



ISSN 2684-057X

Revista Jurídica Austral

Publicación científica de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral

Volumen 5. Número 2. Diciembre de 2024

Buenos Aires

Argentina



ISSN 2684-057X

Revista Jurídica Austral

Publicación científica de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral

Volumen 5. Número 2. Diciembre de 2024

Buenos Aires

Argentina

Equipo editorial

Director

Alfonso Santiago (Universidad Austral, Argentina)

Directores ejecutivos

Andrés A. Arla (Universidad Austral, Argentina)

Miguel A. Rapela (Universidad Austral, Argentina)

Consejo editorial

Manuel José García-Mansilla (Universidad Austral, Argentina)

Miriam M. Ivanega (Universidad Austral, Argentina)

María Valentina Aicega (Universidad Austral, Argentina)

Pedro Rivas Palá (Universidad de La Coruña, España/Universidad Austral, Argentina)

Andrés Sánchez Herrero (Universidad Austral, Argentina)

Juan B. Etcheverry (Universidad Austral, Argentina)

Comité científico

John Finnis (Oxford University, Reino Unido)

Lawrence Solum (Georgetown University, Estados Unidos)

Alberto B. Bianchi (Universidad Católica Argentina/Universidad Austral, Argentina)

Rodolfo L. Vigo (Universidad Austral, Argentina)

Rafael Navarro Valls (Universidad Complutense de Madrid, España)

Verónica Rodríguez Blanco (Surrey University, Reino Unido)

Guillermo J. Yacobucci (Universidad Austral, Argentina)

Jesús María Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra, España)

Andrés Ollero Tassara (Universidad Rey Juan Carlos, España)

Juan Carlos Cassagne (Pontificia Universidad Católica Argentina/Universidad de Buenos Aires, Argentina)

Isabel Trujillo (Università Degli Studi di Palermo, Italia)

Juan Cianciardo (Universidad de Navarra, España)

Alfonso F. Miranda Campoamor (Universidad Complutense de Madrid, España)

María Carmelina Londoño (Universidad de La Sabana, Colombia)

Jaime Rodríguez Arana Muñoz (Universidad de La Coruña, España)

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

Frida M. Armas Pfirter (Universidad de Buenos Aires/Universidad Austral, Argentina)

Sergio Díaz Ricci (Universidad Nacional de Tucumán, Argentina)

Encarnación Fernández Ruíz Gálvez (Universidad de Valencia, España)

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

Armando S. Andruet (Universidad Católica de Córdoba, Argentina)

Eduardo Soderó (Universidad del Litoral, Argentina)

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas (Universidad de Buenos Aires/Universidad Católica de Salta, Argentina)

Pablo Luis Manili (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

Equipo técnico

Lucila Scibona (edición, corrección, diagramación)

Ángeles A. Boris (coordinación y gestión de contenidos digitales)

Asistentes editoriales

María Isabel Negre y Claudia Saleme

Revista Jurídica Austral

ISSN 2684-0537

<https://ojs.austral.edu.ar/index.php/juridicaaustral>

revistajuridicaaustral@austral.edu.ar

Tel.: 011-5239-8000

Universidad Austral

Facultad de Derecho

Sede Bs. As.: Cerrito 1250 (C1010AAZ), CABA

Sede Pilar: M. Acosta 1611 (B1629WWA), Pilar

Buenos Aires, Argentina

PRESENTACIÓN

A cinco años de su fundación y en el marco de este especial aniversario, les presentamos a nuestros apreciados lectores un nuevo número de la Revista Jurídica Austral (Volumen 5, Número 2, diciembre de 2024).

Desde el inicio del proyecto editorial y hasta nuestros días, hemos tenido la satisfacción de haber editado cinco volúmenes anuales que comprenden diez números semestrales, en los que han publicado sus contribuciones 113 autores argentinos y extranjeros de distinta filiación académica y profesional. En las tres secciones de la Revista (Artículos de investigación; Análisis, crónicas y comentarios, y Recensiones) se han clasificado 94 artículos de investigación, 29 trabajos de análisis y 20 recensiones.

Debemos incluir en este activo inmaterial la incorporación e indexación de la RJA en 37 bases de datos, directorios y repositorios de relevancia institucional y académica. Esto ha despertado, sin dudas, un interés especial en un gran número de autores y lectores que han visto enriquecidas sus oportunidades de publicar y obtener trabajos académicos rigurosos que redundan en aportes significativos para sus investigaciones o para el desempeño de sus actividades profesionales. Por otro lado, la fuerte y diversificada indexación de la Revista les aporta un alto grado de visibilidad a sus contribuciones, lo que impacta en los resultados o en las métricas esperadas.

