decisión de los deudos"⁴. Kipp concuerda con este pensamiento pues habla también de una "personalidad residual" que a su vez les permite a los deudos decidir sobre su destino⁵. Por su parte, los portugueses Antunes Varela y Pires de Lima abogan por la "teoría de la personalidad jurídica parcial pos-mortal", considerando que el difunto permanece con un residuo de su personalidad, sugiriendo que su capacidad repercute más allá de la vida en algunos aspectos⁶. Los autores afirman que tal protección *post mortem* es un desvío a la regla general de que la existencia acaba con la muerte: "*mors omnia solvit*". Leite dos Campos considera que es la teoría *más conveniente*, aquella que ve en la adquisición de un derecho

² Malacki, A. (1985). "El cadáver: Actos dispositivos". En *La Ley* Tomo 1985-C.

³ Demogue, R. (1909). *La notion de sujet de droit: "revue trimestrelle de Droit Civil"*. Paris, 631. Citado por Malacki, A. (1985). Ob. cit., 833.

⁴ La posición de Gierke es citada por Enneccercus, L.; Kipp, T.; Wolf, M. (1955). *Tratado de Derecho Civil*. T. I, 1ro. Barcelona. Bosch, 533, nota 8.

⁵ Kipp comentado por Malacki, A. (1985). Ob. cit., 834.

⁶ Pires de Lima, Antunes Varela. (1987). *Código Civil anotado*. Coimbra. Coimbra Editora, 105. Citado en Migliore, A. (2006). *Direitos da personalidade post mortem*. Tese doutoral. USP. São Paulo, 227.

post mortem todavía una manifestación de la personalidad jurídica⁷. Afín a la línea de la semipersonalidad, pero con una peculiar interpretación de la misma, Migliore asume su particular postura: “No es la personalidad jurídica que subsiste a la muerte, pero sí la personalidad *bioafectiva*. Es eso lo que sobrevive a la muerte para siempre, porque nadie será igual al otro y todos serán unidades diversas de una misma especie. Esa parte de nosotros no perece. Entonces, de hecho, sí existe una personalidad parcial pos-mortal”⁸.

El autor no solo ultrapasa la interpretación jurídica sino que también intenta driblar su posición basado en la persistencia de una cualidad sensible que excede la muerte, interpelando un reconocimiento legal de la misma.

Una de las más conocidas críticas a las teorías de semipersonalidad es la postura de Llambías, quien reprocha, entre otras cosas, que la personalidad no es susceptible a *gradaciones*: “Se es o no persona”⁹. Cifuentes, en similar tono, considera que la idea de resto o residuo de la personalidad es abstracta, y que la teoría de la semipersonalidad contradice el concepto de derechos personalísimos¹⁰. Tobías acrescenta que “la extinción de la vida humana determina la inexistencia del sustrato que es requisito esencial de la personalidad: Esta se extingue con la muerte, por lo que el cadáver no puede ser titular de derecho alguno”¹¹.

La citada crítica tiene gran respaldo por parte de otros autores, quienes de una u otra forma convienen en la misma proposición: “Se es o no se es persona”. Resulta fácil adherirse a esa postura, y sin agregado alguno, más aun considerando que de fondo sopesa una fuerte consideración ética¹². Resta destacar que actualmente es escasa la consideración que se tiene a los criterios que adjudican al cadáver la calidad de semipersonas.

Teoría de la res¹³ o cosa

Tanto en el léxico jurídico como en el lenguaje común resulta inevitable que la sola mención de “cosa” de inmediato seduzca indagar: ¿comerciali-

zable?; ¿en qué circunstancias?; ¿quién o cómo se dispone? Un fallo reciente resume con gran acierto lo problemático del concepto cadáver-cosa: “Tal vez la dificultad en hallar un encuadre satisfactorio radica en que el afán por encontrarle [al cadáver] un lugar en el mundo de las clasificaciones jurídicas encuentra natural resistencia a considerarlo cosa con perspectiva económica”¹⁴.

Por esa razón la cualificación *cosa* precisa complementarse con las condiciones de la cosa, principalmente en lo referido a su disposición; así al menos lo manifiestan la mayoría de los doctrinarios.

Para Coviello, el cadáver es cosa en sentido jurídico y el derecho de disponer le corresponde al que algún día va a ser cadáver. La disposición puede ser a título gratuito como oneroso en razón a alguna utilidad industrial o científica¹⁵. Carranza compartía similar posición a la precedente; en su momento, manifestaba que la tendencia parecía dirigirse a la consideración del cadáver como *algo in commercium*, tal vez para no incurrir en el vicio de juzgar a lo nuevo de acuerdo con lo viejo¹⁶. Esta postura no ve ilicitud del acto de disposición del cadáver a título oneroso.

Oertmann, en la consideración del cadáver *cosa*, aduce que “por motivos de moralidad pública son limitadas las relaciones jurídicas que pueden entrar como objeto en esta *res extra commercium*”. Para Enneccerus, igual es *cosa*, aunque no sea propiedad del heredero ni susceptible de apropiación¹⁷.

El francés De Cupis nominaba al cadáver como *cosa extra commercium* acentuando su restricción comercial en razón a la dignidad humana: “El cuerpo humano, después de la muerte, se torna una cosa sometida a la disciplina jurídica, cosa, sin embargo, que no pudiendo ser objeto de Derechos Privados patrimoniales, debe clasificarse entre las *cosas extra commercium*. No siendo la persona, cuando viva, objeto de derechos patrimoniales, no puede serlo también el cadáver, lo cual, a pesar de la mudanza de sustancia y función, conserva el cuño y el residuo de persona viva. La comercialidad estaría, pues, en nítido contraste con tal esencia del cadáver, y ofendería la dignidad humana”¹⁸.

7 Ibid., 228.

8 Ídem.

9 Llambías, J. (1975). *Tratado de Derecho Civil*. Parte General, T. I. Buenos Aires. Perrot, 220.

10 Cifuentes, S. (2008). *Derechos personalísimos*. 3ª ed. Buenos Aires. Astrea, 420.

11 Tobías, J. W. (2009). *Derechos de las personas: Instituciones de Derecho Civil*, Parte General. 1ª Ed. Buenos Aires. La Ley, 642.

12 Sostener la existencia de *gradaciones* de la persona podría acarrear nociones erróneas sobre *gradaciones en su dignidad*, lo cual es ontológica y éticamente inaceptable.

13 *Res*: Del protoitalico *re-*, y este del protoindoeuropeo *reh-i-* (“bien”). Compárese el sánscrito $\square\square$ (*rayi*, “propiedad”) y el avéstico *ray*, “riqueza”. $\underline{1} \rightarrow reus$. Cfr. <https://es.wikinara.org/wiki/res> (Último acceso: 9-10-2017).

14 Cfr. Fallo Cámara Nacional Civil, Sala G, 5-6-2014. “B. J. E. c/ P. E., E y otros/ Daños y perjuicios”.

15 Coviello, N. (1965). *Doctrina general del Derecho Civil*. Traducido de la 4ª edición italiana. Buenos Aires. El Foro, 331-332. Citado por Cifuentes, S. (2008). Ob. cit., 420.

16 Carranza, J. A. (1972). *Los trasplantes de órganos*. La Plata. Ed. Platense, 65. También citado y comentado por Bergoglio, M.; Bertoldi, M. (1983). *Trasplantes de órganos: Entre personas con órganos de cadáveres*. Buenos Aires. Hammurabi, 181.

17 Oertmann, P. (1933). *Introducción al Derecho Civil*. Barcelona. Labor, 24. Citado por Spota, A. (1947). *Tratado de Derecho Civil*. T. I, parte general, vol. 35. Buenos Aires. Depalma, 194. Ambos autores ampliamente comentados por Malacki, A. (1985). Ob. cit., 834-835.

18 De Cupis, A. (1950). *Il diritti della personalità*. Milano. Giuffrè, 77.

Para Chaves, la naturaleza *cosa* del cadáver también es el criterio cierto. Su visión particular consta en creer que el cuerpo no debería estar sujeto a las actitudes y deseos del muerto o de sus familiares, sino a las prácticas demandadas por el interés público: “bien de dominio común”¹⁹. Esta teoría claramente no tuvo grandes adeptos²⁰.

Existen posturas que atribuyen al cadáver una figura *bifrontal* (*ora cosa, ora bien no cosa*), según que esté destinado a la inhumación o a fines de estudio, investigación o trasplante²¹. Bueres no está de acuerdo con esto último y señala que, o se lo trata como bien material o lisamente y llanamente como cosa; además, el valor denominado en el código no solo debe referirse al valor económico sino que puede tener “valor social”²². Castán Tobeñas, amparado en la doctrina internacional y el valor social, admite que “el cadáver no es cosa susceptible de apropiación y comercio, sino *res extra commercium* sujeta a normas de interés público y social”²³.

Sobre este punto, Malacki dice que el valor debe ser entendido en un sentido más amplio, no solo comprensivo del valor económico sino entendido como idoneidad para desempeñar una “función social o humanitaria”²⁴.

Acentuando el debate sobre la comercialidad, Spota y Gatti coinciden en la rotulación del cadáver como *res*, pero sin reconocer, *prima facie*, su onerosidad. La divergencia entre ambos autores se encuentra en que el primero no concibe la venta de despojos mortales, aun si hubiere sido autorizada por la persona en vida, en virtud a que la autonomía de libertad halla su límite en la ley, imperativo o de orden público, en las buenas costumbres y en el abuso del derecho. Mientras que el último consiente que para finalidades curativas, salvación de vidas o investigaciones científicas, pueda ser considerado “expresamente cosa”, inclusive cual si fuese “objeto de Derechos Reales”²⁵.

19 Chaves, A. (1994). *Direito à vida e ao proprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantas*. São Paulo. Ed. Rev. dos Tribunais, 252.

20 El gran problema de la teoría defendida por Chaves, según Arthur Abbade Tronco, es su carácter fuertemente utilitarista, una vez que prioriza la supremacía del interés público de una forma desmedida y no da el menor margen de actuación a la manifestación de la voluntad privada e individual, situación de restricción tal que puede ser vista, inclusive, como atentatoria a la dignidad humana. En Abbade T., A. (2013). *Estudo comparado da regulamentação da doação de órgãos pós-morte*. TCC. USP-RP, São Paulo, 29. Disponible en <https://www.tcc.sc.usp.br/tce/disponiveis/89/890010/tce-27112013-161535/?&lang=br> (Último acceso: 5-8-2015).

21 Cfr. Tobías, J. W. (2009). Ob. cit., 643.

22 Bueres, A. en su prólogo a Bergoglio, M.; Bertoldi, M. (1983). Ob. cit., XL.

23 Castán Tobeñas, citado por Ramos, M. (2012). *La protección de la memoria defuncti*. Tesis doctoral. Universidad de Salamanca. Salamanca, 71. Disponible en https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/121403/1/DDP_RamosGutierrezMercedes_Tesis.pdf (Último acceso: 4-6-2017).

24 Cfr. Malacki, A. (1985). Ob. cit., 838.

25 Cfr. Ghersi, C. A. (2003). *Trasplantes de órganos*. Buenos Aires. La Ley, 66. Ver también Malacki, A. (1985). Ob. cit., 835 y sigs.

Ampliamente citada es la definición *iusfilosófica*, casi poética, de Cifuentes. “El ser físico del hombre al expirar se convierte en un resto opaco, insensible, pierde movimiento y vida. Esa incomunicación hacia el exterior y con los vivos, esa soledad total, lo aísla de tal modo que pasa a ser un objeto despojado de los más caros atributos humanos, aquellos que definen la persona. Lo que queda es materia rígida, insensible, que comúnmente entra en descomposición hasta desaparecer”²⁶.

El autor sitúa al cadáver como bien material fuera del comercio, aunque enérgicamente admite la posibilidad de que sea objeto de contraprestación pecuniaria, siempre dentro de determinados límites. Sobre los criterios de excepción el autor expone: “Cuando se trata de momias históricas, restos antiguos, esqueletos o calaveras abandonadas, piezas anatómicas de estudio y giradas a los institutos de enseñanza y experimentación, sufre un vuelco la naturaleza del cadáver. Se configura un elemento que modifica la condición natural de los restos [...] y así adquieren nueva condición dominical y mobiliaria, diversa de su origen”²⁷.

Bertoldi también observa el mismo fenómeno [de excepcionalidad] en momias, esqueletos como hallazgos arqueológicos o preparaciones anatómicas²⁸. La autora considera que en estos supuestos no se ha negado la naturaleza jurídica de cosa que revisten dichos restos mortales; y que –por ejemplo– entre los estudiantes de medicina es bastante frecuente la compra-venta de huesos con fines de estudio. A la vez, sustenta la existencia de un proceso de *deshumanización* del cadáver con el paso del tiempo, en el que el Derecho relativiza más su inenajenabilidad²⁹.

Cuando estos autores hablan sobre presupuestos que modifican su naturaleza comúnmente se impulsan en razón de la larga costumbre aún vigente en la didáctica médica, la museología y la arqueo-paleontología y/o en una supuesta admisión unánime de la doctrina. En todo caso, la principal crítica sobre la *mutación* de su naturaleza jurídica tiene que ver con la dependencia socio-cultural de las condiciones de excepcionalidad y por la imprecisión semántica del presupuesto *despersonalización, deshumanización o pérdida de identidad* de los restos –dudando, en todo caso, de que tal hecho sea enteramente posible³⁰.

26 Cifuentes, S. (2008). Ob. cit., 417.

27 *Ibid.*, 439.

28 Bergoglio, M.; Bertoldi, M. (1983). Ob. cit., 185.

29 *Ibid.*, pg. 183.

30 Cfr. Perosino, M. C. (2013). *Umbral. Praxis ética y Derechos Humanos en torno al cuerpo muerto*. Tesis doctoral. Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, 192 y sigs. Disponible en <https://repositorio.filo.uba.ar/handle/filodigital/1653> (Último acceso: 4-6-2017).

Las posiciones *res in commercium* y *res extra commercium* se contraponen, claro está. La primera va en contramano a la tradición y las buenas costumbres, desconociendo además la *sacralidad* del cuerpo muerto –sentimiento largamente incorporado en nuestra cultura. La segunda limita las aplicaciones benéficas aceptadas por la comunidad y *a priori* no violatorias del debido respeto a los difuntos –como trasplantes, didáctica médica o investigación científica. Posiciones extremas están desalineadas a la normativa y difícilmente se adaptan a las demandas sociales, culturales, confesionales o científicas propias de la modernidad. Por su parte, una posición *res extra commercium con posibilidad de disposiciones gratuitas u onerosas* retira al cadáver del comercio pero de inmediato lo retorna en determinadas cláusulas: “*ora comercializable, ora no comercializable*”. Su principal dificultad reside en determinar las condiciones, circunstancias y los límites de la disponibilidad comercial en una variedad de escenarios, un análisis titánico de causa y efecto.

Teorías resolutivas³¹

López y López, dentro de los que consideran al cadáver cosa, asume su comercialidad particularizándolo como “una cosa-mueble de *naturaleza especial*, y en el que las razones de moral social son las que influirán en la especialidad del tratamiento jurídico, su extracomercialidad, el ámbito, atribución de poder, etc.”³². Con similar raciocinio, De Castro considera que “con la muerte de la persona ha devenido en la *especial cosa-mueble* que merece un trato más digno que el que corresponde a las vulgares cosas comerciales”³³. Ambas visiones ya denotan una novedad que irrumpe en el esquema tradicional: la cualificación cosa especial. Esta expresión también es usada por Salvat y López Olaciregui: “Con la muerte del hombre deja de ser sujeto de derecho y se convierte en objeto de derecho. Adquiere carácter de *cosa especial*”³⁴.

Anterior a éstos, Fadda y Bensa ya encuadran al cadáver resaltando su peculiaridad; sentencian: “[...] cosa no reducible al régimen general de las

31 Se dicen resolutivas por su tenor de resolución y por el acto de resolver. *Resolutivo*, va. 2.- Adj. Que intenta resolver, o resuelve, cualquier asunto o problema con eficacia, rapidez y determinación. Diccionario de la Real Academia de Lengua española [online]. Disponible en <https://del.rae.es/srv/search?m=30&w=resolutivo> (Último acceso: 15-8-2018).

32 López y López (1969). “Problemas jurídicos de los trasplantes de tejidos y órganos humanos”. En *Separata del anuario de Derecho Civil*, vol. XXII, 152.

33 De Castro citado en Bergoglio, M.; Bertoldi, M. (1983). Ob. cit., 171.

34 Salvat, López Olaciregui (1964). *Tratado de Derecho Civil*, parte general, 356, nro. XVIII. Buenos Aires, 357. Citado en Bergoglio, M.; Bertoldi, M. (1983). Ob. cit., 173.

cosas. En definitiva, el cadáver se calificará como *cosa sui generis*, fuertemente improntada en su peculiar tratamiento jurídico por su consideración de ser huella y residuo de la personalidad”³⁵. Leonfanti comparte que el cadáver es *cosa sui generis* a la que se debe respeto y correspondiente sepultura³⁶. En tono similar, Solá expresa: “Creemos que es éste el criterio moral y jurídicamente correcto, porque si bien la muerte extingue la personalidad, y el cadáver en sí adquiere la categoría legal de una cosa, se trata de una *cosa sui generis*, que debe considerarse fuera del comercio y de toda especie de contratación”³⁷.

Más contemporáneo y muy citado en nuestro ámbito, Sagarna también lo clasifica como *cosa sui generis*³⁸. Freitas Junior, apoyándose en la noción de *dignidad pretérita* del cadáver, expresa: “El cuerpo humano sin vida no puede más ser considerado persona, al mismo tiempo en que no puede ser tenido como una cosa común, pues conservaría su dignidad humana, consistiendo, entonces, una *cosa sui generis*, pero todavía así, una cosa”³⁹.

Recientemente, J. Sordo llama a superar las teorías clásicas y emite su posición de forma crítica: “El Derecho debe establecer nuevas categorías e instituciones, para dar cobija a una realidad social cambiante, más rica que la jurídica, pues este es su cometido, no el de petrificarse en instituciones ya preestablecidas, que no estén acordes para dar solución a la naturaleza de nuevas figuras, como es el caso. Me parece más atinado con su naturaleza, la idea de considerarlo como un *bien especial*, extrapatrimonial”⁴⁰.

Ya se ha destacado en este texto la necesidad de una íntima relación entre nominación y normativa; en todo caso, algunos de los autores que huyen de las consideraciones tradicionales lo hacen pues entienden que las normativas que establecen las relaciones jurídicas del muerto y su relación *ultractiva* con el vivo –futuro muerto– deben regirse por normas consonantes a su cualificación. Así, Varsi divide la cuestión problemática entre los que ven al cadáver como objeto de derecho común y los que lo ven como

35 Citados en Malacki, A. (1985). Ob. cit., 835. Vale la pena aclarar que aquí los autores no se refieren a la teoría de la personalidad residual.

36 Leonfanti, M. A. (1977). “Trasplante de órganos humanos: Régimen legal”, 1ª parte. En *La Ley*, 1977-C196.

37 Solá, R. (1967). “¿Es crimen el trasplante de corazones?”. En *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 37, año XXXII, 188.

38 Sagarna, F. (1996). *Los trasplantes de órganos en el Derecho*. Buenos Aires. Ed. Depalma, 223.

39 Freitas Junior, J. (1995). *Direitos da personalidade: doação de órgãos*. Teresina. EDU-FPI, 24. Ver también Abbade T., A. (2013). Ob. cit., 31.

40 Sordo, J. E. (2017). ¿Existe un derecho de disposición sobre el cadáver? Valencia. IDIBE, 81. Disponible en https://idibe.org/wp-content/uploads/2018/04/Cuaderno_IDIBE_Jorge_Enriquez-DEF.pdf (Último acceso: 15-8-2018).

objeto de derecho especial, admitiendo como cierto el último criterio: “El cadáver como objeto de derecho especial, en razón que tuvo vida, con contenido humano, con otrora vitalidad”⁴¹. Navarro Floria, prudencialmente, admite que “el cadáver no siendo ya una persona, tampoco es una cosa; y que al menos merece una consideración especial en homenaje a la persona que lo habitó”⁴².

El cadáver como *cosa especial* [cosa *sui generis*, objeto especial, cosa peculiar, cosa digna de trato especial] no encuentra contradicción entre ser y no ser a la vez, ni precisa de enumerar excepciones para determinar su establecimiento. Atribuirle la naturaleza jurídica de *cosa sui generis* cierra un circuito más nomotético y menos restrictivo que las teorías predecesoras. El cadáver al no ser *resto de persona* ni *cosa a secas* en verdad es algo novedoso, único, no comparable con ningún otro *elemento* existente. Por un lado, el cuerpo muerto *contiene* la dignidad de su vida vivida y furioso se ata a una personalidad extinta pero no olvidada ni desindividualizada. A su vez, es también resto inerte, testigo corpóreo de la finitud vital, ya no actualiza ni es potencia, su no inmanencia es irreversible, eso lo convierte en cosa, pero no en cualquier cosa, sino en una cosa sin parangón en el universo. Ese estatus tan *peculiar* exige naturalmente de normas peculiares para su tratamiento jurídico, ético y social. La ficción que atribuye al cadáver la condición *cosa sui generis* o *cosa especial* no irrumpe de forma grosera la lógica jurídica, por el contrario, se armoniza, contiene y ordena a ella.