A los fines de fortalecer este proceso, que crece y se desarrolla día a día, durante el corriente año se han incorporado tres nuevos miembros al Consejo Editorial con una trayectoria y prestigio académico indiscutidos: no nos cabe ninguna duda de que la presencia y el trabajo de las doctoras Miriam Ivanega y Valentina Aicega, junto con el Dr. Andrés Sánchez Herrero, le imprimirán a la RJA un impulso adicional al que ya viene teniendo. Asimismo, se ha incorporado también a la dirección ejecutiva el Dr. Miguel Ángel Rape-la, profesor de nuestra casa y director ejecutivo de Universidad Austral Ediciones.

En este número que nos toca presentar, les compartimos los trabajos de investigación de los doctores Matías Toselli (Universidad de San Andrés, Argentina): “Eximentes de responsabilidad penal y graves violaciones a los derechos humanos: un estudio sobre la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana”; David Parra Gómez (Universidad de Murcia, España): “El control del Poder Legislativo al Gobierno en Argentina y España: corolario y propuestas a la luz de su análisis comparado”; Pasquale Gianniti (Consiglieri de la Corte Surepma de Cassazioni, Roma, Italia): “El largo camino de los derechos de la persona”; Federico Menendez (Universidad Austral, Argentina): “Esclareciendo el concepto de objeción de ciencia”; Ricardo Greco Bastianelli (Universidad de Mendoza, Argentina): “La realidad jurídica según Massini-Correas: reconstrucción y desarrollo de su concepto de derecho”; Carlos Alberto Pinedo Sandoval (Universidad de Piura, Perú): “Pertenencia a una organización

criminal. ¿Derecho penal de autor en Perú y derecho penal de acto en Argentina?"; Percy Vladimiro Bedoya Perales (Universidad Católica de San Pablo, Perú): "Aproximación crítica al delito de maltrato animal en el Código Penal peruano: ¿es posible tutelar el bienestar animal desde el derecho penal?"; Noelia Anahí Viegas (Universidad de Buenos Aires/Universidad Austral, Argentina): "Análisis comparado del instituto gran jurado y su viabilidad en el derecho penal argentino"; Blanca Lizbeth Carrasco Delgado (Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Perú): "La regulación del blockchain en el Perú y su incidencia en la emisión y creación de títulos valores". En la sección Análisis, Crónicas y comentarios, destacamos las contribuciones del profesor Juan Ylarri (Universidad de Buenos Aires/Universidad Austral, Argentina): "Los rostros del populismo"; Nicolás Negri (Universidad Austral, Argentina): "Tutela legal y constitucional de la persona humana a partir de Karol Wojtyła"; Ezequiel Caride (Pontificia Universidad Católica Argentina, Argentina): "Noción de persona humana. El poder y la gloria"; Dolores Repetto (Universidad de Buenos Aires, Argentina): "Acerca de Principia Ethica" y Carlos Sánchez Más (Universidad de San Juan, Argentina): "Uso del agua en cuencas hídricas interprovinciales. Análisis de la causa La Pampa, Provincia de c/Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación".

En la última sección (Recensiones), podrán acceder a los trabajos de Rocío Evelyn Buossi (Universidad de Buenos Aires, Argentina): Derecho procesal penal alemán y argentino de Klaus Volk, Kai Ambos y Pablo Larsen (Hammurabi, Buenos Aires, 2023) y de Nicolás Salvi (Universidad San Pablo Tucumán/UBA, Argentina): *Il Dramma del Giudizio* de Alessio Lo Giudice (Milano-Udine, Mimesis. 2023).

Los invitamos a disfrutar de la lectura de estas destacas investigaciones y trabajos académicos.

Aprovechamos la publicación de este nuevo número para informar que a partir del 1 de enero de 2025 se sumará a la Dirección Ejecutiva de nuestra Revista el Mg. Luciano Ruhl, quien reemplazará en ese cargo al Mg. Andrés Arla, a quien le agradecemos profundamente todos estos años de trabajo para concretar el proyecto de la Revista Jurídica Austral. Su aportación y compromiso personal con el proyecto ha resultado de un valor incalculable.