Rendición incondicional: La palabra del ordenamiento jurídico argentino

Clásica referencia jurisprudencial es el voto de Tezanos Pinto, del fallo de la Cámara Civil 2ª argentina, quien refiriéndose al carácter jurídico de un cadáver expresó que un despojo mortal está muy lejos de constituir una cosa en el sentido legal de la palabra porque para ser tal, necesita representar, además, un valor pecuniario del que carece. Pese a esto, asegura que tampoco constituye un sujeto de derecho debido a que junto con la vida, la aptitud psíquica y legal de la persona que tenía para adquirir derechos y contraer obligaciones, ha desaparecido⁴³.

Otro fallo: “Una vez producida la muerte de una persona los restos se convierten en bien material que está fuera del comercio pero que, como

41 Varsi, E. (2014). *Tratado de Derecho de las Personas*. Lima. Gaceta Jurídica, 131.

42 Navarro Floria, J. G. (2017). “Algunas consideraciones sobre la muerte y los muertos en el Código Civil y Comercial”. En *Prudentia Iuris*, N° 84, 95.

43 Malacki, A. (1985). *Ob. cit.*, 835.

los demás derechos personalísimos, puede ser objeto de relaciones jurídicas determinadas pudiéndose disponer dentro de ciertos límites. De modo que debe indemnizarse a los padres del niño cuando un establecimiento asistencial extravió su cadáver”. (CNCiv., Sala F, 24 de marzo de 1980)⁴⁴.

Así también: “Con la sanción de la Ley N° 21.541, el cadáver humano puede concebirse como cosa *extra commercium* de disponibilidad relativa, en virtud de que se puede disponer para otros fines que los naturales, si media autorización previa del titular del cuerpo o de sus parientes inmediatos”. (CNCiv. Com. de 4ª Nom. Córdoba, 31-7-1997, “C. de R., M. C. y otros c/ Fernández, Carlos y otros”, *LLC*, 1998-1111 – *LL*, 1999-A, 471; 41.125S).

“Cuando ha desaparecido la vida –*conditio sine qua non* para la muerte– los restos son siempre bien material que, como en los demás derechos personalísimos, puede ser objeto de relaciones jurídicas determinadas y hay si se quiere una posibilidad de disponer dentro de ciertos límites”. (CNCiv., Sala F, 24-3-1980, “R. A. R. c/ A. M.A.S.A.”, *LL*, 1981-B, 65)⁴⁵.

Un reciente fallo compendia la cuestión lacónicamente: “En forma reiterada y concordante, la jurisprudencia ha descartado que sean aplicables a los muertos las normas legales sobre las cosas, acudiendo, en cambio, a los principios generales del Derecho”. (CNCiv., Sala G, 5-6-2014, “B., J. E. c/ P. E., E. y otros s/ Daños y perjuicios”)⁴⁶.

A expensas de Código Civil y Comercial, “el cuerpo humano, antes o después de la muerte, está como regla fuera del comercio (art. 17) y no puede ser objeto de actos jurídicos (art. 1004)”⁴⁷. Además, el art. 61 (exequias) aporta a delimitar su disposición.

Colofón

Por fin, resulta incondicional reconocer que doctrina, ley y jurisprudencia confieren mayoritariamente al cadáver la cualificación jurídica de “cosa fuera del comercio”. Sin embargo, en busca de determinadas metas sociales, su inenajenabilidad es relativa, tal es el caso de investigación, enseñanza, trasplante, o cuando reviste valor histórico-social. Su inenajenabilidad es

44 Citado por Morelli, M. (2009). “Extracción de órganos de cadáveres con fines de trasplante: voluntariedad y consentimiento presunto”. En *Vida y Ética*, año 10, N° 2, 128.

45 Los dos últimos fallos son citados en Ghersi, C. y Weingarten, C. (2015). *Código Civil y Comercial. Análisis jurisprudencial, comentado, concordado y anotado*. T. I. Rosario. Nova Tesis, 86.

46 El citado fallo se respalda en dos fallos anteriores: Cfr. CNCiv., Sala E “P. S. B. y Y., F. L.”, del 15-4-2008, en *La Ley* 2008-C, 550 y “Kaplan c/ Gallo y Kaplan s/ autorización”, del 24-4-2014.

47 Navarro Floria, J. G. (2017). *Ob. cit.*, 94.

absoluta y exclusiva cuando su destino inmediato es la inhumación o cremación. Su comerciabilidad plena –como Derecho Real– se da cuando los despojos se han “desindividualizado” del sujeto (esqueletos, momias, restos de valor histórico, etc.) o cuando aún individualizados han adquirido valor en otros sentidos socialmente aceptados⁴⁸.

El respeto por los que partieron es parte de un patrimonio intangible forjado en el tiempo y que trasciende transversalmente, con sus lógicos matices, las más variadas culturas del mundo. Se trata de la manifestación pura de una intuición moral que nos es propia y que nos permite visualizar en un cuerpo muerto mucho más que un mero residuo biológico. No obstante, en una modernidad amorfa que adolece de una profunda crisis de valores, y ante una cantidad emergente de actos éticamente reprochables ejercidos en cadáveres, y más aún frente al vertiginoso avance biotecnológico, toca al Derecho precautelar, lo más holísticamente posible, la sana institución del respeto debido a los muertos. El trato hacia los difuntos dice mucho de las normas que lo rigen y de la sociedad que las dicta. En ese afán, será de buena práctica recordar en todo momento los dichos de Lucas Lucas: “No es solo el cuerpo el que muere: es el hombre el que muere. Todo el hombre, cuerpo y espíritu, inteligencia y libertad, esfuerzo y amor, está involucrado en la muerte”⁴⁹.

Queda en suspenso saber si las doctrinas que conciben en el cadáver cierto valor pretérito alcanzan robustez suficiente para reavivar el debate. Humildemente, considero que toda alternativa que resalte la dignidad de la persona en todo momento, desde la concepción hasta y después de la muerte, así como el valor inconmensurable del cuerpo humano, vivo y/o muerto, total y fracción, forma parte de una tendencia superior digna de saludar.

48 Claro está que la cuestión sobre el estatus jurídico del cadáver es punto de inicio crítico para incorporar las demás cuestiones problemáticas a éste referidas (objeto de derecho; concordancia con los derechos personalísimos; forma, límites, contenido de disposición; derechos *post mortem*; titularidad; actos sucesorios; entre otros).

49 Lucas Lucas, R. (2001). *Antropología y problemas bioéticos*. Madrid. Biblioteca de Autores Cristianos, 139.

PARTE IV

DOCUMENTOS Y CRÓNICAS

SUPERVIVENCIA EN EL TIEMPO DE LAS LEYES ABROGADAS

Marcelo Urbano Salerno¹

I. Consideraciones preliminares

Dictar leyes es una de las atribuciones del Poder Legislativo. En el ejercicio de esas atribuciones, puede sancionar un precepto innovador para cubrir los vacíos del orden jurídico, abrogar las normas existentes mediante una decisión específica, y sancionar otras en su reemplazo. El Congreso tiene una amplia potestad para fijar el momento a partir del cual regirá una disposición o no, y cuándo perderá sus efectos. De modo que la supervivencia de una ley después de haber sido abrogada –como reza el título de este trabajo– requiere un análisis particular que depende de una variedad de factores. No obstante haber dejado de existir, las normas continúan vigentes proyectándose al presente, en la medida en que fueran cumplidas en el pasado. Este tema será abordado en su sentido formal, tal como lo pregona el positivismo, pues reviste interés para conocer la técnica aplicable en una pluralidad de supuestos que se presentan en la práctica.

Si bien la Constitución argentina no desarrolló una doctrina al respecto, su inteligencia está basada en los principios republicanos que le dan sustento. Por ello el Código Civil de 1871 traía un subtítulo preliminar sobre la leyes (arts. 1° a 22), y un título complementario acerca “de la aplicación de las leyes civiles” (arts. 4044 a 4051). Algo similar dispuso Andrés Bello en su obra cumbre, el Código Civil de Chile de 1855², y además dicho país en el año 1861 dictó una “Ley sobre efecto retroactivo de las leyes”, de la que

1 Miembro titular de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires. Profesor Emérito de la Universidad Católica Argentina. Este trabajo corresponde a una exposición efectuada por el autor en un ciclo de conferencias organizado por el Doctor Martín Laclau, en la Sección Filosofía Jurídica y Social de la Asociación Argentina de Derecho Comparado.

2 Guzmán Brito, A. (2009). *Estudios de historia dogmática y sistemática sobre el Código Civil Chileno-Colombiano*. Bogotá. Edit. Biblioteca Jurídica Diké, 53-54 y 81-82.

Argentina adolece. A fin de clarificar su aplicación, nuestro legislador previó en el Código Civil y Comercial de 2015 algunas directivas en materia de Derecho Privado para orientar al intérprete (arts. 4° a 8°). Ahora la jurisprudencia y la opinión de los autores deben ofrecer las soluciones apropiadas a los conflictos puntuales susceptibles de discusión en juicio relativas a las normas transitorias.

El “*ius commune*” no tiene virtualidad en el Derecho Criminal, rama atinente a los delitos tipificados y a las penalidades que padecerán las personas que los cometan. Entran a jugar otros axiomas de diferente índole, sobre la defensa en juicio y a la ley aplicable, según la garantía constitucional de que “nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”. En esta rama el Pacto de San José de Costa Rica, en su art. 9°, enuncia un principio opuesto, cual es la retroactividad de la ley, si ésta es más benigna a la que fuera aplicada a la persona que en una causa mereció ser condenada. Por esa razón este análisis omitirá tratar lo dispuesto en el Código Penal, pues excede el objeto en estudio.

Concebida como la manifestación de la voluntad soberana del legislador, la ley es la más copiosa de las fuentes del Derecho³. Uno de sus elementos es la oportunidad en que su observancia será exigible a los habitantes del Estado. El tema se relaciona a dos reformas constitucionales introducidas por la Convención de 1994 al incorporar los decretos de necesidad y urgencia dictados por el Poder Ejecutivo, y la posibilidad de que el Poder Legislativo delegue atribuciones transitoriamente a favor del Ejecutivo en forma puntual.

Acerca de la eficacia temporal de las normas, residen algunos problemas objeto de las siguientes reflexiones.

Incumbe al legislador fijar la fecha en que comenzará a regir un precepto legal. Predomina el criterio de que, cuando omite hacerlo en un caso concreto, habrá que atenerse a la regla enunciada genéricamente en el Código Civil y Comercial, la cual dispone su aplicación inmediata y en el futuro, aunque no debiera operar hacia el pasado, en virtud del postulado de la irretroactividad.

3 Una fuente del Derecho que mantiene aplicación es la costumbre, sobre todo en la rama mercantil. No perdió vigencia en el actual ordenamiento y a veces se invoca para cubrir vacíos que el legislador omitió regular. Requiere haber sido obedecida durante un lapso prolongado para ser normativa. Carece de fuerza abrogatoria de los preceptos legales, aun cuando éstos no se respeten; recibe el nombre de “desuetudo”. Díaz Couselo, J. M. (2017). “La costumbre en la evolución del Derecho argentino”. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social, Asociación Argentina de Derecho Comparado*, N° 27, 139-164, donde se analiza esta fuente desde la perspectiva del Derecho Civil.

La legislación va cambiando a medida que transcurren los años, a fin de adecuarse a la realidad socio-económica imperante en el país. Obedece a la aceleración de la historia, los avances tecnológicos, y los fenómenos desafiantes para la convivencia pacífica⁴. Incluso la Constitución, que se halla en la cúspide, puede ser reformada, según las circunstancias políticas, no obstante su rígida estructura⁵. Lo mismo acontece con los Códigos, un cuerpo de preceptos sistematizados, los tratados internacionales, y demás estatutos legales. El orden jurídico no permanece inmóvil, tiene una dinámica propia que se va amoldando a las exigencias de cada época. Cuando se efectúa algún cambio, ese cambio puede llegar a desequilibrar el sistema, ya que a veces afecta la estabilidad del Derecho, estabilidad que es una garantía para adoptar conductas previsibles.

Dado que de la ley nace el Derecho escrito, su aplicación puede necesitar una interpretación de sus términos. Esa función hermenéutica está a cargo de la jurisprudencia uniforme de los tribunales de Justicia y de la doctrina de los autores, las que son fuentes complementarias. Existe también la posibilidad de que el Congreso sancione normas interpretativas, para despejar dudas y formular aclaraciones. Sin embargo, lo común y corriente es delegar en los jueces la tarea de establecer el significado de las palabras utilizadas en un texto, librando las cuestiones específicas a la apreciación judicial, con ciertas restricciones para impedir a los magistrados que decidan legislar. Héctor Lafaille enseñaba los peligros de hacer del Juez un legislador, porque las normas juzgan con anterioridad al hecho y, por consiguiente, dejan de lado las pasiones⁶. En principio, los jueces deciden las cau-

4 Tau Anzoátegui, V. (1992). *La ley en América Hispana. Del descubrimiento a la emancipación*. Buenos Aires. Edit. Academia Nacional de la Historia, 61; afirma que históricamente “la ley debía ser acomodada al tiempo” y cita opiniones de autoridad en torno al “dinamismo legislativo”.

5 Tau Anzoátegui, V. Ob. cit., 435, sostiene que “la instauración del régimen republicano transformó el enfoque del antiguo Derecho en muchos aspectos, pero mantuvo –y aún acrecentó– la majestad de la ley, como norma suprema. La creciente omnipotencia de la ley llevó a reconocerla entonces como fuente exclusiva del Derecho”. Jestaz, Ph. y Jamin, Ch. (2004). *La doctrine*. París. Edit. Dalloz, 122 y sigs.; estos autores concluyen que en el siglo XIX impera la ley en todas las relaciones jurídicas, con el predominio de la escuela exegética, pero va declinando su autoridad a causa de la doctrina y la jurisprudencia; destacan que Henri Capitant fue uno de los primeros profesores en desarrollar otras fuentes extranormativas del Derecho.

6 Alsina Atienza, D. A. (1968). “El respeto a la ley en el pensamiento jurídico de Héctor Lafaille”. *Estudios de Derecho Civil en Homenaje a Héctor Lafaille*. Buenos Aires. Edit. Depalma, 3. El autor recuerda palabras de Lafaille sobre los peligros de hacer del juez un legislador, porque la ley juzga con anterioridad al hecho, y, por consiguiente, está alejada de las pasiones. Una excepción en el Derecho Comparado es el Código Civil suizo de 1907, que en su art. 1°, en caso de existir una laguna de la ley, atribuye al Juez poder resolver un caso según las reglas que establecería si actuase como legislador”.

sas donde se cuestiona la validez de la normativa dictada por el Congreso, a fin de resguardar los derechos y garantías establecidos en la Constitución, efectuando el pertinente control de legitimidad.

II. La voluntad del legislador

Una definición del Código Civil de Chile merece ser recordada por su buen estilo y precisión, la que se transcribe: “La ley es una declaración de voluntad que, manifestada en la forma prescripta por la Constitución, manda, prohíbe o permite” (art. 1°). En el régimen republicano gobierna la voluntad del legislador. De ahí que sea inaceptable la denominada omnipotencia legislativa, desde que la sanción de las leyes tiene límites y restricciones institucionales, además del control judicial sobre su acatamiento a la Norma Suprema.

Los tres Poderes del Estado se encuentran sujetos a un equilibrio de frenos y contrapesos para evitar el monopolio de la autoridad por uno solo de éstos. Se podría construir una Teoría del Estado que tuviere por fundamento la ley auténtica, entendida como la recta razón. Esa teoría sería incompleta sin el sustento del valor Justicia.

Sobre este tema Karl Larenz escribió: “Solo los fines, establecimiento de valores y decisiones fundamentales acordados en la intención reguladora o que de ella se siguen, sobre las que de hecho han tomado posición los participantes en el acto de la legislación, pueden ser denominados *voluntad del legislador*, que se realiza mediante la ley”⁷. Este jurista alemán asumió un criterio teleológico, y consideró determinante la finalidad tenida en cuenta al ser aprobada la norma.

El párrafo transcrito tiene actualidad. La Corte Suprema tiene dicho que la fuente inicial de la hermenéutica jurídica es el texto legal, debiendo éste ser interpretado conforme a la voluntad del legislador (*Fallos*: 317:779). Avanzando en esa idea, el Alto Tribunal rescató efectuar la consulta de los antecedentes parlamentarios de una disposición a fin de esclarecer su sentido y alcance (*Fallos*: 317:779). Pero a medida que transcurren los años, la ley se independiza de sus autores, adquiere vida propia después de ser sancionada, y resulta aplicarse a casos que no hubiesen sido previstos *ab initio*. Esta línea de pensamiento fue seguida por Lafaille⁸ y también por

7 Larenz, K. (1980). *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona. Edit. Ariel, 326.

8 Lafaille, H. (1921). *Apuntes de Derecho Civil*, compilados por sus alumnos Eduardo B. Busso y Horacio A. Morixe. Buenos Aires. El maestro enseñó: “Seguiremos el método racional implantado por la escuela histórica, desarrollado por Savigny y claramente expuesto por Capitant” (p. 3). Y agregaba: “El concepto de que la ley es la razón escrita, anquilosa el Derecho” (p.

Sebastián Soler, quien afirmó el dinamismo del orden jurídico proyectado hacia el futuro y sobre la realidad⁹.

Varias son las cuestiones a considerar, las que ofrecen cierta complejidad. El Congreso es el que fija la fecha de entrada en vigencia de la nueva ley, disponiendo que sea inmediata, en un día determinado, o subordinarla a condiciones para su aplicación. Así también fija el instante en que una disposición cesa de regir. En este último supuesto, el término preciso es “abrogar”, proveniente del latín *abrogatio*, sinónimo de anular y de suprimir. Ese supuesto se presenta cuando una ley posterior reemplaza a otra anterior sobre la misma materia, modificando la regulación efectuada. A veces suele emplearse el vocablo “derogar”, palabra que indica excluir del *ius commune* una norma en particular. En la legislación argentina ambas palabras tienen el mismo significado, pero es preferible utilizar la voz “abrogar”, como lo indica el título de este trabajo.

A fin de abolir una ley, la técnica no es uniforme: puede manifestarse en forma expresa y hasta tácita, en este último caso obliga a forzar la interpretación. La fórmula que se utiliza a fin de extinguir la vigencia actual de un precepto puede cambiar según sean sus términos. Si fuese genérica derogará todas las disposiciones que se opongan a la nueva normativa, o las que la contradigan, de modo de cubrir alguna posible omisión. En otras ocasiones se puntualiza el artículo específico que se modificó.

El mayor problema que se suscita es cuando el legislador dispone que la ley será retroactiva, a lo cual se suma el tema central de esta exposición: si pueden continuar vigentes las leyes abrogadas en algunas hipótesis.

Tomaré a modo de ejemplo el Código Civil redactado por Vélez Sarsfield. Entró en vigor mediante la sanción de la Ley N° 340, la cual estableció que sería obligatoria su aplicación a partir del 1° de enero de 1871. Ese Código fue “derogado” por la Ley N° 26.994, sancionada el 1° de octubre de 2014, y en forma simultánea quedó sin efecto el Código de Comercio. En cuanto al novísimo Código Civil y Comercial de la Nación, dicha ley dispuso en su art. 7° que ese *corpus* entraría en vigencia el 1° de enero de 2016; más tarde, la Ley N° 27.077, sancionada el 16 de diciembre de 2014, dispuso anticipar la entrada en vigor del novísimo Código al día 1° de agosto de 2015. Así fue como después de más de ciento cincuenta años dejó de regir la

37). Salerno, M. U. (1974). “Aporte de Héctor Lafaille a la enseñanza del Derecho Civil”. *Revista de Historia del Derecho*. Buenos Aires. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 202.

9 Soler, S. (1962). *La interpretación de la ley*. Barcelona. Edit. Ariel, 104, escribió: “[...] con la sanción de las leyes se produce un desprendimiento que las independiza de los lazos psicológicos que las unía al pasado, para entrar dentro de un orden jurídico dotado de un dinamismo propio”.

obra de Vélez Sarsfield, junto a las sucesivas reformas que la actualizaron. La sustitución de los Códigos abrogados plantea el problema de si éstos seguirán rigiendo los actos y hechos anteriores a la vigencia del actual ordenamiento unificado.

III. El principio de exclusividad

Ceñir la exposición a la legislación positiva significa también analizar el Derecho argentino en el presente y en el pasado, lo cual comprende el período patrio, nacido después de la Revolución de Mayo, y el que surgió a raíz de la Organización Nacional de 1853. Resulta imprescindible hacer una descripción de cómo fue regulada en diferentes etapas de la historia la vigencia de las leyes, y sus efectos, en cada época, respecto de las normas que fueron abrogadas. No es un asunto teórico, en cuanto es necesario para sustentar el principio de la continuidad del Estado argentino a lo largo de su existencia en la comunidad internacional de las naciones. Esa continuidad significa que el cambio de forma de gobierno, el tránsito de la monarquía virreinal a la república, es una relación sucesoria a lo largo de la historia del pueblo asentado en el territorio nacional. Después de la Independencia, se creó una nueva estructura jurídica, la que integra nuestro pasado jurídico. Los ideales revolucionarios de 1810 insuflaron un aire de libertad sobre el orden en vigor, dejando de aplicarse numerosas normas de la dominación hispánica, sin necesidad de derogarlas expresamente por ser incompatibles.

Viene a la memoria el Reglamento de 1811 que mandó “guardar la legislación peninsular e indiana”, es decir, el Derecho castellano, impregnado de romanismo, más las numerosas disposiciones de carácter especial destinadas al Virreinato. De ahí que el Derecho Privado continuó regido por dicha legislación, a la que se le sumaron las leyes de los gobiernos patrios, hasta que en 1871 comenzó a regir el Código Civil. Este último cuerpo se guió por el principio de exclusividad, a fin de abrogar toda la legislación anterior –Derechos castellano, indiano y patrio–, salvo que alguna de sus disposiciones hubiese sido receptada por el codificador (art. 22).

No se tiene certeza sobre la supervivencia del Derecho de los pueblos aborígenes anteriores a la conquista y colonización. La Recopilación de Leyes de Indias de 1680 disponía “que las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios [...] se guarden y ejecuten”, razón por la cual se las consideró pertenecientes al Derecho indiano¹⁰. En el Río de la Plata

10 Zorraquín Becú, R. (1966). *Historia del Derecho Argentino*. Buenos Aires. Edit. Perrot, n° 89, 232.

nunca rigieron entre las tribus que allí habitaban leyes escritas, porque sus relaciones se basaban en costumbres, y muy pocas de éstas fueron mantenidas en el período hispánico, a la llegada de los conquistadores; los pueblos de la región carecían de organización política sobre alguna porción determinada del territorio donde ejerciesen la soberanía, como la tuvieron los incas, los mayas y los aztecas. Como se verá después, todavía los descendientes de los pobladores primitivos plantean reivindicar las tierras que ocuparon sus ancestros.

Ese principio es una norma de clausura o de ruptura con el orden anterior, con repercusión en el ámbito cultural.

Sin embargo, es imposible borrar del todo el pasado. Los efectos firmes de la anterior legislación subsisten, a menos que hubiesen sido anulados por completo. No se puede impedir que esos efectos puedan seguir teniendo vigencia en casos futuros, como se podrá apreciar más adelante.

Esa ruptura con el orden anterior, en el que coexistían leyes de diversas épocas, sin responder a un plan orgánico, tuvo como antecedente lo acontecido en Francia a causa de la Revolución de 1789 que eliminó el Antiguo Régimen monárquico y absolutista, donde coexistieron una parte del territorio regida por el *droit coutumier* y la otra parte, por el Derecho romano¹¹. La idea central de los revolucionarios franceses fue extinguir esa dualidad jurídica, e iniciar un nuevo período histórico, de modo que se consideró indispensable borrar las leyes y costumbres imperantes en el ciclo de la monarquía. Por tal motivo, el 30 de “ventoso” del año XII (31 de marzo de 1804) fue dictada una ley especial que reunió todas las disposiciones que habían sido aprobadas parcialmente en distintas fechas, las que pasaron a integrar el Código Civil¹². En su art. 7° dispuso: “Contando a partir del día que estas leyes sean ejecutorias, las ordenanzas, las costumbres generales o locales, los estatutos, los reglamentos, cesan de tener fuerza de ley general o particular en las materias que son objeto de dichas leyes que componen el presente Código”¹³.

11 Salerno, M. U. (2003). “La influencia del *droit coutumier*”. *La codificación: raíces y perspectiva. El Código Napoleón*. Buenos Aires. Edit. Universidad Católica Argentina, 147-155.
Salerno, M. U. (1989). “La Revolución en el Derecho francés”. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social, Asociación Argentina de Derecho Comparado*, n° 9, 321-333.

12 Aubry, C. y Rau, C. (1857). *Cours de Droit Civil Français*. 3ª ed. T. I. París, n° 10, 16, y n° 14, 20.

13 Cabrillac, R. (2005). “La génesis de un Código entre ruptura y continuidad”. *Sesquicentenario del Código de Andrés Bello*. T. I. Santiago. Edit. Lexis Nexis, 36.

IV. El principio general de la irretroactividad

La vigencia de la ley en el tiempo requiere examinar los efectos que se operan sobre un sistema jurídico cuando el legislador incorpora una nueva disposición al ordenamiento. Es una cuestión que suscita interés teórico y práctico, a fin de aplicar la norma adecuada a un caso concreto. Innovar no es sencillo, pues exige precaución, respeto a las pautas técnicas, para poder guiar al intérprete si surge un problema en el *período de transición* del régimen antiguo reemplazado por un nuevo orden.

Luego de haberse introducido una reforma, le cabe a la jurisprudencia fijar los criterios de cómo se habrán de aplicar las modificaciones que se hubiesen efectuado y ejercer sobre éstas el control de constitucionalidad. Después vendrán los comentarios de los autores, a fin de analizar las concordancias con otras disposiciones vigentes y hacer una tarea de sistematización. Mediante esos aportes se irán afinando las ideas en torno al nuevo texto en el intento de establecer cómo habrá de ser puesto en funciones desde el punto de vista temporal.

En el Derecho Privado figura el enunciado de que las leyes rigen de inmediato, después de ser promulgadas y publicadas, y dispone para el futuro¹⁴. Esta fórmula tiene su origen en el Código francés, cuyo art. 2º negaba la posibilidad de un efecto retroactivo. Argentina, Chile, España, Italia y Uruguay, entre otras naciones, siguieron esa línea. Brasil estampó ese principio en la Constitución de 1998, disponiendo que la ley no afectará el derecho adquirido, el acto jurídico perfecto y la cosa juzgada, el que es reiterado en el Código Civil del año 2002.

La teoría de la irretroactividad está incorporada al novísimo Código Civil y Comercial. Su antecedente se encuentra en la Ley Nº 17.711 sancionada en el año 1968, siguiendo el pensamiento de uno de sus autores, Guillermo Borda, inspirado en Roubier, autor francés que escribió una obra sobre el tema en 1929. Borda no compartió la noción de derechos adquiridos, y por ello empleó el término situación jurídica a fin de establecer el modo de aplicar la vigencia de una ley; ese término puede ser utilizado en sentido objetivo o en sentido subjetivo. Originó un debate en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil del año 1961, donde encontró la adhesión a sus ideas sobre la temporalidad, confrontando con Llambías¹⁵.

Valga aclarar que en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil, reunido en la ciudad de Córdoba en el año 1969, los profesores participantes en la Comisión respectiva no lograron sumar opiniones favorables sobre el

14 Areco, J. S. (1948). *La irretroactividad de la ley y los contratos sucesivos*. Buenos Aires.

15 Universidad Nacional de Córdoba, "Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil", T. I, Córdoba, 1962, 68-91.

texto aprobado por la Ley Nº 17.711. La mayoría de los asistentes propusieron mantener el art. 3º del Código Civil de 1871, existió una ponencia en el sentido de que debería darse primacía al efecto inmediato y general de la ley; además, se recomendó establecer pautas genéricas sobre Derecho Transitorio¹⁶.

El actual art. 7º del novísimo Código Civil y Comercial receptó el pensamiento de Borda, en los siguientes términos: "Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario".

Además, dice que la retroactividad establecida por ley no puede afectar derechos amparados mediante garantías constitucionales, aunque admite la posibilidad de que se dicten normas retroactivas. Vale decir, reitera no mencionar los "derechos adquiridos", expresión que aún menciona el legislador (Ley Nº 23.928, art. 13). Al comienzo de ese artículo se lee: las leyes, a partir de su vigencia, se aplican a las "consecuencias" de las relaciones y situaciones jurídicas existentes¹⁷. Se justifica recordar entonces que el art. 965 declara: "Los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante". Más adelante será abordado el tema de la vigencia de las leyes supletorias de los contratos (cap. V, nº 1).

Julio César Rivera ha efectuado un minucioso estudio del tema, dada su complejidad, respecto de cómo atribuir a una nueva ley –en el supuesto bajo análisis, el Código Civil y Comercial de 2015– el mayor campo de aplicación¹⁸. Sostiene el autor que en este supuesto estarían enfrentados dos valores: la seguridad jurídica, por un lado, y por el otro, el relativo a la Justicia. Considera que ese Código se basa en dos principios: 1) la irretroactividad de la ley; 2) el efecto inmediato, con los límites de las garantías constitucionales. No obstante afirma que esos principios no se encuentran suficientemente explicitados, objeto haber incluido la palabra "consecuencias", y destaca que ese ordenamiento trae además algunas reglas de Derecho Transitorio. Uno de los problemas que plantea es el caso de los juicios en trámite iniciados antes del 1º de agosto de 2015, en los cuales, según su parecer, se afectaría el derecho a la defensa de cada parte del proceso si se llegase a aplicar la nueva ley.

16 Universidad Nacional de Córdoba, "Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil. Celebración del Centenario del Código Civil", T. I, Córdoba, 1971, 314-358.

17 Vélez Sarsfield, al redactar los arts. 903 al 906 del Código Civil de 1871, utilizó la palabra "consecuencia" para referirse a la causalidad de los hechos reprobados por las leyes; por tanto, se debió emplear el vocablo "efectos".

18 Rivera, J. C. (febrero 2017). "Políticas legislativa y judicial en materia de Derecho Transitorio". *Revista Código Civil y Comercial*. Año III, nº 1, 149-178. Budano Roig, A. R. (1912). "Efectos de la ley con relación al tiempo". *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires. Edit. UCA – El Derecho, 93-96.

Sobre las leyes retroactivas, de las cuales se ha hecho uso y abuso en las últimas décadas signadas para enfrentar ciclos de emergencia económica, las críticas han sido frecuentes por los autores, aunque no así por la jurisprudencia. En realidad, el tema se refiere a la legislación de fondo. Por tanto, se debe tener en cuenta que este principio de irretroactividad reconoce excepciones, como ser las leyes de orden público y las imperativas. Como así también las que tengan por objeto hacer aclaraciones, sentar criterios interpretativos, y declarar el sentido de alguna norma en particular.

V. Casos diversos

Creo que es interesante abordar algunos asuntos en particular, relativos al novísimo Código Civil y Comercial aludido de 2015. Los artículos que se citarán sin especificar su origen pertenecen a dicho *corpus*:

1. *Las leyes supletorias de los contratos.* A fin de que un contrato escrito sea válido, debe reunir todos los elementos esenciales, sin perjuicio de que las partes acuerden cláusulas especiales para regularlo. Ese acuerdo de voluntades tiene fuerza vinculante y opera como si fuese una ley, siempre que no transgreda el orden público y las buenas costumbres. Incluso se admite la validez de un trato en el cual se hubiese pactado como ley supletoria la legislación extranjera, lo cual es común en los contratos internacionales. Cuando los celebrantes no hubiesen previsto una cláusula especial sobre un ítem en particular, el contrato se integrará con el régimen legal fijado en forma supletoria por el Código, el cual no es imperativo. De ahí que a los fines hermenéuticos exista un orden legal de prelación, el que en último término remite a las normas supletorias del *corpus iuris*¹⁹. Es aquí donde surge el interrogante sobre la aplicación de normas abrogadas o de las nuevas disposiciones, vale decir, si la ley supletoria vigente se aplica a los contratos en curso de ejecución.

Esa inquietud no ofrece ninguna duda cuando las prestaciones del contrato han sido cumplidas según lo acordado; los actos están consumados. Pero pueden estar pendientes de ejecución contratos a plazo celebrados con anterioridad al 1° de agosto de 2015. Guillermo L. Allende sostenía que el Derecho mismo se rige por la ley en cuyo imperio nació y su ejercicio se va regulando conforme a las leyes que rigen al tiempo en que se practican los actos²⁰. La Corte Suprema admite respetar las modificaciones introducidas

19 Alterini, A. A. (1998). *Contratos civiles, comerciales, de consumo. Teoría general*. Buenos Aires. Edit. Abeledo Perrot, 55.

20 Allende, G. L. (1964). *Tratado de enfiteusis y demás Derechos Reales suprimidos o restringidos por el Código Civil*. Buenos Aires. Edit. Abeledo Perrot, 67.

por los nuevos preceptos en tanto configuren “circunstancias de las que no es posible prescindir” (*Fallos*: 339:349). Sin embargo, como las leyes supletorias existentes a la formación del contrato fueron las que determinaron a las partes a celebrar su contrato, el cambio de normativa podría afectar sus derechos, porque se estaría aplicando otro régimen jurídico en forma retroactiva.

2. *Personas jurídicas.* Su existencia comienza a partir del día de su constitución (art. 142), y se rigen en cuanto a su reconocimiento, comienzo, capacidad, funcionamiento, organización y fin de su existencia por las leyes y ordenamientos de su constitución (art. 147). Respecto a las leyes aplicables, el art. 150 dispone en su inciso b) que se rigen por las normas del acto constitutivo, de modo que se aplican normas abrogadas. Un supuesto especial se refiere a las sociedades civiles, cuya regulación no existe en la actualidad, aunque son entes que subsisten por haber sido constitutivos cuando regía el Código de 1871. Hay también una referencia a cómo inciden las leyes imperativas.

Ha llamado la atención que se hayan suprimido en el novísimo Código las sociedades civiles, numerosas de las cuales han tenido por objeto actividades agropecuarias. Su aceptación generalizada –también en el ámbito de las profesiones universitarias– se debió a que no debían anotarse en la Inspección General de Justicia. No se previó un régimen transitorio para que se las convierta en sociedades colectivas reguladas por la Ley N° 19.550. De manera que bien puede sostenerse que a las sociedades civiles constituidas antes del 1° de agosto de 2015, se les seguirá aplicando el régimen jurídico del antiguo Código de 1871, el que sobrevive en este caso puntual.

Sobre las sociedades en comandita por acciones, la Ley N° 19.550, denominada de “Sociedades comerciales”, ha sido incorporada al novísimo Código Civil y Comercial. Esa ley, en su capítulo IV, se refiere a “las disposiciones de aplicación y transitorias”. Los arts. 386 y 387 han sido modificados por la Ley N° 19.880, el último de ellos dispone que se adecuen las sociedades en comandita por acciones sin individualización de los socios comanditarios que podrán subsanar dicho vicio mediante una escritura pública de confirmación.

3. *Conjuntos inmobiliarios.* El art. 2075 dispone que los conjuntos inmobiliarios que se hubiesen establecido como derechos personales o donde coexistan Derechos Reales y derechos personales se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan este moderno Derecho Real. Esta norma sería retroactiva según Kemelmajer de Carlucci, criterio difícil de implementar en la práctica, ya que se abre la posibilidad de acreditar ante

las autoridades administrativas, o en sede judicial, que esa regulación es impracticable en ciertas hipótesis.

4. *Plazos de prescripción.* Los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior (art. 2537). Este tema es arduo y complejo, como se advirtió con el antiguo art. 4051 del Código de Vélez, inspirado en el Código Italiano de 1865 con marcada influencia francesa; solo tuvo vigencia para los Derechos Transitorios. Bustamante Alsina sostuvo que era una norma temporaria, de Derecho Transitorio, para regir solamente las prescripciones iniciadas en el Derecho patrio y según las leyes españolas, las cuales se hallaban en curso al entrar en vigencia el Código Civil el 1° de enero de 1871. Y agregó: “[...] las prescripciones cumplidas son definitivas”²¹. El mencionado catedrático opinó que después de ser sancionada la Ley N° 17.711 el nuevo plazo de usucapión de veinte años regía de inmediato.

La Ley N° 17.940 aclaró la reforma del año 1968, cubriendo el supuesto de un plazo incompleto al 30 de junio de 1970, pero que hubiese cumplido un plazo más breve establecido por ley posterior.

El Código actual distingue dos supuestos: 1) si la ley antigua fijase un mayor tiempo que el fijado por la nueva normativa, ese plazo se cumple una vez transcurrido el tiempo designado en la ley nueva; 2) si el plazo fijado por la ley antigua finaliza antes que el nuevo plazo, se mantiene el de la ley anterior. En la usucapión algún tribunal aplicó en forma inmediata las normas del novísimo cuerpo.

5. *Tratados internacionales.* Acerca de los tratados internacionales –leyes con jerarquía constitucional–, su vigencia no solo depende de la fecha establecida en el texto de la convención, sino también de los trámites protocolares ulteriores a su celebración, puesto que deben ser ratificados por los Estados signatarios, y las respectivas cancillerías tienen que efectuar el depósito de estilo²². No obstante ello, aunque estuviesen cumplidas todas las formalidades propias de cada acuerdo, se puede llegar a plantear la posibilidad de aplicarlos a actos y hechos anteriores, según las circunstancias. En estos últimos casos, se presentan hipótesis de Derecho intemporal; a modo de ejemplo, al suscitarse cuestiones “relativas al estatus de determinados

21 Bustamante Alsina, J. (1984). Responsabilidad civil y otros estudios. Buenos Aires. Edit. Abeledo Perrot.

22 Vanossi, J. R. A. y Dalla Vía, A. R. (2000). *Régimen constitucional de los tratados*. 2ª ed. Buenos Aires. Edit. Abeledo-Perrot, 139-141.

territorios, como consecuencia de diferencias en cuanto al sistema jurídico aplicable, *ratione temporis*, a esos territorios”²³.

Gros Espiel ha brindado una síntesis del criterio aceptado por la comunidad de las naciones después de haberse eliminado el colonialismo en el siglo XX, al ser considerado un crimen internacional. En su opinión, el desarrollo de ese criterio debe ser analizado a través de la jurisprudencia existente. Este renombrado jurista uruguayo arribó a la conclusión de que el colonialismo hoy día es un acto ilícito y “si se ha traducido en el pasado en la adquisición colonial de territorios, no puede manifestarse en el presente en el mantenimiento de soberanía sobre esos mismos territorios”²⁴.

Este tema merece un análisis más profundo, pero dados los límites de espacio, resultará muy edificante ampliarlo respecto de cuestiones pendientes acerca de la soberanía argentina en las islas del Atlántico Sur (primera disposición transitoria de la Constitución Nacional).

6. *Capellanías.* Antes de la sanción del Código de 1871, los inmuebles podían ser afectados a una capellanía en forma perpetua, la cual tenía por objeto solventar con el producido de su renta la celebración de misas o beneficiar a ciertas personas consagradas al servicio de la Religión Católica. El modo habitual de constituir una capellanía era mediante testamento, a fin de vincular el bien afectado a la finalidad prevista por el testador, independientemente de que el dominio fuese transmitido a terceros. Su naturaleza jurídica equivalía a un Derecho Real.

Vélez Sarsfield proyectó estructurar las relaciones civiles en dos sectores: los derechos personales y los Derechos Reales. Estos últimos los agrupó en un número limitado, según el aforismo *numerus clausus*, eliminando una serie de figuras antiguas, entre las cuales aparecían las capellanías (arts. 2345, 2503 y 2614). No obstante ello, omitió tratar las capellanías preexistentes, de manera que se planteó la cuestión de si continuaban en vigor, si habían sido redimidas, y si debían ajustarse a las nuevas normas. La jurisprudencia debió abordar los planteos que fueron llevados a los tribunales, inclinándose por el principio de la irretroactividad, a punto de que para la jurisdicción de la Capital Federal, y territorios nacionales, se dictó la Ley N° 4.124 de redención de las capellanías allí establecidas²⁵.

23 Gros Espiel, H. “La irretroactividad de los tratados”. *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*. “Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield. Bicentenario de su nacimiento”. T. V. Córdoba, 127.

24 Gros Espiel, H. Artículo citado, 128.

25 Levaggi, A. (1992). *Las capellanías en la Argentina*. Buenos Aires. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales. UBA, 21-22.

7. *Reclamo de tierras por pueblos aborígenes.* Tiene plena actualidad la pretensión de pueblos de aborígenes originarios reclamando la propiedad sobre tierras cuya pertenencia se atribuyen, las que son del dominio público en la mayoría de los casos. Esos pueblos invocan el art. 18, Constitución Nacional, ya que esa disposición les reconoce su carácter de poseedores respecto de áreas que ocupan desde tiempo inmemorial. En este caso no se aplica la costumbre de los indígenas como fuente de ese Derecho; el tema es materia de investigación por la ciencia antropológica.

La Ley N° 26.994, que puso en vigencia el novísimo Código, en su art. 9°, con el epígrafe “normas transitorias”, entre otras leyes, expresa que se dictará un estatuto especial sobre la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas, a fin de reiterar la cláusula del art. 75, inciso 17, de la Constitución Nacional, incorporada en el año 1994.

Desde el punto de vista histórico, esa propiedad comunitaria, regulada por el Derecho indiano, hace referencia al “ayllú” y a los bienes colectivos afectados a las “Cajas de Censos y Bienes de Comunidad” en ciertas poblaciones. Hacia fines del siglo XVIII, en el Río de la Plata esas instituciones indianas entraron en decadencia, y el Virrey Avilés declaró que era necesario abolir ese régimen comunitario, a punto tal que en el año 1800 se les restituyó la propiedad individual a más de 300 familias indígenas²⁶.

A la época de la Revolución de Mayo, ya se habían abolido esos regímenes especiales, testimonio de la transición operada en el sistema jurídico hacia una concepción individualista del derecho de propiedad. Algunos reclamos llegaron a la instancia superior de la Corte Suprema, la cual en el año 1929 se pronunció en el sentido de que un pueblo aborigen solo tenía el uso de las tierras que ocupaba, no así el dominio (*Fallos*: 155:313). Con anterioridad, con motivo de la pretensión de reivindicar los territorios de Cochino y Casabindo en la Provincia de Jujuy, ejercida por los sucesores de un encomendero, la Corte estableció que la posesión de la tierra pertenecía a los indios encomendados, y el dominio directo a la Corona, argumentos en que se basó para rechazar esa acción (*Fallos*: 19:29/40).

En el año 1985 el Congreso dictó la Ley N° 23.302 sobre “Política indígena y apoyo a las comunidades aborígenes”; el capítulo IV trata acerca de la adjudicación de las tierras en propiedad. Posteriormente, la Argentina, mediante la Ley N° 24.071, ratificó su adhesión al Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a “Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”²⁷.

26 Salerno, M. U. (1973). “Cajas de Censos y Bienes de Comunidad. Evolución Histórica en el Río de la Plata”. Actas y Estudios, II Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Madrid. Edit. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 869-891.

27 Levaggi, A. (1990). “Tratamiento legal y jurisprudencial del aborigen en la Argentina

Desde el punto de vista social, y dado que los pueblos originarios son una realidad que no se puede desconocer, el legislador ha dictado normas específicas, ya que el Derecho indígena dejó de existir, y las costumbres de los aborígenes no tienen vigencia.