Finalmente, y ante la proximidad de las fiestas navideñas y de fin de año, queremos desearles a todos una muy ¡Feliz Navidad y un próspero Año Nuevo!

Buenos Aires, diciembre de 2024

Académico Dr. Alfonso Santiago
Director

Mg. Andrés Arla
Director ejecutivo

Dr. Miguel A. Rapela
Director ejecutivo

ÍNDICE

Artículos de investigación

- 679 Eximentes de responsabilidad penal y graves violaciones a los derechos humanos: un estudio sobre la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana
Matías Toselli
- 725 El control del Poder Legislativo al Gobierno en Argentina y España: corolario y propuestas a la luz de su análisis comparado
David Parra Gómez
- 755 El largo camino de los derechos de la persona
Pasquale Gianniti
- 819 Esclareciendo el concepto de objeción de ciencia
Federico G. Menendez
- 853 La realidad jurídica según Massini-Correas: reconstrucción y desarrollo de su concepto de derecho
Ricardo Greco
- 887 Pertenencia a una organización criminal. ¿Derecho penal de autor en Perú y derecho penal de acto en Argentina?
Carlos Alberto Pinedo Sandoval
- 913 Aproximación crítica al delito de maltrato animal en el Código Penal peruano: ¿es posible tutelar el bienestar animal desde el derecho penal?
Percy Vladimiro Bedoya Perales
- 957 Análisis comparado del instituto gran jurado y su viabilidad en el derecho penal argentino
Noelia Anahí Viegas
- 1003 La regulación del *blockchain* en el Perú y su incidencia en la emisión y creación de títulos valores
Blanca Lizbeth Carrasco Delgado

Análisis, crónicas y comentarios

- 1029 Los rostros del populismo
Juan Santiago Ylarri
- 1049 Tutela legal y constitucional de la persona humana a partir de Karol Wojtyła
Nicolás Jorge Negri
- 1069 Noción de persona humana. El poder y la gloria
Ezequiel Caride
- 1087 Acerca de *Principia Ethica*
María Dolores Repetto

- 1111 Uso del agua en cuencas hídricas interprovinciales. Análisis de la causa *La Pampa, Provincia de c/Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación
Carlos Sánchez Mas

Recensiones

- 1135 *Derecho procesal penal alemán y argentino*
de Klaus Volk, Kai Ambos y Pablo Larsen
Rocío Evelyn Buosi

- 1141 *Il Dramma del Giudizio*
de Alessio Lo Giudice
Nicolás Salvi

Sobre los autores

1145

Normas editoriales

1151

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PENAL Y GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS: UN ESTUDIO SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA

Matías Toselli

Universidad de San Andrés

mtoselli@udesa.edu.ar

Recibido: 26/08/2024

Aceptado: 22/10/2024

Resumen

La supuesta obligación internacional de los Estados de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de violaciones a los derechos humanos encuentra un impedimento en la existencia de disposiciones internas e internacionales que establecen eximentes de responsabilidad en favor de los acusados. Durante las últimas décadas, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos ha intentado resolver este dilema, tratando de determinar en qué medida la punición de los responsables debe prevalecer por sobre derechos que limitan la responsabilidad penal de cada individuo. Habiendo analizado la totalidad de las sentencias dictadas por la Corte, en este trabajo propongo dividir su jurisprudencia en tres etapas, cada una de ellas caracterizada por un abordaje jurídico diferente del problema. Tal división hace posible entender la evolución en el razonamiento jurídico de la Corte Interamericana e identificar con mayor precisión la posición actual sostenida por el tribunal. Asimismo, permite analizar críticamente cada uno de los cambios experimentados y puntualizar con mayor precisión algunas falencias persistentes en su argumentación.

Palabras clave: Corte Interamericana de Derechos Humanos, eximentes de responsabilidad, garantías penales, graves violaciones a los derechos humanos, lucha contra la impunidad.

Defenses to Criminal Liability and Serious Human Rights Violations: A Study on the Evolution of the Inter-American Court's Jurisprudence

Abstract

The alleged international obligation of States to investigate, prosecute, and punish those responsible for human rights violations is impeded by the existence of domestic and international provisions that establish defenses to liability in favor of the accused. During the last decades, the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights has attempted to resolve this dilemma, trying to determine to what extent the punishment of those responsible should prevail over rights that limit the criminal liability of each individual. Having analyzed all the judgments handed down by the Court, in this paper I propose to divide its jurisprudence into three stages, each characterized by a different legal approach to the problem. Such a division makes it possible to understand the evolution of the legal reasoning of the Inter-American Court and to identify with greater precision the current position held by the Court. It also makes it possible to critically analyze each of the changes undergone and to point out with greater precision some persistent shortcomings in its argumentation.