8. *Acciones imprescriptibles.* El ordenamiento dispone de ciertas medidas a fin de asegurar la vigencia de los valores en que se sustenta, los cuales enuncia en forma de principios. Entre esas medidas tutelares, se encuentran las acciones imprescriptibles, vale decir, perpetuas, relativas al ejercicio de algunos derechos personales, reales y de familia, los que son excepcionales.

Cuando una acción es imprescriptible, surge la aplicación de una ley anterior abrogada, siempre que con anterioridad esa acción hubiese sido regulada en forma específica.

En el antiguo Código de 1871, el art. 4019 traía un enunciado genérico que en su encabezamiento decía: “Todas las acciones son prescriptibles”, salvo excepciones. El novísimo Código, en cambio, suprimió ese texto y modificó la técnica del siguiente modo: en cada caso en que se trate de una acción imprescriptible lo dice expresamente. Citaré los supuestos en que practica esa calificación: acción declarativa de una nulidad absoluta (art. 387); acción de filiación (art. 576); acciones de estado de familia (art. 712); acción de división de condominio (art. 1997); acción de servidumbre forzosa (art. 2166); acciones reales (art. 2247); petición de herencia (art. 2311); partición de herencia (art. 2368).

El novísimo Código tiene el acierto de haber declarado imprescriptible la acción que tuviere por objeto declarar la nulidad absoluta de un acto jurídico, de manera que siguió la recomendación que efectuaron las Sextas Jornadas de Derecho Civil que sesionaron en la ciudad de Santa Fe en el año 1977. Si el acto impugnado adolece de un vicio a la fecha en que es otorgado que lo invalida por ser antijurídico, y contrario a la moral y las buenas costumbres, el transcurso del tiempo no purga el vicio (*Fallos*: 179:249)²⁸.

No obstante la autoridad de la cosa juzgada de la sentencia dictada en un proceso después de que se encuentre firme, se registran en los repertorios de jurisprudencia casos en que fue declarada la nulidad del fallo. La razón invocada es que se habría dictado una sentencia írrita por estar viciada de irregularidades cometidas mediante maniobras fraudulentas. De

durante el siglo XIX”. *El aborigen y el Derecho en el pasado y el presente*. Buenos Aires. Edit. Universidad del Museo Social Argentino, 245-284. Pignocchi, J. L. (2011). “El Derecho y la justicia ante el desafío transcultural” y Sturzenegger-Benois, O. “Los indígenas de América. Entre derechos colectivos y Derechos Humanos”. Buenos Aires. Instituto de Investigación y Desarrollo. Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, 7-17 y 47-65, respectivamente.

28 Salerno, M. U. (2002). *Prescripción y caducidad*. Buenos Aires. Edit. La Ley, 8-16.

ahí que la Corte Suprema admitiera que la acción autónoma de nulidad es procedente cuando el decisorio impugnado es un “remedo de juicio con agravio a las garantías de propiedad y la defensa” (*Fallos*: 279:54, con cita de *Fallos*: 238:18 y 254:320).

Es ponderable que el novísimo *corpus* haya declarado imprescriptible la acción reivindicatoria de un inmueble. Esa acción es corriente en nuestro país cuando la persona que pretende ejercerla tiene un título de propiedad anterior al año 1871, título que pudo haber sido conferido por el Derecho indiano y ser perfecto en cuanto a las formalidades exigidas en el pasado. Son numerosos los casos de jurisprudencia donde la acción prosperó cuando el inmueble estaba libre de ocupantes. Se encuentra excluida la reivindicación de los bienes públicos del Estado, ya que son “inenajenables, inembargables e imprescriptibles” (art. 237).

VI. Recapitulación

A esta altura de la exposición, parece propio recordar un trabajo de Ciuro Caldani, donde señaló la complejidad de esta cuestión²⁹. Este autor expresa que se debe diferenciar el ámbito temporal activo de las normas, referido a su vigencia, del ámbito temporal pasivo, cuando deben haber ocurrido los casos para que esas normas sean aplicadas. Sostiene la existencia de supuestos donde una ley posee ultraactividad respecto del pasado. De ese tema trata el presente ensayo, donde se puntualizan supuestos en que la ley abrogada continúa perdurando.

Los desarrollos anteriores permiten afirmar que las leyes pueden seguir rigiendo, pese a haber sido dejadas sin efecto; tienen supervivencia en tiempo pretérito. Son casos de excepción que contemplan solucionar conflictos sobre la base del valor Justicia, a fin de evitar que se frustren Derechos Subjetivos acordados. El ordenamiento jurídico de un Estado respeta la validez de los actos realizados según la legislación de la época en que tuvieron lugar. Conforme Messineo, ello es una exigencia de estabilidad de las relaciones jurídicas ya establecidas o constituidas³⁰.

No puede sorprender que los tribunales a veces deban resolver conflictos aplicando leyes remotas que son invocadas en juicio para dar legitimidad a una determinada pretensión durante la transición entre un Có-

digo antiguo y otro Código novísimo que lo sustituye. Pueden coexistir dos regímenes, es posible que se dé una dualidad en la legislación, cuando las normas abrogadas conviven con las nuevas que las reemplazan.

En cada uno de los supuestos que han sido examinados se advierte algo en común. La ley tiene una dimensión temporal y según fuese el período de su vigencia, se la debe aplicar en beneficio del justiciable que defiende la integridad de su patrimonio. Evidentemente son marginadas ciertas reglas que estructuran el sistema para darle consistencia y coherencia. Se trata de aplicar preceptos que causaron efectos en el pasado, cuando formalmente estaban vigentes y eran conformes a Derecho, sin transgredir el principio de irretroactividad de la ley. Son los jueces quienes en definitiva deberán pronunciarse sobre esta delicada fenomenológica, y, por ese motivo, tendrán que hacer una investigación histórica.

²⁹ Ciuro Caldani, M. Á. (2009). “La retroactividad de la ley en la complejidad del Derecho”. *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil*. T. I. Córdoba, 134.

³⁰ Messineo, F. (1971). *Manual de Derecho Civil y Comercial*. T. I. Buenos Aires. Edit. Ejea, n° 3, 89.

**OPINIÓN ANTE LAS COMISIONES DEL HONORABLE SENADO
DE LA NACIÓN SOBRE EL PROYECTO DE LEY DE ABORTO
LIBRE**

María Angélica Gelli ¹

Agradecimiento

Al Senado de la Nación, por permitirme expresar las objeciones al proyecto en revisión, desde la perspectiva del derecho a la vida y del derecho a vivir.

Aclaraciones preliminares

El Proyecto en revisión:

- a) No es una ley de *interrupción* voluntaria del embarazo, interrumpir significa suspender, aunque aquel término y la expresión aborto en la ley son considerados equivalentes. No, lo que se establece es la *supresión* del embarazo. Tampoco es una ley de despenalización del aborto. Garantiza un Derecho Subjetivo de la mujer gestante al aborto, a libre demanda y como deber del Estado, de las Obras Sociales y de las empresas de medicina prepaga de proveerlo. *Prohibiendo la objeción de conciencia o por ideario e ignorando la libertad médica* asegurada en el juramento hipocrático.
- b) Lo que diré, en lo que a mí respecta, no está fundado en “sentimientos personales” ni en “creencias” religiosas. Pero el hecho de que el principio de defensa de la vida naciente sea compartido por una u otra religión no invalida su aplicación a quienes no profesan religión alguna, son agnósticos o ateos. La milenaria Ley Mosaica dispone

1 FALTAN DATOS AUTORA

como primer mandato el “no matarás”, prohibición universal de los Códigos Penales. De su lado, la CN y los TDDHH, al establecer las normas –en el caso, la protección del no nacido– las fundaron en un ideario humanista. En el caso de los tratados, para todas las personas, en todo tiempo y lugar.

Crítica al Proyecto aprobado por la Honorable Cámara de Diputados

El Proyecto en revisión garantiza el aborto libre a simple demanda de la mujer hasta la 14 semana de gestación y, luego, *sin plazo límite alguno*, hasta el embarazo a término en tres hipótesis: a) si fuera producto de una violación, con el solo requerimiento de la mujer gestante y la declaración jurada de esa circunstancia ante el o la profesional interviniente; b) si estuviera en peligro la vida o la *salud* de la mujer gestante, considerada como Derecho Humano. Esta puntualización referida a la salud extiende el concepto más allá de la salud física de la mujer, y c) si se diagnostica la inviabilidad de vida intrauterina del feto.

Ese proyecto resulta inconstitucional e inconveniente. No respeta ni considera, siquiera, la consagración y la protección del derecho a la vida y el derecho a vivir de toda persona humana, *desde la concepción*. ¿Se está disponiendo una política de Estado abortiva, una política de control de la natalidad por otros medios?

De todas las normas constitucionales que pueden invocarse, cito, en especial, el art. 19, en tanto asegura la autonomía personal –derechos a la privacidad y a la intimidad–, y donde se establece: “[...] que de *ningún modo ofendan* al orden y a la moral pública, *ni perjudiquen a un tercero*”. Este límite requiere establecer cuándo comienza la existencia de la persona humana a la que nadie está autorizado a dañar. La ley civil lo estableció desde siempre y así lo mantuvo en sucesivas reformas hasta hoy. *La existencia de la persona humana comienza con la concepción*.

A partir de la reforma constitucional de 1994 ese derecho se consagró de modo explícito al otorgarse jerarquía constitucional a la CADH. Dispuso: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, *desde el momento de la concepción* [...]”, y prohibió la aplicación de la pena de muerte a las mujeres en estado de gravidez. ¿Se hubiera establecido este último impedimento también para los Estados que todavía conservan esa pena cruel e inhumana, si se interpretara que el concebido es sólo “un montoncito de células”?

Me hago cargo de que la expresión “en general, desde la concepción” puede admitir límites para esa protección. Pero el Estado argentino, al rati-

ficar la Convención de los Derechos del Niño, declaró que para la República Argentina se es niño desde la concepción hasta los 18 años. Esta declaración constituyó un mandato legal –*Ley N° 23.849*, vigente– que el Congreso de la Nación envió al PE. La declaración obliga al Estado y debe de leerse en paralelo con la cláusula interpretativa del art. 29 de la CADH. Esta norma establece que ninguna de sus disposiciones debe ser interpretada en el sentido de limitar cualquier derecho o libertad reconocido en el ordenamiento interno de los Estados. Es lo que se conoce como *derecho al mejor derecho*.

Los instrumentos emanados de los organismos internacionales –que tanto se citan en defensa del proyecto– carecen, estrictamente, de valor vinculante para la Argentina. Tal como lo sostuvo el Procurador *E. Righi*, según el art. 68 de la CADH solo resultan obligatorias las sentencias de la CIDH en el caso en que el Estado fuera condenado. Más todavía, luego de la sentencia de la CSJN, en “Ministerio de Relaciones Exteriores...” (2017), ello, siempre que la Corte Interamericana se hubiera expedido dentro de su competencia. Por lo demás, acerca del fallo “Artavia Murillo” –tantas veces invocado erróneamente para defender el proyecto– debe señalarse que no resulta aplicable al caso del aborto. Se trataba allí de las obligaciones estatales referidas a la FIV y lo que hizo la Corte Interamericana fue identificar a la *concepción* (a la que se refiere el art. 4° de la Convención) con la *implantación o anidación* del feto en el útero. Aunque no coincido con el fallo, ese momento sucede a los 14 días. Compárese con los plazos para abortar del proyecto en revisión.

Por fin, la Constitución dispuso una atribución-deber del Congreso de dictar un régimen de seguridad social e *integral* del niño en situación de *desamparo* y de su *madre* desde el *embarazo*. Respuesta armónica en defensa de todos los derechos, en primer lugar, a la vida de ambos. En cambio, el Proyecto en revisión vulnera la libertad de la mujer gestante pues autoriza a las *Consejerías* creadas a informar y atender, antes y después de la práctica, sólo en materia de aborto. Al mismo tiempo que, como ya dije, se prohíbe la objeción de conciencia o de ideario de las instituciones médicas, pero no se prohíbe el uso del material fetal luego de la práctica abortiva.

Los sistemas jurídicos no son neutros al valor. Agregó, ni al conocimiento de lo que la ciencia alumbró en su desarrollo. Entre las dos coordenadas de la prohibición del daño a tercero y lo que la ciencia enseña, la cuestión crucial es la determinación de cuándo comienza la existencia de la persona humana: ese momento único de la concepción, el *alfa* de la existencia. *Comprender* la situación de mujeres desesperadas que han recurrido al aborto –y entonces adecuar la ley penal a esas situaciones– no implica *justificar* ni validar el Derecho Subjetivo al aborto por la causal que fuera.

Yo les pido, respetuosamente, como ciudadana común, a las señoras senadoras y a los señores senadores que se detengan a leer el valiente edito-

rial de hoy, en *La Nación*, a fin de distinguir entre las organizaciones internacionales, a las activas defensoras de la ley y sus eventuales propósitos y, luego, tengan presente el voto del juez de la CS, H. *Rosatti*, acerca del *margen de apreciación nacional* en la aplicación de los TDDHH en nuestro país.

**DISCURSO ANTE LAS COMISIONES DEL SENADO SOBRE
EL PROYECTO DE LEY QUE SE HA PRESENTADO PARA
LEGALIZAR EL ABORTO (31-7-2018)**

Alfonso Santiago

Presentación

Como abogado, doctor en Derecho por la UBA, profesor de Derecho Constitucional, miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos y Director de su Instituto de Derecho Constitucional, quiero expresar mi opinión acerca de los gravísimos vicios constitucionales que tiene el proyecto de legalización del aborto que está a consideración del Senado y quiero expresar mi parecer acerca de la necesidad de que el Congreso cumpla la manda constitucional que le impone el art. 75, inc. 23, y ponga en marcha el plan de seguridad social allí previsto para amparar tanto a la madre como a la persona por nacer que atraviesan situaciones de vulnerabilidad.

Considero que el proyecto de ley que se ha presentado para legalizar el aborto es gravemente inconstitucional, no puede ser aprobado por la Cámara de Senadores y debe ser rechazado.

Fundamento mi postura en los siguientes tres argumentos centrales:

1) El desconocimiento del principio de la igual e inviolable dignidad de la persona humana

Todo el sistema político y jurídico de una democracia constitucional se funda en el principio de la igualdad e inviolable dignidad de la persona humana¹.

¹ Cfr. Santiago, A. (2010). *Las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho*. Buenos Aires. Marcial Pons, Cap. IV.

Cada una de ellas, incluidas las personas por nacer, son un fin en sí mismas; un sujeto, no un mero objeto; alguien, no meramente algo.

Esa dignidad es originariamente igual y común a todos los seres humanos. Una democracia no admite ciudadanos de segunda categoría, cuya dignidad se considere de un grado inferior a las del resto y cuyos derechos esenciales no merezcan igual protección que el resto de las personas. Nada hay más democrático y universal que este principio fundamental de la igual e inviolable dignidad de la persona humana que nos obliga a todos a su defensa teórica y práctica.

Esa dignidad y los Derechos Humanos fundamentales que de ella emanan son inviolables. La persona humana, también el niño por nacer, no puede ser utilizada como mero medio; no es jurídicamente legítimo disponer del niño por nacer como si fuera un mero objeto para cumplir la voluntad o los deseos de otra persona.

El proyecto de ley presentado desconoce abiertamente esta igual e inviolable dignidad de las personas humanas por nacer, al legitimar su eliminación y exterminio como modo de satisfacer una voluntad o deseo de otra persona, por apremiante que sea su situación existencial.

La dignidad de las personas como principio fundante del orden jurídico y político está reconocida en varias normas convencionales (art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 1º, Declaración Universal de los Derechos Humanos; y Preámbulos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre). De ella se desprende el principio que las consagra como un fin en sí mismas y proscribire que sean tratadas utilitariamente. A la luz de este principio resulta inadmisibles que la eliminación de una persona pueda ser admitida como modo de solucionar un problema que tenga otra persona, por más acuciante, angustiante y dramático que sea.

Al desconocer la dignidad de las personas por nacer, el proyecto de ley desconoce en cierta medida la dignidad de todas las personas humanas. Ya que el fundamento de esa dignidad no es el simple hecho de ser persona humana, sino que se requiere más condiciones para que no se avasallen sus derechos más fundamentales. La dignidad humana es universal, común a todas las personas, o no es dignidad humana, ya que deja de estar fundada únicamente en la realidad de ser persona humana, en los atributos que le son propios (cfr. Preámbulo de la CADH).

Este es el error más grave y profundo del proyecto de ley: el desconocer la igual e inviolable dignidad de las personas por nacer a pesar de los fundamentos antropológicos, médicos, jurídicos y normativos que reconocen y fundan esa dignidad. Si se sanciona este proyecto de ley, las personas por nacer pasarán a ser personas de segunda categoría, lo que devalúa por completo el mismo concepto de persona humana y el de su eminente dignidad.

Resulta absolutamente contradictorio el expreso reconocimiento de la existencia de una persona humana desde el momento mismo de la concepción, como se realiza en nuestra Constitución y recientemente en el Código Civil, con cualquier decisión legislativa que autorice su eliminación intencional y directa.

La pretendida doctrina de la “personificación progresiva” que algunos han sostenido aquí es incompatible con la letra de nuestra Carta Magna y con nuestro *ethos* constitucional. “Todo ser humano es persona”, afirma con claridad y contundencia el art. 1º, 2., de la CADH.

Al fundar la incorporación del art. 33 de la CN sobre los derechos implícitos, entre los que sin lugar a dudas figura el derecho a la vida, señalaba Domingo Faustino Sarmiento: “Los Derechos Naturales son superiores a la ley ordinaria y también superiores a la Constitución. Más todavía: superiores a la soberanía popular”. Es la defensa de estos principios fundantes de nuestro sistema político y jurídico la que tiene encomendada en estos momentos este Senado de la Nación, como instancia última y definitiva en el debate de este proyecto de ley.

Algunos de quienes nos horrorizamos de los campos de exterminio de Auschwitz, de quienes condenamos con todas nuestras fuerzas el terrorismo de Estado, estamos profundamente alarmados por este proyecto de ley que autoriza la muerte de seres inocentes e indefensos y pretende poner el aparato estatal al servicio de tan detestable y cruel objetivo. Tenemos que reaccionar con energía y decisión, desde los valores de nuestra conciencia ética y constitucional, para rechazar semejante propósito, sin que consideraciones emocionales, de conveniencia o de cálculo político nos impidan ver la realidad jurídica que tenemos por delante.

Estamos frente a una de las pocas cuestiones en que el valor absoluto y central de la dignidad de la persona humana nos impide cualquier modo de negociación, con concesiones recíprocas, como es propio de la actividad política. La igual e inviolable dignidad de la persona humana, base de nuestro sistema político y constitucional, no es negociable en casos como este.

2) La pulverización del derecho a la vida de las personas por nacer

El derecho a la vida de las personas por nacer es uno de los derechos más clara y enfáticamente protegido por el texto constitucional y en la propia jurisprudencia de nuestro máximo tribunal.

En efecto, la Convención sobre los Derechos del Niño, que de acuerdo al art. 75, inc. 22, tiene jerarquía constitucional, señala en su art. 6º: “Los Estados partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. Los Estados partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia

y el desarrollo del niño”. A la vez, la declaración interpretativa realizada por nuestro país por medio de la Ley N° 25.043, y a la que el Constituyente de 1994 le otorgó jerarquía constitucional, señala que niño “es todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad”. De la simple lectura e interpretación de ambos preceptos constitucionales surge que los poderes públicos deben proteger la vida de las personas por nacer “en la máxima medida posible”.

Nuestro sistema constitucional y legal reconoce la existencia de la persona humana, su dignidad y su derecho intrínseco a la vida desde el momento mismo de la concepción. Esta clara e imperativa definición constitucional no puede ser desconocida, soslayada ni violada por ninguna ley o norma emanada de los poderes constituidos.

En varias sentencias de la Corte Suprema se puede leer la siguiente afirmación de claro contenido personalista: “El tribunal ha considerado que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (*Fallos*: 302:1284; 310:112). También ha dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (*Fallos*: 316:479, votos concurrentes)”.

Señala con toda claridad el art. 28 de la CN: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. Esta cláusula impone a este Congreso la obligación constitucional de proteger el contenido esencial de los derechos constitucionales, muy particularmente del derecho a la vida de las personas por nacer, en cada una de las leyes que dicte. De este modo, los derechos constitucionales se convierten en vallas siempre infranqueables para el logro de cualquier objetivo personal, comunitario o estatal, de cualquier política pública. Nunca jamás es jurídicamente válido en nuestro Derecho aniquilar, pulverizar o exterminar el derecho a la vida de las personas por nacer para conseguir cualquier objetivo por loable o urgente que sea. Esto es el contenido concreto que tiene el reconocimiento de un derecho como constitucional. Violar este principio es hacer desaparecer el carácter de constitucional de cualquier derecho, alterar, en contra de lo prescripto por el art. 28 de la CN, el contenido esencial de los derechos que ella ha establecido con todo fundamento y justicia.

Ninguna pretendida ponderación jurídica puede hacer desaparecer o aniquilar el contenido esencial del derecho a la vida de las personas por nacer; como señalan con claridad el art. 19.2 de la Constitución alemana: “[...] en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su

contenido esencial”, y el art. 53.1 de la Constitución española: “[...] sólo la ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regular el ejercicio de tales derechos y libertades”. Este contenido esencial, este núcleo duro del Derecho, es un límite infranqueable a cualquier ejercicio de ponderación.

El art. 29 de la CN, tal vez el más argentino de los artículos de la CN, señala con particular énfasis que el Congreso no puede adoptar ninguna decisión mediante la cual “la vida, el honor o las fortunas de los argentinos” puede quedar “a merced de gobiernos o persona alguna”. Ninguna autoridad pública, ninguna persona puede disponer de la vida de otro argentino. Lo propuesto en este proyecto de ley deja la vida de las personas por nacer a merced de la voluntad de la madre y de los médicos, desconociendo gravemente la manda constitucional que a este Honorable Congreso establece el art. 29 de nuestra Carta Magna.

A la luz de la protección que la Constitución otorga al derecho a la vida de las personas por nacer, la autorización para eliminarla o exterminarla entra en lo que Ferrajoli ha dado a conocer como la “esfera de lo indecible” por los poderes públicos.

El reconocimiento del supuesto derecho a eliminar a una persona humana utilizando los servicios médicos públicos y privados y la privación de la posibilidad de acceder a los tribunales de justicia para proteger su derecho a la existencia, configura una grosera violación del derecho a la vida, su pulverización, su desprecio y menosprecio, como nunca antes había ocurrido en la historia jurídica de nuestro país. Legítima un puro acto de fuerza y brutalidad sin ningún fundamento jurídico alguno.

Frente a lo que algunos han afirmado aquí, corresponde recordar que sí existen en nuestro ordenamiento jurídico derechos que son absolutos. Nunca es jurídicamente válida la esclavitud, ni la tortura, ni la desaparición forzada de personas. Nunca es jurídicamente aceptable matar a un ser inocente. Como bien señala con carácter absoluto el art. 4° de la CADH, “nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

El proyecto de ley contradice grosera y abiertamente el texto constitucional y el espíritu humanista que lo inspira. Parafraseando a Dworkin², nunca antes se habían tomado los derechos de las personas humanas con tanta falta de seriedad.

El proyecto de ley contraría abiertamente el principio *pro homine* y “el interés superior del niño”, que tienen jerarquía constitucional para establecer un principio inhumano que legitima el ejercicio de la violencia sobre un ser humano inocente e indefenso hasta provocarle la muerte y privarlo de

2 Cfr. Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona. Ariel.

su existencia, desconociendo su intrínseca dignidad y denigrando a quienes lo realizan, autorizan o consienten.

La dura y oscura realidad que rodea la problemática humana de un embarazo no deseado no debe cegar nunca la claridad con que el Derecho debe afirmar y proteger el don que siempre significa ser una persona y una vida humana. Julián Marías ha señalado que la mayor atrocidad del siglo XX ha sido la permisividad y legitimación del aborto³, más grave aún que el nazismo y las dos guerras mundiales, por el número de víctimas y por el oscurecimiento de la conciencia moral que lleva implícito. Estamos en presencia de lo que un destacado constitucionalista argentino ha señalado como “ceguera axiológica” o “ceguera constitucional”, enfermedad de la que tiene que estar a salvo este honorable Senado de la Nación.

Si alguna interpretación sesgada de las normas convencionales, no su texto, llevare a la relativización del derecho a la vida, debería primar por el principio *pro homine* la protección constitucional que se brinda a las personas por nacer.

3) La indefensión de un grupo vulnerable cuya particular protección se encomienda expresamente a los poderes constituidos en la Constitución Nacional (art. 75, inc. 23)

Los tribunales nacionales e internacionales han prestado una particular atención en su labor jurisprudencial a la protección de los derechos de los denominados “grupos vulnerables”, entre los que se encuentran las personas en situaciones de pobreza extrema, los enfermos y discapacitados, los niños, las mujeres, los indígenas, etc.

La reforma constitucional de 1994 identificó esos grupos sociales más vulnerables y encomendó a los poderes constituidos una atención particular para proteger sus derechos. En este sentido, el art. 75, inc. 23, de la CN establece entre las atribuciones del Congreso las siguientes:

“Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización

³ “La aceptación social del aborto es, sin excepción, lo más grave que ha acontecido en este siglo que se va acercando a su final”, Marías, J. (1997). *Sobre el cristianismo*. Barcelona. Planeta, 108.

del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”.

El Constituyente ha identificado algunos grupos más vulnerables cuyos derechos ordena atender de modo particular, mediante medidas de acción positiva que deben adoptar los poderes constituidos. Entre estos grupos vulnerables aparecen mencionadas en dos oportunidades las personas por nacer. La primera, formando parte del grupo de los niños y la segunda, ya con una referencia expresa y específica, en el segundo párrafo del art. 75, inc. 23.

Es muy lógica, fundada y adecuada la identificación de las personas por nacer como un grupo vulnerable, ya que su estado de debilidad e indefensión requiere de las personas, grupos sociales y autoridades públicas una particular atención y consideración. Tienen necesidades perentorias y no se encuentran en condiciones de proteger por sí mismos sus derechos. Su situación fáctica de desprotección y desigualdad respecto del resto de las personas humanas fundamenta esa especial atención y consideración.

Pareciera que el proyecto de ley que estamos criticando considera a las personas por nacer como un grupo que merece una menor protección de sus Derechos Humanos, que no son plenamente iguales a las demás personas ni requieren una particular atención para tutelar sus derechos. A un adulto no se lo puede privar de su vida, ni eliminarlo, por mala que haya sido situación, con las graves incomodidades que su existencia pueda provocar en los demás. Para privarlo de su libertad, de su propiedad o precisar el alcance de sus derechos, es necesario acudir a los tribunales del Poder Judicial. Ninguno de estos derechos se reconoce en este proyecto de ley a las personas por nacer en los supuestos de violación.

Las personas por nacer son una minoría que requiere de una especial protección legislativa y judicial frente a los posibles abusos y violencia de las mayorías adultas. Este proyecto de ley no sólo no los protege, sino que consagra un procedimiento que permite su eliminación sin que sea posible acudir a los tribunales.

Señores Senadores, les solicito que se hagan cargo de la manda constitucional que les señala que tienen que asegurar la supervivencia de las niñas y niños por nacer “en la máxima medida posible”.

Conclusión

Sobre la base de las razones expuestas, consideramos fundada la tesis de que estamos ante uno de los peores proyectos de ley presentados a de-

bate en el Congreso Nacional, sino el peor de todos ellos, a lo largo de toda nuestra historia.

La desconsideración hacia la dignidad de toda persona humana, la falta de protección del derecho a la vida de las personas por nacer, la negación de su derecho de acceso a la justicia y la desatención del grupo tal vez más vulnerable de la sociedad son gravísimos vicios constitucionales presentes en el proyecto de ley propuesto y que exigen su completo rechazo.

Por el contrario, se hace imperativo la sanción de la ley prevista como manda constitucional en el art. 75, inc. 23, en protección tanto de la vida de la madre como de la persona por nacer.

Señores Senadores, ustedes representan a las provincias de nuestra querida patria. Son conscientes de que en la gran mayoría de ellas, el parecer generalizado de la población es favorable a la protección de las dos vidas y contrario a este proyecto de ley. Los textos de las Constituciones provinciales que expresamente protegen la vida desde la concepción son un claro reflejo y testimonio de lo afirmado. Por los valores de los ciudadanos y estados que ustedes representan, por los principios y derechos constitucionales que están llamados a custodiar, rechacen este proyecto de ley e inicien otro más acorde al *ethos* personalista de nuestra Carta Magna. No permitan que los servicios médicos públicos y privados de sus provincias se conviertan en mecanismos de exterminio de seres humanos inocentes y máximamente vulnerables. Tienen ante ustedes la última decisión en un proyecto que claramente nos define como comunidad política y como Nación, con claras repercusiones en todo nuestro país y en la región. Defiendan la Vida de las niñas y niños por nacer, defiendan la Constitución, rechacen con valentía este proyecto de ley.

**PRESENTACIÓN ANTE EL SENADO. PROYECTO DE LEY SOBRE
INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO,
31 DE JULIO DE 2018**

Alberto B. Bianchi

I. Introducción

Dado que soy uno de los últimos oradores de una extensa nómina que este Honorable Senado ha escuchado, soy consciente de que muchas de las reflexiones y afirmaciones que haré ya han sido expuestas por quienes me han precedido.

Y si bien es cierto que no existen temas agotados, sino personas agotadas por ciertos temas, la originalidad siempre tiene sus límites. Es por ello que voy a tratar de ser breve y lo más esquemático posible.

Mi exposición tiene tres partes. En la primera, me referiré a lo que llamo las inconstitucionalidades estructurales del proyecto de ley. En la segunda, mencionaré algunos errores, omisiones e inconsistencias manifiestas del proyecto de ley. En tercer lugar, me referiré a los fundamentos que habitualmente se exponen para justificar el aborto. Finalmente, haré algunas reflexiones generales a modo de cierre.

II. Las inconstitucionalidades estructurales

El proyecto de ley contiene dos inconstitucionalidades estructurales.

En primer lugar, impone la pena capital, sin juicio previo, a personas inocentes y, además, condena penalmente al profesional de la salud que dilate, obstaculice y se niegue a aplicarla.

Es tan curioso este proyecto, que hasta las 14 semanas de gestación es responsable penalmente quien dilata, obstaculiza o se niega a practicar un aborto, y después de esa fecha es responsable penalmente quien lo practica.

Es decir que un mismo hecho puede ser tanto un delito como una obligación legal, cuyo incumplimiento acarrea la comisión de un delito, con apenas un día de diferencia.

En otras palabras, antes de esa fecha, el que se niega a practicar el aborto comete un delito y, luego de ella, lo comete quien lo lleva a cabo. Y en ambos casos la pena es igual.

Es importante destacar que se incurre en este delito por la mera dilación, obstaculización o negativa a practicar el aborto, aun cuando ello no produzca perjuicio alguno en la salud de la mujer embarazada.

En otras palabras, según este proyecto de ley, comete un delito quien se niega a matar a una persona.

Debe tenerse en cuenta, a este respecto, que es muy diferente proteger legalmente a quien desea abortar, que promover el aborto por medio de la persecución penal a los profesionales de la salud.

Por lo demás, ¿cuál es el criterio científico que permite establecer esa divisoria de aguas tan importante?

En segundo lugar, se trata de una ley unitaria, que afecta el régimen federal de gobierno establecido en el art. 1° de la Constitución Nacional.

En punto a lo primero, me veo obligado a repetir, aunque ya haya sido dicho en numerosas exposiciones anteriores, que la Constitución Nacional y la Convención de los Derechos del Niño, como normas superiores de nuestro ordenamiento jurídico, establecen que existe vida humana desde la concepción, principio que reproduce el art. 19 del Código Civil y Comercial.

Valga la pena recordar que no estamos hablando de normas del siglo XIX, sino de principios ratificados, muy recientemente, por este mismo Senado, cuando fue sancionado el Código Civil y Comercial (Ley N° 26.994) hace menos de cuatro años.

Es cierto que en este punto cada uno puede tener sus convicciones personales, las que pueden diferir con el Derecho Objetivo, pero también lo es que la inconstitucionalidad de una norma no se mide por la apreciación personal o subjetiva de su intérprete, sino por su concordancia o discordancia objetiva con la norma superior.

Más aún, parecería que el proyecto de ley no está en desacuerdo con este principio pues, pudiendo derogar el art. 19 del Código Civil y Comercial, no lo deroga.

Como resultado de ello, tenemos que el proyecto de ley, aun admitiendo que existe vida humana desde la concepción, no solo establece el derecho de la madre a poner fin a la vida de su hijo en gestación, sino que obliga a los profesionales de la salud a hacerlo, con la amenaza de persecución penal.

Esta admisión surge del texto mismo del proyecto cuando se refiere al “proceso gestacional” (art. 7°), o bien, a la “persona gestante”.

Obvio es decir que la “gestación” no es la de un tumor o la de un nuevo órgano o extremidad, sino la de un ser humano.

Más aun, la propia denominación que se le da al aborto, “interrupción voluntaria del embarazo”, indica la convicción del proyecto de ley sobre la existencia de vida humana desde la concepción, pues no existe “embarazo”, propiamente dicho, si no hay gestación de un ser humano.

En segundo lugar, el régimen unitario de gobierno sobre el que se funda el proyecto de ley, se evidencia en el art. 23, según el cual las disposiciones de la ley “son de aplicación obligatoria en todo el territorio de la República Argentina”, lo que equivale a decir en el territorio de todas las provincias.

Bien es sabido que todo lo atinente al régimen de la salud, y este es un proyecto de ley fundado en la salud pública, es una materia no delegada por las provincias en la Nación.

De hecho, las más recientes leyes sobre la materia, me refiero, entre otras, a la llamada “Ley Justina”, sobre trasplantes de órganos (Ley N° 27.447), de julio de 2018, respetan este principio.

El mismo está presente, asimismo, en el art. 22 de la Ley Nacional de Salud Pública (Ley N° 26.529), citada por el proyecto de ley, que invita a las provincias a “adherir” a dicha ley.

Una tercera inconstitucionalidad manifiesta se advierte en el régimen de objeción de conciencia, previsto en el art. 15.

Recordemos que todos quienes están comprendidos genéricamente en la categoría “profesionales de la salud” están obligados a practicar el aborto, dentro de plazos perentorios, a solo requerimiento de la mujer o “persona gestante”, bajo pena de incurrir en un delito, salvo que hayan manifestado previamente, y por escrito, su objeción de conciencia.

En mi opinión, el art. 15 del proyecto de ley es discriminatorio por dos razones.

En primer lugar porque obliga a llevar un “registro de los profesionales objetores”, el cual debe ser informado a la autoridad de salud de la respectiva jurisdicción.

El propósito discriminatorio se evidencia porque (a) no se advierte cuál es la necesidad de que la autoridad pública sepa quiénes son los objetores de conciencia, basta con que esa información la tenga el establecimiento respectivo; y (b) si se persiguiera sanamente el objetivo del proyecto, la norma debería ser a la inversa, es decir, debería establecer un registro de los “no objetores”, que es finalmente lo que interesa para determinar correctamente los turnos y las guardias, cuidando que en ellas esté presente alguien que no sea objetor.

Asimismo, el art. 15 discrimina a las instituciones de la salud que, como tales, son objetoras de conciencia, al prohibirles el ejercicio de este derecho. Estas instituciones también son personas y por ello se les debe

reconocer el derecho a que, en sus respectivos ámbitos e instalaciones, que soportan con sus propios ingresos, no se lleven a cabo prácticas contrarias a sus convicciones o principios, sin perjuicio de cuáles sean.

III. Las omisiones e inconsistencias del proyecto de ley

Voy a mencionar solo algunos aspectos del proyecto que me parece deberían ser corregidos o subsanados dado el riesgo potencial que algunos de ellos presentan.

- Artículo 6°: La ley garantiza “todos” los derechos que reconocen la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales. Es insólito que una ley diga esto que, además de redundante, es inexacto pues esta ley no se refiere a todos los derechos que garantiza la Constitución Nacional.
- Artículos 6° y sigs.: Mencionan constantemente a la “persona gestante”; dado que no es una categoría prevista en el Código Civil y Comercial, la ley debería precizarla.
- Artículo 18: Aborto e interrupción voluntaria del embarazo son términos equivalentes (art. 18); pero en la modificación al art. 85, CP, se pena el aborto “sin consentimiento”, que es como si se dijera “se pena la interrupción voluntaria del embarazo que se produce sin consentimiento”, lo que es una contradicción en sí misma, pues algo no puede ser, al mismo tiempo, voluntario y sin consentimiento.
- Artículo 11: El plazo de cinco días corridos. ¿Está en condiciones el sistema de salud de la República Argentina, en su conjunto, para dar satisfacción a este plazo? ¿Se ha hecho algún estudio estadístico que lo haya corroborado? Pensemos que si no se cumple con este plazo se producen consecuencias penales y civiles.
- Artículo 14: La IVE debe ser realizada por un “profesional de la salud” sin definirse qué se entiende por tal. Recordemos que en esta enumeración entra una amplia gama de profesiones, entre ellas: farmacéuticos, kinesiólogos, podólogos, psicólogos, etc.
- Esto implica, por un lado, un grave peligro, pues se expone a la mujer o la persona gestante a que el aborto lo realicen personas no capacitadas.
- Al mismo tiempo, estos profesionales quedan “obligados” a practicar abortos. ¿Qué sucedería, por ejemplo, si alguien se presenta ante un farmacéutico, un podólogo o un kinesiólogo y le pide que le practique un aborto y, frente a su negativa, dado que no tiene la capacitación suficiente, se lo amenaza con acciones penales?
- En síntesis, a partir de la sanción de este proyecto, todos quienes es-

tán comprendidos dentro del amplio arco de los “profesionales de la salud” están obligados por esta ley y sujetos a su sistema represivo.

- Por último, este proyecto de ley tiene un gran ausente: el padre. Es una ley pensada solamente para las mujeres violadas o solteras. Sin embargo, éstas no son las únicas que pueden quedar embarazadas y, por lo tanto, si desean interrumpir su gestación debería requerirse no solo su consentimiento sino también el de su cónyuge.

IV. Los justificativos del aborto

Sin perjuicio de otros, el aborto usualmente tiene tres fundamentos: (a) la violación, (b) el bienestar económico y (c) la pobreza.

Ello permite clasificar los embarazos en dos grandes rubros: (a) los que proceden de una relación forzada, producida sin consentimiento, y (b) los que provienen de una relación consentida.

Esta clasificación es necesaria e importante para distinguir entre una relación no querida y un embarazo no querido, pues son situaciones muy diferentes.

Mientras en el primer caso hay una violación de la privacidad de la mujer, en el segundo caso no la hay. Es más, en este segundo caso debe presumirse que existe un consentimiento, al menos tácito, de la mujer a quedar embarazada.

La violación

Ya está resuelto por la Corte Suprema en el caso “F.A.L.” (13 de marzo de 2012) y la ley no agrega nada específico. Se interpretó el art. 86, inc. 2°, CP.

Cabe señalar que en este fallo la Corte nunca negó la existencia de vida humana desde la concepción.

Por lo demás, en su considerando 9° la Corte sostuvo que el art. 75, inc. 23, no habilita al Congreso a dictar un régimen punitivo. Textualmente manifestó: “[...] la competencia atribuida a este poder en la materia lo fue a los efectos de dictar *un marco normativo específico de seguridad social y no uno punitivo*”.

En definitiva, carece de sentido impulsar esta ley como medio para remediar el problema de los embarazos producidos a raíz de una violación, pues esta es una cuestión ya resuelta en el Derecho argentino.

Veamos ahora los fundamentos expuestos para abortar en caso de relaciones consentidas, que producen embarazos no queridos.

Debemos tener en cuenta que en estos casos el proyecto de ley establece un derecho amplio a abortar y permite, además, perseguir penalmente a quien demore o se niegue a practicar el aborto, pese a que el embarazo, al menos tácitamente, fue consentido por la mujer.

El bienestar

En este caso se pone a la vida humana por debajo del interés económico. La mujer está habilitada a terminar con la vida de su hijo, que tácitamente consintió engendrar, para obtener una mejor situación económica o laboral.

La pobreza

Este es el caso de aquellas mujeres que no pueden mantener debidamente a los hijos que ellas mismas consintieron engendrar, al menos tácitamente.

Tengo para mí que el deber del Estado para con estas mujeres no consiste en proveerles una facilidad para terminar con la vida de esos seres en gestación, sino de proveer las condiciones necesarias para que puedan desarrollarse en un ámbito adecuado.

En otras palabras, la pobreza no debe combatirse eliminando a los niños pobres.

V. Dos reflexiones finales

Voy a mencionar, en primer lugar, una anécdota que, si bien se duda de su veracidad, nos deja una enseñanza.

Sancionada la Constitución de los Estados Unidos, Washington y Jefferson se reunieron y, mientras tomaban café, Jefferson se quejaba de que un Congreso bicameral obstaculizaría el proceso legislativo.

En un momento Jefferson vuelca el café en el plato y Washington le pregunta por qué lo hace. Jefferson le responde: para enfriar el café, que está muy caliente.

Washington le dice entonces que deje que la leyes se vuelquen en el plato del Senado, así se enfrían un poco.

Cierta o no, esta anécdota no enseña que, a veces, el Senado debe atemperar la inmoderación de algunas leyes sancionadas en medio del tumulto de la Cámara de Diputados.

Esta es una de esas ocasiones.

En segundo lugar, voy a recordar una frase de Ronald Reagan dicha en su campaña presidencial cuando le preguntaron qué opinaba del aborto: “Advierto –dijo– que todos quienes están a favor del aborto, ya han nacido”.

Y es cierto. Todos los que hoy abogan por el aborto pueden hacerlo porque sus madres tuvieron la generosidad de permitirles nacer.

Parecería que ellos mismos no están dispuestos a reconocer ese mismo derecho.

EL ABORTO ES UN DRAMA SOCIAL, NO LA SOLUCIÓN A UN PROBLEMA

*Pontificia Universidad Católica Argentina, 6 de agosto de 2018,
diarios Clarín y La Nación*

Los debates desarrollados en el Congreso Nacional han puesto en evidencia una dimensión importante de la deuda social argentina: el drama de la maternidad vulnerable, con sus secuelas de muerte de tantas vidas por nacer y de muertes y heridas de madres, sobre todo muy pobres. Ante esta dolorosa realidad, se debate una ley de legalización del aborto voluntario, irrestricto hasta la semana 14, y luego de ese plazo, por tres amplias causales hasta el parto. Ante tantos argumentos y ante algunas posturas fundamentalistas, la Universidad Católica Argentina quiere hacer su aporte desde una ética humanista y social que respeta los Derechos Humanos.

El aborto nunca es una solución a este drama humano y social

Porque supone quitarle la vida a un ser humano. La unión entre el óvulo y el espermatozoide produce una vida humana nueva, con un ADN singular y propio, genéticamente completo, biológicamente diferente a su padre y a su madre. Como a todo ser humano debemos reconocerle su dignidad y sus derechos, comenzando por el derecho a la vida que, según el Código Penal, es el bien jurídico más importante.

Porque implicaría una radical discriminación del Estado considerar unas vidas más valiosas que otras, solo porque atraviesan distintos grados de evolución, llámese mórula, embrión, feto, neonato, lactante, infante, etc. Toda vida humana vale y necesita cuidado en todas sus etapas. La legalización del aborto implica desconocer que nuestro orden jurídico siempre protege al ser más débil. En este caso, el indefenso por nacer, sin opción y sin voz, queda desprotegido.

Porque el valor de la vida humana no puede depender de posturas ideológicas, ni de cosmovisiones parciales, ni de creencias privadas, ni de supuestos derechos, ni de su utilidad política, social o económica. Una sociedad democrática y justa debe ser inclusiva y no descartar a nadie. Esta ley atenta contra la solidaridad hacia el más débil; anula el incomparable vínculo de madre e hijo; potencia un individualismo que genera exclusión; no ayuda a ejercer la responsabilidad personal por las consecuencias de los propios actos y por el bien del otro. En 2016 en Uruguay se registraron 5 abortos legales por riesgo en la salud de la madre, 4 por anomalías congénitas, 1 por violación y 9619 por propia voluntad de la mujer. El deseo subjetivo de una persona no puede decidir que otra vida concebida no siga creciendo en su medio ambiente humano.

Porque el aborto seguro, aún legal, no existe. Tanto el aborto medicamentoso como el quirúrgico presentan riesgos. Los supuestos de la ley, que permite el aborto incluso después de la semana 14, parecen desconocer que el riesgo físico de la madre aumenta a partir de esa semana de gestación. Esto se suma a que, en nuestro país, un elevado porcentaje de maternidades no cumple con las Condiciones Obstétricas y Neonatales esenciales establecidas por la OMS.

Porque el tratamiento legislativo del aborto no responde a una emergencia sanitaria. Los datos del Ministerio de Salud en 2016 registran más de 200 muertes maternas por otras razones: hipertensión, hemorragias, sepsis y otras causas prevenibles. El aborto representa la septuagésima (70) causa de muerte en la Argentina. Los datos oficiales señalan que 233 mujeres murieron por tuberculosis y 194 por Chagas, enfermedades claramente asociadas a la pobreza.

Porque la mortalidad materna se redujo en el mundo sin necesidad de legalizar el aborto, gracias a una mejor distribución de los recursos económicos, una adecuada educación y un Sistema Integrado de Salud, eficiente y equitativo. Con esta ley, la Argentina pretende mejorar sus indicadores sanitarios sin invertir en salud y educación. Uruguay (ya antes de 2012) y Chile (ya antes de 2017) tenían tasas de mortalidad materna significativamente menores que la Argentina mediante educación, asistencia social a las embarazadas en riesgo y programas de salud materna. La pobreza que afecta a gran parte de nuestra población es la raíz profunda de la mortalidad materna y la verdadera urgencia sanitaria. La legalización del aborto no soluciona esta deuda social, sino que invisibiliza a mujeres vulnerables y elimina a pobres antes de nacer.

Una sociedad democrática requiere una ética ciudadana compartida, respetuosa del pluralismo, que proteja los valores y Derechos Humanos básicos de la vida, la verdad, la libertad, la igualdad, la integridad, la paz. En esa tarea común, quienes afirmamos un humanismo personalista, integral

y solidario –en nuestro caso, desde una identidad cristiana y católica que reconoce y amplía los horizontes de la razón–, defendemos la dignidad trascendente de toda vida humana.

Esta Universidad es una comunidad de saberes y valores comprometida con el bien común de la Argentina y respetuosa de toda vida que, en último término, proviene de Dios, reconocido como “fuente de toda razón y justicia”, según nuestra Constitución. Sabiendo que la maternidad vulnerable reclama una respuesta integral, ofrecemos nuestro conocimiento interdisciplinario para trabajar con todos los sectores sociales y elaborar políticas creativas que garanticen condiciones de vida digna, resuelvan las causas de la inequidad, ofrezcan educación, prevención, acompañamiento, cuidado y esperanza a la madre vulnerable y al hijo por nacer, y contribuyan al desarrollo pleno de nuestro país.

RECENSIONES

Corral Talciani, Hernán, *El proceso contra Tomás Moro*, Madrid, Rialp, 2015, 142 pp.

Tomás Moro es, indudablemente, una de las personalidades a las que la literatura y la historiografía occidental han dedicado más biografías y estudios, algunos de ellos poniendo el acento en los aspectos religiosos de su vida, otros en los políticos, otros más en los referidos a su pensamiento humanista, a su defensa de la libertad de conciencia o a los aspectos literarios de su obra. Pero lamentablemente se han dedicado muy pocas obras al estudio de las dimensiones jurídicas de su actuación y de sus escritos, a pesar de que su profesión de base era la abogacía y de que fue considerado en su tiempo como el abogado más talentoso de Inglaterra.

En el libro que ahora se comenta, el destacado jurista chileno Hernán Corral Talciani intenta subsanar esa falencia y dedica este breve volumen al estudio y comentario del juicio que Enrique VIII mandó iniciar al humanista inglés dos años después de su renuncia al cargo de Canciller del Reino. En efecto, en 1532, el Rey hizo sancionar por la *Convocation* (sínodo) de Canterbury el documento denominado *Submission of Clergy*, por el cual –y tal como su nombre lo indica– los obispos de Inglaterra declaraban solemnemente que todo el clero de ese reino quedaba sometido al Rey, sin ningún límite ni matización. Esto implicaba necesariamente la más terminante recusación del poder del Papa de Roma, acusado por Enrique de haberse negado a declarar nulo su matrimonio con Catalina de Aragón y Castilla, acto que haría posible su casamiento legítimo con su pretendida Ana Bolena.

Al día siguiente de esta sanción, Tomás Moro, hasta entonces Canciller de Inglaterra, se reunió en los jardines de Whitehall Palace con Enrique, quien estaba acompañado de Thomas Howard, Duque de Norfolk, y le entregó su renuncia al cargo, alegando problemas de salud. En ese mismo momento, Moro entregó al Duque el Gran Sello, que simbolizaba su poder, jerarquía y funciones, y se retiró a su casa de Chelsea, prometiendo no inmiscuirse en asuntos públicos y dedicarse solo a una vida de oración y de práctica de la piedad personal y familiar. “Me he propuesto –escribió Moro– dedicar a tareas intelectuales y a Dios este tiempo libre que con tanta generosidad se me ha concedido, a petición mía, por la amable compasión de

nuestro muy ilustre soberano”. Lamentablemente, esta compasión del Rey duraría bastante poco, así como le duraban las esposas.

Ahora bien, las tareas intelectuales a las que se dedicó Moro no tuvieron por objeto temas banales o de esparcimiento, sino que estuvieron centradas fundamentalmente en la crítica del protestantismo, en especial de las ideas de John Frith, William Tyndale, Christopher Saint German y Martín Lutero. Esto produjo la exasperación de varios de los asesores de Enrique, como Thomas Cranmer y Thomas Cromwell, que habían convertido a la lucha contra Roma en uno de los ejes de la política gubernamental y redoblaron la presión sobre Enrique para que eliminara a Moro. Intentaron someterlo a juicio varias veces pero sin éxito, hasta que se les presentó la ocasión apropiada: en marzo de 1534 el Parlamento aprobó la Ley de Sucesión (*Act for the Establishment of the King's Succession*), en la que se castigaba con prisión “durante el tiempo que el Rey quisiera” y confiscación de todos sus bienes a quienes hablaran o escribieran en contra del matrimonio del Rey con Ana Bolena, debiendo jurarse por todos los súbditos la aceptación del contenido del texto normativo.

La totalidad de los obispos del reino, menos John Fisher, juraron la ley y Moro fue citado al Palacio de Lambeth para prestar el juramento. Allí fue recibido por una Comisión presidida por el Arzobispo de Canterbury (designado por Enrique) Thomas Cranmer, que le exigió el juramento: Moro se negó a prestarlo, alegando que el texto del juramento no coincidía con la letra de la ley y que tal como estaba redactado iba en contra de su conciencia. Como consecuencia fue arrestado en la Torre de Londres (aún puede verse la habitación donde estuvo prisionero) y todos sus bienes confiscados por el monarca.

Estando ya en prisión, Enrique y sus secuaces dieron un paso más en el camino de la estatización de la Iglesia de Inglaterra, e hicieron sancionar por el Parlamento la denominada Ley de Supremacía (*Act of Supremacy*), en la que se declaraba que el Rey era la Cabeza Suprema en la Tierra de la Iglesia de Inglaterra. Unos meses después, se sancionó una nueva Ley de Traiciones, en la que se penaba con la muerte cualquier intento de privar al Rey de sus títulos, incluido el de Jefe Supremo de la *Anglicana Ecclesia*. Moro fue citado varias veces por diferentes comisiones, integradas invariablemente por Thomas Cromwell, con el objeto de forzarlo a prestar juramento al contenido de la ley; al negarse a prestarlo, Moro fue sometido a juicio por traición. En este juicio –que Corral describe muy detalladamente– se violaron todas las reglas procesales que podían impedir la condena, y basándose exclusivamente en el testimonio –falso, por supuesto– del funcionario real Richard Rich, se lo condenó a morir ahorcado, destripado y descuartizado. Enrique, siempre tan clemente, conmutó esa pena por la de “simple decapitación”, tal como lo había hecho con el obispo John Fisher.

En su detallado relato del juicio, Hernán Corral pone en evidencia que Moro se defendió a lo largo de todo el proceso con argumentos estrictamente jurídicos, recurriendo a las normas constitucionales (la *Magna Charta*), al Derecho Comparado de las naciones cristianas, al Derecho Canónico (que entonces era parte del Derecho Positivo de Inglaterra), al Derecho Procesal de su tiempo, y al *Common Law*. Moro siempre creyó en la justicia de su causa y nunca se presentó como un mártir; exigió que se cumpliera en su caso con el Derecho vigente en esa época y que se cumpliera de buena fe, respetándose las exigencias del *rule of law*. Sólo luego de leída su condena, Moro hizo uso de la oportunidad para hablar que se concedía a los condenados y expuso la verdadera causa de su condena: “Yo sé bien –dijo– por qué causa me habéis condenado. Es porque jamás he querido consentir en la materia del matrimonio del Rey”.

En efecto, Ana Bolena fue la más encarnizada enemiga de Moro en razón de su negativa a aceptar la legalidad de su matrimonio; pero a esto se le sumó el odio que sus escritos y conducta habían despertado en aquellos que querían implantar el protestantismo en Inglaterra, aun en contra de la voluntad del Rey, en especial Thomas Cranmer y Thomas Cromwell. El juicio –explica muy bien el autor del libro– fue llevado adelante formalmente en bastante conformidad a la legislación vigente, pero la mala voluntad de los juzgadores (tribunal y jurado) incitados por Enrique y su camarilla logró desvirtuarlo y convertirlo en una patente violación del *rule of law*. Todo esto está admirablemente explicitado por el autor del presente volumen, con muy buena prosa, una bibliografía abundante y pertinente, una información destacable (consignada en oportunos apéndices) y una estructura argumentativa especialmente adecuada. Se trata, por lo tanto, de un libro de relevante valor histórico y teórico-jurídico, que además reivindica la figura de quien fuera una de las personalidades más atrayentes del pensamiento de occidente y un paradigma de jurista humanista, comprometido con la justicia e integralmente cristiano.

CARLOS I. MASSINI-CORREAS

Rabbi Baldi Cabanillas, Renato, *Lecciones de teoría del Derecho: una visión desde la jurisprudencia constitucional*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ábaco, 2016, 193 pp.

Publicado en el año 2016 por la Editorial Ábaco, *Lecciones de teoría del Derecho*¹ surge como una propuesta pedagógica de la cátedra de Teoría General del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Su docente titular, el Dr. Renato Rabbi Baldi, coordinador del libro, ofrece a sus lectores una colección de artículos escritos por docentes de la cátedra a su cargo, con la intención de que *Lecciones* sea una contribución de carácter teórico-práctico que se acople no sólo al programa de estudios de la asignatura, sino también a *Teoría del Derecho*², la obra de cabecera para el alumnado –a quienes están destinados los cuestionarios situados al final de cada capítulo, que invitan a la comprensión, y, sobre todo, a la reflexión de los temas expuestos.

Sin embargo, este estudio puede trascender el ámbito universitario, ampliando sus lectores tanto a la comunidad jurídica en general como a cualquier persona interesada que no posea necesariamente la formación profesional en el área, debido al afán didáctico que se ve plasmado en la claridad con la que se desarrolla cada uno de los tópicos y en la redacción sencilla que los colaboradores emplean y que, por lo tanto, dotan de agilidad a la lectura de los capítulos, pero sin perder, por eso mismo, la complejidad y profundidad teórica y filosófica que amerita el tratamiento de los fallos que se comentan.

Todo el libro, incluyendo sus paratextos –prólogo, títulos, epígrafes, las notas al pie– y las producciones textuales allí presentadas, sigue fielmente la iniciativa de integrar temas de la asignatura de *Teoría General del Derecho* con el estudio de casos particulares en los que han intervenido los

1 En adelante, nos referiremos a esta obra como *Lecciones*.

2 Hemos recurrido a la edición de Rabbi Baldi Cabanillas, R. (2016). *Teoría del Derecho*. 4^ª ed. ampliada. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ábaco. Sin embargo, es menester reparar en que la edición utilizada por los autores en *Lecciones* proviene de la edición anterior de dicho manual.

tribunales provinciales, nacionales y extranjeros para fallar en materias que atañen a distintas ramas del Derecho. Dicha amplitud obedece a una concepción abarcadora de la ciencia jurídica que resulta de aplicación en varias especialidades³, a la vez que se destaca su naturaleza pragmática –de ahí, concretamente, la necesidad de encarar la operatividad de los ejes teóricos en casos reales.

Tras dedicar esta pieza textual a la entonces Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, la Dra. Mónica Pintos, inicia el “Prólogo”, escrito por el Dr. Renato Rabbi Baldi Cabanillas. Basado en su extensa trayectoria académica, el profesor destaca la dimensión eminentemente práctica del Derecho materializada en la jurisprudencia, objeto no sólo de análisis, sino también de observación, interpretación y comentario. Ahora bien, esta “práctica”, en lo absoluto azarosa, no prescinde de cierta razonabilidad o corrección (*recta ratio*) que asiste a las “soluciones justas” y que, por lo tanto, amerita su desentrañamiento en miras a vislumbrar un “Derecho justo”, que es un *prius* y que el autor asocia a la idea de Derecho Natural, que ha renovado su interés en la Filosofía del Derecho en el contexto de la Segunda Guerra Mundial y de cuya proyección normativa y teórica somos testigos.

Finalizado este “Prólogo”, se presentan las cinco partes de *Lecciones* que se articulan con ejes temáticos lo suficientemente deslindados y vinculados con los referidos tópicos del programa de Teoría General del Derecho.

La primera parte se aboca al examen del tema de la “Persona humana”, donde prima, como en el resto de las contribuciones, un abordaje práctico de las explicaciones que son elaboradas en el manual de *Teoría del Derecho* del Dr. Renato Rabbi Baldi, de modo que entre dicho texto y *Lecciones* se puede apreciar un diálogo intertextual constante.

En su “Persona humana, derecho del *nasciturus* y derecho a la integridad psicofísica de la madre”⁴, Martín Truscello inaugura esta colección de trabajos abordando un fallo clásico de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el caso T., del 11 de enero del año 2001. Aquí colisionan los derechos inherentes a la “persona por nacer” y la protección de la integridad psicofísica de la madre, que solicita el adelantamiento del parto tras conocer que el feto padece de anencefalia y cuya vida intrauterina será efímera. A través de las instancias judiciales, acaso el interrogante central sea si la imposibi-

³ Vide lo sostenido por el Dr. Renato Rabbi Baldi Cabanillas en *Lecciones*, capítulo V, § 4, p. 108.

⁴ De aquí en adelante, en honor a la brevedad, no resumiremos cada uno de los fallos, sino tan sólo los hechos relevantes que motivan el inicio de una acción judicial, con las argumentaciones de las partes, los votos de los jueces y los temas que convocan al abordaje de los precedentes y la problemática jurídico-filosófica que de allí se desprende.

lidad de sobrevivida posparto pueda ser un hecho culminante para que proceda la autorización del adelantamiento del parto, impidiendo que el *nasciturus* viva cuanto le sea posible dada su naturaleza. A partir de aquí, serán varios los temas sensibles que se dirimirán con la pretensión de la madre: si el adelantamiento resulta una práctica abortiva, lo que provocará que uno de los magistrados de la Corte, el Juez Bossert, establezca una diferenciación entre el aborto y los partos inmaduro y prematuro; o, también, en la definición de la vida humana respecto de “procesos embriológicos fallidos”, conforme señala el Juez Petracchi cuando refiere a que el cerebro es clave para la determinación de la personalidad humana en los términos del Código velezano, en su art. 70. Con estos interrogantes –y otros que omitimos *brevitatis causa*–, Martín Truscello brinda una aproximación al concepto de “persona”, tanto etimológica como histórica, para estudiar si la personalidad humana se caracteriza por “aspectos accidentales” (la raza, la religión) o “sustanciales” (optando su autor por la segunda y alegando que aceptar lo contrario implicaría un acto discriminatorio, debido a que importaría el desconocimiento espiritual, por un lado, y de la dignidad humana, por el otro). Finalmente, recurre a los argumentos centrales del Juez Nazareno, que adhiere a lo sostenido por el Asesor General de Incapaces, producto de que la anencefalia no le priva al feto de sus derechos en tanto “persona por nacer”, máxime si aquella fue descubierta con posterioridad a la concepción.

En el trabajo se asume como indispensable considerar la relación y aplicación de la norma en el caso particular –o “puesta en correspondencia”, frase que el autor toma de Arthur Kaufmann. Con esto, ensalza, por un lado, la importancia de la jurisprudencia, y sobre todo del carácter normativo de sus decisorios; por el otro, destaca la finalidad didáctica, en tanto su análisis comprende un *exemplum* respecto de la operatividad de esa “puesta en correspondencia”. En tal sentido, resulta atinada la síntesis etimológica que envuelve a la palabra *jurisprudencia* y que la retrotrae, con justeza, al Derecho romano. De este modo, se construye una genealogía entre la *juris prudentia* (o *prudentia juris*) en Roma vinculándola con la actual considerando dos rasgos que son recurrentes en ambas, su esencia pragmática o también casuística, sin olvidar la facultad jurisdiccional (o *ius dicere*: “decir el derecho”) en manos de expertos en el Derecho.

Posteriormente, en su “Persona jurídica, libertad religiosa y objeción de conciencia”, la Dra. Mercedes Ales Uría centra su lectura en el caso “Burwell v. Hobby Lobby”, un fallo del año 2014 de la Suprema Corte de los Estados Unidos. El *quid* de este precedente está restringido a la “objeción de conciencia” invocada por tres sociedades familiares que repelieron disposiciones estatales que prescribían la obligación de los empleadores de cubrir el suministro de todo método anticonceptivo, y cuya inobservancia acarrearía, entre otras sanciones, una multa de 475 millones de dólares anuales.

Mercedes Ales Uría discrimina las posiciones del gobierno estadounidense, de las tres corporaciones y de la Suprema Corte de los Estados Unidos a través de una redacción clara sobre la extensión (o no) de la libertad religiosa a sociedades que persigan fines económicos.

En la segunda parte (“La tensión entre iusnaturalismo y iuspositivismo”), Luciano Laise analiza la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Simón, J.”, del año 2005, para problematizar en torno del “límite extremo del Derecho” del ordenamiento jurídico. En “El Derecho Natural como ‘última ratio’ del ordenamiento jurídico”, recurre intertextualmente a Norberto Bobbio para organizar su derrotero sobre el positivismo jurídico, que luego opone al jusnaturalismo en razón de su impacto en el siglo XX no bien comenzada la posguerra. A partir de allí, se detiene en la obediencia (o no) de las normas positivas y agrega cuáles son los presupuestos indispensables para que la desobediencia a una norma devenga procedente —que, señalará luego, la desobediencia operaría frente a una normativa que prescriba provocar un mal sobre terceros, tornándose grave e injusto. Asentado esto, introduce el caso “Simón” sin antes interrogarse cuál es el límite de obediencia a la ley positiva pesquisando todas las referencias explícitas e implícitas al Derecho Natural en los votos de los jueces Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni.

La tercera parte está dedicada a las “Medidas del Derecho”. Su único trabajo consiste en una auténtica labor interpretativa que problematiza sobre dos institutos jurídicos ahondando, aristotélicamente, en su naturaleza y en su finalidad. En efecto, Diego A. Alustiza efectúa una glosa del caso “Gramajo, M.”, del año 2006, en “La naturaleza de las cosas como factor de determinación de penas y de medidas de seguridad”, y en el que su hebra de análisis es la exégesis que el máximo tribunal argentino emplea para distinguir entre las penas y las medidas de seguridad, a propósito de la declaración de inconstitucionalidad del art. 52 del Código Penal.

La cuarta parte, “Fuentes y Sistemas del Derecho”, está compuesta por los trabajos de Renato Rabbi Baldi Cabanillas y de Natalia Müller.

El primero, “Pluralismo de fuentes y justicia material”, aborda un tema clásico en la filosofía jurídica, el pluralismo de fuentes en un mismo territorio. Puntualmente, se plantea una colisión entre una disposición (en principio) consuetudinaria y otra positiva —del Derecho Interno y/o Internacional—, respecto de su contenido (justo o injusto). Se trata del caso “Ruiz”, de 2006, de la Corte de Justicia de Salta. Cabe destacar la interrelación que se establece entre la normativa constitucional y determinados instrumentos internacionales con/sin jerarquía constitucional que se barajan para dilucidar la conveniencia (o no) de la protección de las costumbres de la comunidad Wichi, máxime si las acciones de uno de sus integrantes comportan un menoscabo hacia otros derechos igualmente protegidos, entre los que se

resalta el derecho a la integridad física y a la dignidad humana, contemplados en instrumentos internacionales. Finalmente, en el último apartado, se presenta un fecundo análisis del tema desde el Código Civil y Comercial de la Nación, particularmente de su art. 1º, en cuyo texto legal se afianza la idea de que las costumbres no pueden en modo alguno vulnerar el ordenamiento jurídico. Al respecto, señala el autor: “[...] el Derecho, en definitiva, constituye un límite (moral) a lo que el legislador puede edictar o a lo que las costumbres de las comunidades pueden generar” (2016: 110).

En el segundo artículo, Natalia Müller refiere al caso “M.”, del año 1990, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Su intención se concreta con la integración de otros saberes de la teoría jurídica desde la lectura del *holding* de la mayoría, lo que favorece, v. gr., retomar la tensión entre jusnaturalismo y juspositivismo ya estudiada, la importancia de la *ultima ratio* del Derecho, o el empleo de los principios. No obstante, en esta oportunidad, tanto el jusnaturalismo como el juspositivismo son recorridos a partir de la noción del sistema jurídico, a la que se suma su clasificación en “cerrado” y en “abierto”. De ambos, Natalia Müller aboga por el segundo a partir de la glosa que realiza de los argumentos de la sentencia, porque arguye que la “apertura” sistémica radica en la realidad circundante, sin olvidar que las leyes que lo conforman se nutren con principios o criterios que las refuerzan, que trascienden su legislación en virtud de la naturaleza humana que sobresale en aquellos (la protección del interés del menor a desarrollarse dentro de una familia, para referir uno de los principios esbozados en la sentencia). Concluye, así, que luego de la lectura del fallo, la persona humana se erige como centro de todo el sistema jurídico, pero también, como fundamento del Derecho —postura que comparte con los dos primeros trabajos comentados en esta reseña.

En el primer trabajo de la parte quinta (“El razonamiento jurídico a partir de los niveles de conocimiento del Derecho: consideraciones para el análisis de un precedente judicial”), Santiago Pedro Iribarne propone un acercamiento al análisis jurisprudencial basado en tres niveles epistemológicos (filosófico, científico y casuístico) que nuclea su interpretación jurisprudencial del caso “Saguir y Dib”, del 6 de noviembre de 1980 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Lógicamente, en razón de las posturas encontradas entre, de un lado, la Excma. Cámara Civil y el Procurador General, y, del otro, la Corte, el autor distingue entre una posición positivista, guiado *more geometrico* —es decir, que obliga al cumplimiento obcecado de la letra normativa sobre la mayoría de edad—, y otra que pondera el derecho a la vida y el derecho a la integridad física.

A continuación, en “Presupuestos y directrices de la interpretación jurídica”, Leandro T. Pacheco Barassi examina el caso “Rizzo”, del año 2013, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Su enfoque es bastante particu-

lar dado que está solventado lingüísticamente, vale decir, encara el análisis de la sentencia con las herramientas metodológicas que provee la lingüística, la pragmática y la semántica, en primer lugar; y la filosofía política y la teoría constitucional, en segundo término. Como efectuara Natalia Müller, el autor selecciona extensos pasajes de los considerandos que ilustran los votos de la mayoría, el voto concurrente y la disidencia. Sin embargo, estos fragmentos escogidos constituyen una excusa para graficar los distintos recursos disponibles y tópicos clásicos: el método gramatical, la voluntad del legislador, el Derecho Comparado, la interpretación teleológica, para citar los más sobresalientes. Pero además de erigirse como una mirada interdisciplinaria, la fortaleza del caso elegido reposa, al menos para los estudiantes, en la descripción pormenorizada de nociones de la teoría constitucional que son provechosas en tanto están reflejadas en un caso práctico, y, por lo tanto, se puede apreciar mejor su operatividad.

Como conclusión de la quinta parte, y por ende de *Lecciones*, el último trabajo demuestra la presencia de los valores defendidos por la Antigüedad clásica y cuya permanencia resiste el paso del tiempo y se tornan, en consecuencia, insoslayables en las sentencias judiciales. Esto se advierte en el valiosísimo aporte: “La directriz de la epiqueya aristotélica”, a cargo de Eduardo Esteban Magoja, a propósito del caso “Vera Barros” del año 1993, también de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Como directriz, se vale, en clave intertextual, de dos obras del Aristóteles en donde éste refiere extensamente a la *epiqueya*, su *Ética Nicomáquea* y su *Retórica*, que denotan, de parte de Magoja, un conocimiento específico tanto de la filosofía aristotélica como de la lengua griega. De hecho, una vez más, el *quid* de este aporte enfrenta dos posibles ingresos a la interpretación de la norma: una, literal, que motiva por parte de la señora Vera Barros recurrir a la Justicia, y otra axiológica, si se quiere, en tanto comporta privilegiar la situación en particular de la requirente conjuntamente con su necesidad de percibir la pensión pese a no cumplir con uno de los requisitos exigidos por el derecho de fondo. La equidad media ante la injusticia de las instancias inferiores, y con ella se pretende contrarrestar los efectos que podría ocasionar una solución disvaliosa, emanada de dichos tribunales intervinientes, y a la sazón comprobar que nuestro sistema jurídico es abierto y no cerrado, ya que el ordenamiento jurídico nunca podrá contemplar en sus proposiciones todas las situaciones de hecho que en esta realidad tan cambiante, dinámica, podrían ocurrir.

A modo de conclusión, es este un libro que conforma un verdadero producto de cátedra que es fiel a su objetivo: convertirse en un *casebook* universitario, anhelo pedagógico que se concreta a través de la conciliación entre la teoría y la práctica, es decir, en el acercamiento del fenómeno jurídico a partir de la realidad, materializada en los casos que son glosados en *Lec-*

ciones. Además, si bien cada autor tiene su estilo de escritura que lo define, no obstante todas las contribuciones de *Lecciones* ostentan una redacción concisa, clara y por lo tanto ágil, que propicia no sólo el aprendizaje de los contenidos centrales en este libro, sino también la reflexión sobre los problemas y soluciones que son adoptados por los tribunales en estos verdaderos “casos difíciles”.

CLAUDIO RAÚL CUELLAR⁵

⁵ Abogado, docente ayudante de segunda en la asignatura *Teoría General de Derecho* en la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

Hernández, Héctor H., *Salvar vidas con el Derecho Penal. (Testimonio de un Defensor)*, Buenos Aires, Círculo Rojo, 2018, 165 pp.

El aborto, o sea, el “homicidio prenatal”, es una cuestión de especial actualidad dado el reciente tratamiento parlamentario impulsado alrededor de la denominada “interrupción legal del embarazo”.

El libro a comentar demuestra la importancia de establecer y aplicar penas justas para defender la vida de los niños por nacer y de sus madres. La vida de una comunidad que necesita de un Derecho Penal, naturalmente bueno. Un Derecho Penal que los verdaderos penalistas y amigos del buen mirar debemos reivindicar, por cuanto de por sí constituye un bien para preservar la sociedad humana, aunque el llamado “garanto-abolicionismo” intente presentarlo como un mal sin sentido o una manifestación de crueldad.

En la primera parte de la obra (capítulos 1-17) el autor comparte una experiencia que vivió al desempeñarse como defensor federal. Una realidad que frente a cualquier pronóstico pesimista enseña cómo a partir de la actuación del sistema de justicia penal se salvaron cuatro vidas. Las vidas de dos niños que se hallaban sentenciados a ser víctimas de homicidios prenatales; junto a las de sus dos madres, que gracias al Derecho Penal no sólo sortearon el síndrome del trauma posaborto, sino que también no pusieron en riesgo su humanidad o salud, al no exponerse a las siempre inseguras prácticas abortivas.

Esto es importante resaltarlo, pues la lectura propuesta permite comprender que en todo aborto, sea o no clandestino, se colocan en peligro la vida y la salud de la madre. Pero también destaca un aspecto clave, que a menudo se intenta solapar o sumir en el olvido. Y es, precisamente, que en todo aborto con toda seguridad muere un niño por nacer con derecho a ser protegido por el Derecho Penal, de acuerdo con la Constitución Nacional. Pues como es obvio, el Derecho Penal suele intervenir para brindar real protección a aquellos bienes más importantes que la Constitución reconoce.

A través de ágiles escenas intercaladas con maduradas reflexiones, el trabajo evidencia la bondad de un Derecho Penal llamado a retribuir en justicia el mal provocado por el delito a las víctimas directas y a la comunidad política (que, vale resaltar, también es víctima del obrar delictivo).

El Dr. Hernández expone un Derecho Penal que induce a los ciudadanos a la virtud, previene delitos mediante la disuasión; y además de mitigar el sentimiento de alarma provocado por quienes delinquen, abre una puerta hacia la libre enmienda de quien delinquirió.

De esta manera, el lector se encuentra con buenas razones para comprender el valor de un Derecho Penal que supera la venganza personal; cumple una misión pedagógica al reforzar la conciencia sobre ciertos bienes y males ético-jurídicos; e imposibilita la perpetración de nuevos delitos, entre otros fines posibles de concretarse.

La trascendencia de lo escrito es aún más resignificada porque lo expuesto no se pierde en el plano de lo teórico, pues el autor nos enseña cómo los fines del Derecho Penal se cumplen en la práctica. Al punto tal, que de los testimonios ofrecidos se puede concluir con facilidad cómo “sin el Derecho Penal y la previsión del delito de aborto” (p. 53), los niños del caso judicial examinado no hubiesen sido rescatados de un seguro homicidio prenatal.

Otra virtud del libro digna de encomio radica en el lenguaje llano utilizado y la claridad de las ideas transmitidas, que acercan los contenidos jurídicos a la comprensión de todo argentino. De modo que se puede entender con facilidad la inconstitucionalidad de una propuesta abortista no sólo prestidigitada hacia la despenalización del homicidio prenatal, pues el correr de las páginas desnuda la estrategia diseñada con el propósito de banalizar el aborto y promoverlo cual si fuera un Derecho Humano.

Así, sin perder dinamismo se analizan con agudeza la normativa vigente, la doctrina más autorizada y la jurisprudencia relevante en la materia. Pero la criba no se detiene ahí, pues magistralmente se revelan los puntos de contacto entre los recursos tácticos instrumentados por la ideología abortista y aquello que Hernández ha denominado precursoramente como garantismo abolicionista. Un movimiento “en favor del delincuente” instaurado por Eugenio R. Zaffaroni, autor tipo del “Derecho Penal antipenal” en la Argentina e ideólogo del plan de lucha que hace más de una década mella el sistema de justicia, mediante un discurso destinado a demonizar las penas, so capa de enarbolar el estandarte de los Derechos Humanos.

Y aquí el autor realiza un aporte original en relación con la mayoría de los estudios publicados en el marco de la defensa de la vida del niño por nacer –o de las dos vidas–, pues nadie como él¹ ha estudiado tan profundamente este fenómeno inexorablemente ligado a la ideología de género y al feminismo para fomentar el seguro aniquilamiento prenatal de los niños.

1 Para mayor ilustración pueden leerse Hernández, H. H. (2013). *El garantismo abolicionista*. Buenos Aires. Marcial Pons; y Hernández, H. H. (2017). *Inseguridad y garantismo abolicionista: Bases para la reconstrucción de la Justicia Penal*. Buenos Aires. Cathedra Jurídica.

En efecto, el doctrinario es quien más ha tratado la “despenalización por vía pretoriana” del aborto, a través de la aplicación de la “Doctrina del Fruto del Árbol Venenoso” (DOFAV)².

Este último aspecto no es menor en el contexto actual, pues en ocasiones muchas personas, quizás desprevenidas, son engañadas o persuadidas por los denigradores del Derecho Penal; y no alcanzan a comprender “cómo las justas penas verdaderamente protegen altos valores humanos” (p. 12).

De la mano de una amena y fluida lectura el autor nos conduce a una segunda sección (titulada: ¿Te acordás cuando nos protegía?), donde alcanzamos a resignificar todavía más la relevancia del Derecho Penal a partir del flagelo de las drogas (pp. 69-92), tragedia minada de indudables analogías con el aborto, que son bien puntualizadas en esta parte.

Luego de derribar ciertos mitos contruidos por el garantismo abolicionista que buscan legitimar ciertas desviaciones para enaltecer elementos disolventes de la vida social (como por ej. el egoísmo e individualismo), se descubre la moral del sentido común, factor indispensable para preservar la concordia.

Y como prueba de que siempre existe una moral, se ofrece un documento cuya aplicación es exigida por la gran mayoría de los argentinos: “el Código Penal”. Sencillamente, un código moral del Estado argentino, que, valga la aclaración, somos todos en tanto comunidad política. Un código moral de la vida e integridad física, que incluso impone criterios de solidaridad cuando obliga a unos y otros a ejercitar la solidaridad social, como por ej. al imperarse a auxiliar a quien se encuentre en graves circunstancias, bajo amenaza de aplicar una pena al infractor de ese deber de actuar (conf. art. 108, CP).

Tras ello, se coloca la lupa sobre el espiral negativo propiciado por la pseudo-legalización de la tenencia de drogas para consumo personal sustentada en el fallo “Arriola” de la Corte Suprema. Se expone, así, una lógica irracional que denota semejanzas con la apología de la muerte profesada por el movimiento abortista; y expresa la actitud de un Estado desentendido de su deber de proteger a sus ciudadanos. En este caso, se habla de las vidas de jóvenes y familias consumidas por las drogas, que son presas del negocio de un narcotráfico beneficiado por un discurso garanto-abolicionista ya inculturado.

Al igual que en la sección precedente, las falacias de esta prédica son refutadas mediante datos científicos, una sólida argumentación y experien-

2 Tratada vastamente por el autor en AA. VV. (2010). *Fines de la pena. Abolicionismo, impunidad* (dirigido por Hernández, H. H.). Buenos Aires. Cathedra jurídica, caps. XXIV-XXVI; diferentes comentarios críticos a fallos relacionados con el secreto profesional (entre los cuales cabe citar a Natividad Frías y Zambrana Daza) y otros artículos de doctrina publicados.

cias concretas vivenciadas por el escritor durante su carrera judicial, en donde se demuestra nuevamente la bondad de un Derecho Penal, que incluye una red protectora de quienes padecen el drama implícito en un consumo de estupefacientes con efectos nocivos para el adicto, su familia y la vida social. Completan el libro una serie de apéndices enriquecidos con información de gran utilidad (pp. 97/153), pues develan cómo opera estratégicamente la ideología de género; revisan críticamente los diversos proyectos de ley presentados para despenalizar el aborto y analizan la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia.

Por lo demás, entre otras valiosas cuestiones también se suministran datos estadísticos a través de los cuales, por un lado, se evidencia el ostensible incremento de los abortos en aquellos países donde se lo legalizó; y por otra parte, se reafirma que es más seguro alumbrar un hijo que abortar.

Conclusiones

En estas horas cruciales donde se debate la suerte de los predilectos de Dios, “Salvar vidas con el Derecho Penal” se vuelve una lectura ineludible de todo argentino, ya sea que se encuentre o no emparentado con lo jurídico. Es que velar por la infinidad de niños argentinos aún no nacidos y sus madres concierne a toda la Patria, ante una inmoralidad interpelante como la preconizada por quienes guiados por el mero deseo, antojo o utilitarismo deshumanizador, no sólo profanan nuestra constitución política, sino también la gramática inscripta en la naturaleza de todo ser humano.

Nos hallamos frente a un punto de inflexión, pues nos topamos con una ideología foránea, que encubierta en palabras talismanes como “democracia”, “libertad” y “salud reproductiva” procura instaurar un “Derecho Penal Líquido”³. Un Derecho Penal que en realidad no es tal, ya que no sólo hace enmudecer al Derecho Penal y la expresión constitucional, sino también aniquila la conciencia de quienes llevan a término el silente homicidio prenatal de los niños por nacer.

Por ello es esencial este libro, pues su lectura permite discernir que el mejor recurso táctico de quienes buscan instituir el homicidio prenatal como si fuera un derecho, consiste en demonizar y criminalizar al Derecho Penal para abolirlo. En otras palabras, aplicar el Derecho Penal Líquido, es decir, un Derecho Penal antipenal carente de razonabilidad, que sentencia a los

3 Romero Berdullas, C. M. (2016). “Derecho Penal Líquido: Derrame de la expresión constitucional”. *Forum 4*. Anuario del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina. Buenos Aires. Educa, 119-182.

niños por nacer a la orfandad de todo amparo, por intermedio de un mero hecho de fuerza; y, por tanto, arbitrario.

Así pues, esta breve pero por ello doblemente buena obra ofrecida por Hernández, se constituye en una referencia fundamental para todos los amigos del buen mirar, ya que ressignifica la bondad y pedagogía de un Derecho Penal llamado a salvar vidas.

Un Derecho Penal superador de aquellas falsificaciones de la fiesta impuestas por una ideología discriminatoria de los niños y de quienes profesan la religión católica; avasallante de la objeción de conciencia; e intolerante del disenso, que disemina su sórdida violencia en pos de enemistar a la mujer con el hombre, enfrentar a la madre con su propio hijo; y disolver, así, los lazos de la comunidad.

Sintetizando, un Derecho Penal acorde a una verdadera teoría de la fiesta como la expuesta por Josef Pieper. Una teoría de la fiesta que se afirma en el gozo de existir; y le dice “Sí a la Vida”. Un Derecho Penal que una vez más ratifica una ley de razonabilidad natural que prohíbe matar a un inocente. Una ley natural que impera a no matarlo, incluso cuando una norma positiva lo prescriba, pues una ley contraria al Derecho Natural no es ley, sino más bien corrupción de la ley; y, por consiguiente, “abortar no será ley”.

Como explica con buen tino el autor, se trata de un Derecho Penal destinado a salvar vidas; y, en consecuencia, contrario a las aspiraciones de quienes proclaman luchar contra el aborto; pero paradójicamente, promueven un Derecho Humano al “aborto seguro, libre y gratuito”.

De ahí que, inexorablemente, esta paradoja destacada en el libro nos conduzca a recordar las palabras del doctrinario Isensee, quien explicaba: “[...] la Constitución también contiene la prohibición para el Estado de subvertir el derecho fundamental a la seguridad [...]. Así, le está negado fomentar atentados contra la vida del no nacido a través de campañas publicitarias, asesoramiento y subvenciones, banalizarlos o legitimarlos a través de medidas de difusión pública, obligar a los asegurados a Seguridad Social a financiarlos o instalar clínicas de aborto [...]”⁴.

En fin, la obra devela, así, una ideología que peralta el derecho seguro al homicidio prenatal de un hijo y una hija. Una doctrina que exalta un derecho, que en realidad no es un derecho, sino un delito. Un aborto seguro, médicamente siempre inseguro. Un homicidio prenatal legal, en rigor de verdad ilegal e inconstitucional. Y un homicidio del *nasciturus* gratuito, aunque sea a costa de la sangre inocente de los pequeños hijos de una do-

4 Isensee, J. (2014). *El Derecho Constitucional a la seguridad, sobre los deberes de protección del Estado Constitucional Liberal*, 1ª ed. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni, 73.

liente República Argentina, que aún puede salvarse, si reivindica a tiempo el bien del Derecho Penal.

De lo contrario, si no se resignifica el valor del Derecho Penal, como bien indica el prestigioso jurista Marcelo Sancinetti, “La eliminación de centenares de miles de embriones por año, ya concebidos en el seno materno –de hecho, ya vigente en muchos países como algo ‘legalizado’–, [será] otra forma de gran holocausto⁵, que alguna vez juzgarán con horror otras sociedades”⁶.

Por consiguiente, aunque partamos de presupuestos filosóficos indudablemente diferentes, podemos afirmar con Welzel: “La dinámica de la naturaleza humana ha sido siempre presentada como la razón decisiva para que el Derecho tenga poder, a fin de –como dice San Pablo– evitar el mal”, pues la “más importante misión del Derecho es” instaurar “un orden que asegure la vida de todos”⁷ (el resaltado me pertenece), sin discriminación alguna y de manera respetuosa al art. 16 de nuestra Constitución Nacional, algo que se encuentra bien definido en el libro recensionado, pues las leyes que propician el aborto antagonizan radicalmente con el bien común y la ley natural, de modo que, por consiguiente, carecen de genuina validez jurídica.

CARLOS MANUEL ROMERO BERDULLAS⁸

5 Sancinetti alude a holocausto, pues que “sea un ‘genocidio’ es, en principio, impropio del concepto [salvo algún caso particular], pero que sea un ‘holocausto’ no lo es (= ‘gran matanza de seres humanos’). Es de sorprender que culturas en general comprometidas con los Derechos Humanos se permitan, en materia de aborto, una gran matanza estatal de seres nacidos”. Sancinetti, M. A. (2018). “¿Aniquilamiento de la vida humana del no-nacido por parte del Estado? Reflexiones sobre el derecho a la vida humana intrauterina y al nacimiento”. *La Ley*, Sup. Const. 2018 (mayo), 15-5-2018, 1, *La Ley* 2018-C, cita Online: AR/DOC/809/2018.

6 Sancinetti, M. A. (2018). Ob. cit.

7 Welzel, H. (2013). “Derecho y Poder”. *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*. Montevideo - Buenos Aires. B de f, en Colección Maestros del Derecho Penal, N° 15, 203.

8 Abogado (UBA). Especialista en Derecho Penal (UCA). Doctorando en Derecho Penal y Ciencias Penales (USAL). Coautor de los libros *Planteos actuales de la Política Criminal*, Buenos Aires, AD-HOC, 2015; y *Proceso Constitucional Acusatorio*, Buenos Aires, AD-HOC, 2014. Autor de artículos doctrinales y académicos publicados en diferentes revistas.

Chávez-Fernández Postigo, José, Luis Recaséns y la Teoría estándar de la argumentación jurídica. Una revaloración del logos de lo razonable, Pamplona, Thomson Reuters, 2017, 368 pp.

La publicación de este libro del profesor peruano José Chávez-Fernández Postigo es una versión de la tesis leída en la Universidad de Zaragoza (España) por la que obtuvo el título de Doctor en Derecho con calificación sobresaliente *cum laude* y el Premio Extraordinario de Doctorado en la Rama de Ciencias Jurídicas y Sociales 2016-2017. El libro se encuentra prologado por quien fuera la Directora de la tesis mencionada, la catedrática española María Elósegui Itxaso, actualmente jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La obra se ocupa de un aspecto del pensamiento del filósofo del Derecho hispano-mexicano Luis Recaséns Siches (1903-1977), consistente en su abordaje de la argumentación jurídica, que Recaséns dio en llamar “logos de lo razonable” y que no ha sido suficientemente desarrollado por los estudiosos de este autor hasta la llegada de la obra que aquí reseñamos. Pero la tarea que se impuso Chávez-Fernández no hubiera estado completa sin el debido confronte del aporte de Recaséns con la denominada “Teoría estándar de la argumentación jurídica”, como más adelante se expondrá.

Esta doble tarea de reflejar el pensamiento de un autor, pero al mismo tiempo ponerlo en diálogo con otros en relación a un tópico iusfilosófico importante, como es el de la argumentación jurídica, no es fácil y constituye una peculiaridad del libro, que lo vuelve por demás atrayente. En efecto, la obra tiene la particularidad de constituir una excelente síntesis del filósofo del Derecho Luis Recaséns-Siches, y ser al mismo tiempo un trabajo actualizado sobre la reflexión iusfilosófica en torno a la argumentación jurídica.

Esta ingente tarea ha sido desarrollada en un texto de tres partes, dividida cada una en dos capítulos, y con un balance al final de cada parte. Al finalizar la obra se encontrarán las conclusiones del autor.

En relación con el pensamiento del autor hispano-mexicano, la obra desarrolla la filosofía de la interpretación jurídica recaseniana, en especial, el tópico original denominado “logos de lo razonable”. En este aspecto, las ideas de Recaséns no son mostradas sólo como un antecedente de las actua-

les teorías de la argumentación jurídica, sino más bien como un adelanto de ellas. Ciertamente, el libro tiene la virtud de mostrar cómo Recaséns fue un precursor de la actual hermenéutica jurídica, con aspectos que parecieran incluso superarla.

A esto último se abocan las dos primeras partes de las tres en que está dividida la obra. En efecto, en una primera parte se describe la filosofía de la interpretación del Derecho de Recaséns, dividida a su vez en dos capítulos. En el primero, se realiza una descripción de la filosofía jurídica recaseniana. Esto es ya en sí mismo de muy útil lectura para quien busque familiarizarse con el pensamiento de un autor tan importante. Ya aparece aquí uno de los primeros aportes que realiza Recaséns a la hermenéutica jurídica, y consiste en fundamentarla en una lógica material, y no en una lógica meramente formal como han realizado otros autores contemporáneos al autor estudiado.

El segundo capítulo de esta primera parte desarrolla el “logos de lo razonable”, es decir, Chávez-Fernández ofrece una sistematización a esta verdadera teoría de la interpretación, sistematización que no ha realizado en vida Recaséns a pesar de su larga trayectoria académica. El fundamento de la misma es lo que denomina “tesis ontológica-gnoseológica”, en donde caracteriza la naturaleza de los problemas jurídicos y critica el formalismo jurídico de resultado tan negativo en la primera mitad del siglo XX, para luego desarrollar la “tesis metodológica” del autor y un diálogo del “logos de lo razonable” con el método tópico-retórico, la prudencia, la equidad y la praxis jurídica.

Hay que señalar que la sistematización ofrecida remata mostrando a la propuesta de Recaséns como un meta-método que superaría lo hasta entonces elaborado en la filosofía jurídica occidental, un método estimativo-normativo que recupera la prudencia y la equidad para la hermenéutica jurídica. En relación a esto último, resulta muy estimulante el balance que ofrece Chávez-Fernández hacia el final del capítulo, donde aclara gran parte de estas ideas, propias de un autor un tanto confuso y asistemático, plétórico en fuentes diversas de muy difícil engranaje.

La segunda parte de la obra consta de un primer capítulo –el tercero del libro– que muestra la influencia de Ortega y Gasset en las ideas del autor en estudio. Sabemos del contacto que tuvo con el lúcido pensador español y cómo su raciovitalismo lo ayudó a abandonar sus posturas kantianas originales. Luego aborda las influencias que tuvo el autor hispano-mexicano para concebir una noción actualizada de la “experiencia jurídica”. En el cuarto capítulo, nuestro autor peruano reseña los principales aspectos axiológicos de la propuesta recaseniana, tomando especialmente las fuentes clásicas del profesor de la UNAM y que ya venían advertidas de alguna forma en el capítulo precedente. Así, se muestran las nociones de objetividad de los

valores, la justicia, la seguridad, la dignidad humana y el Derecho Natural. Todo ello lleva al profesor Chávez-Fernández a afirmar que encontramos en Recaséns a un autor cognitivista, humanista y con una perspectiva jurídica de naturaleza ética.

Finalmente, en la tercera parte de la obra, compuesta de los capítulos quinto y sexto, el autor se aboca a demostrar que la filosofía de la interpretación de Recaséns es precursora de las contemporáneas teorías de la argumentación y que, además, ofrece ventajas de fondo que deberían ser consideradas en orden a superarlas. Para alcanzar este objetivo el autor debe, primero, desarrollar la denominada “teoría estándar de la argumentación jurídica”, lo que realiza a lo largo del quinto capítulo. Esta tarea no es fácil pues la existencia misma de tal “teoría estándar” debe ser probada, y luego suficientemente descripta. El profesor peruano alcanza estos objetivos con éxito, desandando la senda marcada por Atienza, MacCormick, Alexy, Wróblewski, entre otros. Este modelo estándar representa la recuperación del pensamiento práctico para el Derecho, abandonando el formalismo predominante hasta la Segunda Guerra Mundial. Tanto el pensamiento práctico en clave epistemológica como los distintos tipos de argumentación jurídica –incluyendo el problema de la única respuesta correcta– son desarrollados en este capítulo con notable lucidez, ofreciéndose una excelente síntesis de las diadas que gobiernan la teoría de la argumentación contemporánea: reglas y principios, proporcionalidad y ponderación, Derecho y moral, para rematar este valiosísimo capítulo con la función de los Derechos Humanos o fundamentales dentro del discurso jurídico.

El sexto y último capítulo es –quizás– el de mayor aporte del autor, y de gran valor académico para el lector. Allí el profesor Chávez-Fernández realiza la confrontación de las ideas de Recaséns largamente desarrolladas con la teoría de la argumentación jurídica contemporánea, pero a su vez esboza los senderos de superación tanto de una como de otra. Al mismo tiempo que muestra la genialidad del autor estudiado y su agudeza intelectual, descubre la profundidad que esconden las imprecisiones con las que Recaséns solía aproximarse siempre a los límites conceptuales de los tópicos jurídicos tradicionales. El capítulo ofrece una perspectiva de fundamentación antropológico-metafísica del derecho de identidad iusnaturalista innegable. Para ello la recuperación de la prudencia, extraída del corazón mismo de la tradición central de Occidente, tiene la capacidad de lograr aquello de lo que Recaséns no fue capaz: la integración entre argumentación, interpretación y filosofía realista, y una noción de dignidad superadora de la matriz kantiana.

Es indudable que esta obra es de lectura obligada no sólo para quien esté tras los pasos de Recaséns Siches, sino también para cualquiera que tenga interés en profundizar en la compleja trama que la filosofía del Dere-

cho occidental ha tejido en el campo de la argumentación jurídica. Quizás podría cuestionarse si el mismo Recaséns, en su larga trayectoria, ofreció una filosofía del Derecho tan cercana al iusnaturalismo como el autor propone hacia el final de la obra. Lo que queda claro es que se trató de un autor un tanto ecléctico y cambiante, y que en sus variaciones incurrió en contradicciones que hoy en día pueden confundir al estudioso de su obra. Frente a este desafío, Chávez-Fernández tomó una decisión hermenéutica: tomó la obra más reciente del profesor de la UNAM y desde ella iluminó el resto de la obra, buscando un hilo conductor trazado con éxito pero que obligó a forzar a veces los antecedentes estudiados. La empresa fue llevada adelante con probidad a pesar de los riesgos corridos.

El libro rinde fruto para la reflexión iusfilosófica en general, porque constituye una excelente síntesis del pensamiento de un autor principal del mundo jurídico hispanohablante, que al entrar en diálogo y confronte con otros autores e ideas, termina configurando un muy buen cuadro impresionista de la filosofía jurídica contemporánea. Ello, realizado con gran rigurosidad científica, profuso soporte bibliográfico –son notables las notas al pie– y un aparato crítico impecablemente expuesto. Al finalizar su lectura el lector cosechará un fruto tan sorprendente como apetitoso, buenas ideas y puntos de partida para una filosofía del Derecho realista, centrada en la persona humana, y en búsqueda permanente de la verdad.

CARLOS ALBERTO GABRIEL MAINO¹

¹ Profesor Titular con Dedicación Especial –UCA. Profesor Adjunto Regular –UBA.

PRUDENTIA IURIS

NORMAS DE PUBLICACIÓN

A) Normas referidas a cada sección

1. Artículos de Investigación:

- 1.1. Se publicarán dentro de esta sección trabajos que cumplan con los siguientes requisitos:
 - que el tema tratado realice aportes científicos y ofrezca conceptos novedosos que enriquezcan el conocimiento;
 - que exista coherencia en la estructura demostrativa o argumentativa entre el problema, los objetivos, el método, los resultados y las conclusiones;
 - que la bibliografía sea actualizada y pertinente con la temática y que el texto sea inédito.
- 1.2. Los trabajos enviados a esta sección no podrán tener una extensión menor a las 4.000 ni mayor a las 12.000 palabras.
- 1.3. Estos trabajos serán sometidos al arbitraje de evaluadores conforme al procedimiento respectivo.
- 1.4. Los trabajos de investigación propuestos para esta sección deberán ser originales, comprometiéndose los autores a no presentarlos simultáneamente a otra publicación, ni a publicarlos sin autorización de la revista *Prudentia Iuris*. Los autores harán constar a través del sistema de gestión en línea de la Revista, o bien por una carta firmada remitida, la originalidad del texto.
- 1.5. El trabajo deberá enviarse con el título en idioma castellano, inglés e italiano; un resumen de entre 100 y 150 palabras y palabras claves en un número no mayor a 6, ambos en idioma castellano, inglés e italiano. Al final del trabajo se debe incluir la lista de bibliografía utilizada.

2. Notas y Comentarios:

- 2.1. Se publicarán en esta sección trabajos breves sobre tópicos jurídicos, jurisprudencia o legislación. La extensión debe ser menor a 4.000 palabras.
- 2.2. Los trabajos propuestos para esta sección deberán ser originales, comprometiéndose los autores a no presentarlos simultáneamente a otra publicación, ni a publicarlos sin autorización de la revista *Prudentia Iuris*. Los autores harán constar a través del sistema de gestión en línea de la Revista, o bien por una carta firmada remitida, la originalidad del texto.
- 2.3. Deberá enviarse el título en idioma castellano, inglés e italiano; un resumen de entre 100 y 150 palabras y palabras claves en un número no mayor a 6, ambos en idioma castellano, inglés e italiano. Al final del trabajo se debe incluir la lista de bibliografía utilizada.
- 2.4. Los trabajos se someterán a evaluación por un árbitro externo conforme a las normas respectivas.

3. Recensiones:

Se publicarán en esta sección reseñas de libros de aparición reciente (en principio no más de dos años) con una extensión máxima de 2.000 palabras. Los trabajos, para su inclusión en esta sección, deberán ser aprobados por, al menos, un miembro del Comité Editorial.

4. Cátedra Ley Natural y Persona Humana:

Se publicarán en esta sección artículos de investigación o notas y comentarios que se relacionen con la Cátedra, incluyendo ponencias y comunicaciones que se presenten en Jornadas atinentes a la Cátedra que a criterio de la Dirección Editorial merezcan ser publicadas por su relevancia académica. Los requisitos son los mismos que los puntos 1 y 2 del presente apartado según sea la índole del texto.

5. Documentos y crónicas:

La Dirección Editorial de *Prudentia Iuris* seleccionará para cada número aquellos documentos que considere relevantes conforme a la temática o problemas atinentes a los objetivos de la Revista, tales como textos del Magisterio de la Iglesia, Declaraciones de la Facultad de Derecho o Corporaciones o Colegios de Abogados, o de las múltiples Academias Jurídicas, Políticas y Científicas, etc. Igualmente se incluirán en esta sección crónicas de actividades académicas o de relevancia para el ámbito de la investigación jurídica.

6. Podrán agregarse otras secciones según la necesidad o planificación que se realice desde la Dirección Editorial.

B) Proceso de revisión por pares

1. Los documentos recibidos pasarán por una evaluación inicial realizada por los editores u otros especialistas a pedido de la Dirección Editorial, para discernir la originalidad, relevancia e interés científico y decidir su aceptación o no para la publicación. La Revista se reserva la posibilidad de rechazar trabajos en forma anticipada, brindando los motivos respectivos. En caso de desacuerdo con la decisión, el eventual pedido de reconsideración será sometido al Comité Editorial de la Revista.
2. Además, la Revista hace una corrección preliminar de estilos. Por ese motivo, los autores pueden recibir sugerencias o una versión revisada del texto o ser consultados para solucionar dudas, antes de iniciar el proceso de arbitraje.
3. *Prudentia Iuris* sólo iniciará el proceso de arbitraje de trabajos que se ajusten a las normas de publicación. La adaptación de los originales a las normas de la Revista es responsabilidad de los autores. La Revista no cobra aranceles por el proceso de evaluación de trabajos para publicación.
4. Los textos enviados a *Prudentia Iuris* para las secciones que requieren evaluación por pares serán evaluados por un especialista externo a la Pontificia Universidad Católica Argentina y al Cuerpo Editorial de la Revista, designados por la Dirección de la Revista. Estos textos se someterán a arbitraje según el sistema de “doble ciego” para preservar el anonimato de los autores y de los árbitros. La Dirección Editorial asegurará el anonimato del artículo eliminando del texto y archivo los nombres o referencias al autor.
5. Los árbitros solicitados, previa aceptación del arbitraje, deberán evaluar los trabajos conforme a las normas de publicación, según el formulario correspondiente y guardar confidencialidad respecto a todo lo referido a su intervención como evaluadores.
6. El plazo para la realización del arbitraje desde su aceptación será como máximo de 30 días. Como agradecimiento a su colaboración se le entregará al árbitro un ejemplar del número de la Revista en que hubiere intervenido y se le expedirá un certificado por su actuación. La Revista no publicará los nombres de los árbitros como modo de garantizar el anonimato de la revisión.

7. El dictamen del árbitro deberá indicar: Aprobado - Aprobado con cambios opcionales - Aprobado con cambios obligatorios, a verificar por la Dirección Editorial - Aprobado con cambios obligatorios, a verificar por el árbitro - Rechazado. El dictamen será comunicado al autor, garantizando el anonimato del árbitro. En caso de que se trate de un texto aprobado con sujeción a cambios, el autor contará con un plazo de 30 días para el envío de la nueva versión. Por su parte, en caso que corresponda, el árbitro deberá verificar las correcciones en un plazo de 15 días.
8. En caso de controversia en el proceso de arbitraje, la Dirección de la Revista podrá solicitar la opinión de un segundo árbitro externo. En caso de subsistir la controversia, la cuestión será resuelta por el Comité Editorial de la Revista.
9. En todos los casos, se publicará la fecha de recepción del trabajo y la fecha de su aceptación, sea por el árbitro académico, o bien por la Dirección Editorial, según corresponda.

C) Normas referidas a los autores

1. Los autores se registrarán en el sistema de gestión en línea de la Revista (<http://erevistas.uca.edu.ar/index.php/PRUDENTIA>) para el envío de sus contribuciones, debiendo completar los datos personales y los de la institución a la que pertenecen. El autor deberá indicar además su dirección de correo electrónico para ser publicada en la Revista.
2. Se autorizará a los autores a que publiquen total o parcialmente sus trabajos en otras revistas, siempre y cuando aparezca al comienzo del artículo la referencia del número de *Prudentia Iuris* en el cual haya aparecido.
3. Los autores recibirán como agradecimiento y cortesía dos ejemplares del número de *Prudentia Iuris* en el que fue publicado su artículo.
4. Los autores de los artículos publicados además cederán sus derechos a la editorial, en forma no exclusiva, para que incorpore la versión digital de los mismos al Repositorio Institucional y al Portal de Revistas de la Universidad Católica Argentina como así también a otras bases de datos que considere de relevancia académica. Las obras estarán sujetas a las licencias Creative Commons conforme se indica en el sitio de internet de la revista: <http://erevistas.uca.edu.ar/index.php/PRUDENTIA>.
5. Los autores deberán declarar además todo lo relacionado con algún conflicto de intereses, tales como si la investigación ha sido finan-

- ciada por alguna institución, o si ha sido realizada en el marco de una beca, o si ha existido colaboración de personas que merezcan reconocimiento, etc.
6. Los autores deberán declarar la originalidad de los trabajos enviados conforme a las normas de publicación. La Revista revisará que no se incurra en plagio a través del sistema Plagium (<https://www.plagium.com/>) y de la búsqueda de coincidencias por Google Scholar. En caso de detectarse esta situación, el trabajo será rechazado.
7. La Revista adhiere al Código de ética del Comité de Ética en las Publicaciones (Committee on Publication Ethics - Code of Conduct and Best Practices Guidelines for Journals Editors, COPE) y los autores al remitir los trabajos se comprometen a cumplir tales normas.
8. Para las secciones de Recensiones y Crónicas, excepcionalmente, a criterio de la Dirección Editorial, se aceptarán trabajos de alumnos de grado de destacado desempeño académico.

D. Normas sobre formato y citas bibliográficas

1. Formato de textos
Papel A4; interlineado 1,5; tipo de letra Times New Roman: **NEGRI**TA DE 14 puntos para el título, **negrita** y *cursiva* de 12 puntos para los subtítulos de primer nivel, *cursiva* de 12 puntos para los subtítulos de segundo nivel, 12 puntos para el cuerpo del texto y 10 puntos para las notas a pie de página.
El título deberá ser acompañado además por una versión en inglés en letra **Negrita** de 11 puntos Times New Roman.
2. Citas bibliográficas
La Revista adopta en general las normas internacionales de referencia pautadas por APA (American Psychological Association) que se utilizan en las publicaciones atinentes a las Ciencias Sociales, con la única adaptación de admitir el uso habitual de notas al pie de página como sucede en las revistas jurídicas.
Al final del trabajo se debe incluir la lista de bibliografía utilizada.
Libros: Apellido autor, Iniciales nombre autor. (Año). *Título* en cursiva. Ciudad. Editorial.
Ej. Gilson, É. (1997). *El realismo metódico*. Madrid. Encuentro.
En versión electrónica: Apellido, A. A. (Año). *Título*. Recuperado de <http://www.wwww>.
Ej. Carpintero Benítez, F. (1999). *La ley natural. Historia de un concepto controvertido*. Recuperado de

Capítulo de un libro: Apellido, A. A. “Título del capítulo”. En A. A. Apellido. Título del libro (páginas). Ciudad. Editorial.

Ej. Barrow, R. H. (1980), “El genio práctico romano”. En Barrow, R. H. *Los romanos* (35-48). Buenos Aires, FCE.

Artículos científicos: Apellido autor, Iniciales nombre. (Año). Título del artículo. Nombre de la Revista (cursiva), Volumen, Número, Páginas.

Ej. De Martini, S. M. A. (Junio 2013). Raíces ideológicas de la perspectiva de género. *Prudentia Iuris*, Nro. 75, 67-89.

Conferencias, Ponencias en Simposio o Congresos: Apellido autor (es), Iniciales nombre. (Año). Título de la conferencia o ponencia. “En” Nombre del editor (Ed.), Nombre del Congreso, Simposio o Jornada (cursiva) (páginas). Ciudad. Editorial.

Ej. Arias de Ronchietto, C. E. (2003). Reglamentación legal de la filiación por dación o abandono del concebido crioconservado y reglamentación legal de las técnicas de procreación humana asistida en la República Argentina. En Casiello, J. J. y Nicolau, N. L. (Eds.), *XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Tomo 1, 37-44). Rosario. Lux.

Artículo de diario: Apellido autor, inicial del nombre (año, día y mes). Título del artículo. Nombre del diario (cursiva), páginas.

Ej. Ventura, A. (2013, 29 de noviembre). La Corte se distancia de la aprobación del proyecto sin consenso. *La Nación*, 7.

La Dirección de *Prudentia Iuris* se reserva el derecho de ajustar el estilo del aparato crítico a las normas de la Revista.