Key words: Inter-American Court of Human Rights, defenses to liability, criminal guarantees, serious human rights violations, fight against impunity.

1. Introducción¹

A casi cuatro décadas de la resolución de su primer caso, uno de los desarrollos más sobresalientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte” o “Corte IDH”) sin dudas consiste en justificar la existencia de una obligación internacional por parte de los Estados de investigar a los responsables de violaciones a los derechos humanos. La tarea del Estado no se agota en evitar la comisión de ilícitos, sino que también incluye el deber de “investigar seriamente [...] las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”.² A pesar de que las fuentes mismas de la obligación no están libres de cuestionamientos,³ su control se ha

1 Agradezco a J. Sebastián Elías por sus detallados comentarios sobre las primeras versiones del escrito y a Patricio Nazareno por introducirme en la investigación de muchas de las discusiones que sirven de contexto al presente estudio. También deseo agradecer al equipo editorial de la Revista Jurídica Austral por su asistencia a lo largo del proceso de publicación.

2 Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Fondo, Sentencia, 29/07/1988, Serie C, Nro. 4, párrs. 172-177; *Godínez Cruz vs. Honduras*, Fondo, Sentencia, 20/01/1989, Serie C, Nro. 5, párrs. 184, 187. Ver también Leyh (2016, p. 564), Teitel (2015, pp. 397-398) y Naddeo (2012, p. 198).

3 No forma parte de este trabajo el estudio en profundidad de las fuentes jurídicas en que la Corte ha

vuelto habitual en la jurisprudencia interamericana, al igual que su correspondiente imposición como parte de los remedios ordenados por el tribunal a los Estados.⁴

Aunque atractiva, esta idea de combatir la impunidad de las violaciones de derechos humanos puede encontrar un obstáculo de índole jurídica: la existencia de garantías penales y beneficios en favor de los imputados que limitan el alcance del poder punitivo del Estado (Baluarte, 2012, p. 315). La propia Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), y prácticamente la totalidad de las legislaciones domésticas, reconocen o tienden a reconocer una serie de derechos que impiden el avance de procedimientos penales⁵ cuando, por ejemplo, una sentencia firme declaró la inexistencia de responsabilidad del acusado,⁶ el paso del tiempo conllevó la prescripción de la acción,⁷ la responsabilidad que se imputa está basada en la aplicación retroactiva de la legislación penal⁸ o el imputado goza de exenciones de responsabilidad conferidas a través de indultos o amnistías dispuestas de acuerdo con la normativa aplicable.⁹

Como las respectivas defensas de los Estados demandados frente a la Corte no tardaron en sugerir, la existencia de tales eximentes legales de responsabilidad genera un dilema acerca de hasta qué punto puede exigirse al Estado el cumplimiento de su obligación de investigar, juzgar y sancionar posibles delitos. En la medida en que se respete la aplicación de limitaciones a la responsabilidad penal de los individuos (muchas veces relacionadas con derechos fundamentales de las democracias liberales como el derecho de defensa), el Estado se verá impedido de concluir eficazmente procedimientos penales. Por

basado sus conclusiones acerca de la existencia de una obligación de investigar, juzgar y sancionar violaciones de derechos humanos, sino que —para esta ocasión— se la asumirá como una de las obligaciones que un Estado podría considerar en el plano internacional. Para un análisis crítico acerca de la construcción hecha por la Corte, ver Elias (2011).

- 4 Ver Engle (2015), quien caracteriza a la jurisprudencia de la Corte sobre el tema como la base del giro antiimpunidad adoptado por el movimiento en defensa de los derechos humanos.
- 5 A los fines del presente trabajo, y sin perjuicio de distinciones que puedan realizarse oportunamente, denominaré a todos estos institutos genéricamente como “excluyentes” o “eximentes” de responsabilidad.
- 6 Ver CADH, artículo 8.4, que establece la prohibición de doble juzgamiento.
- 7 Ver CADH, artículo 8.1, que establece el derecho de toda persona a ser oída dentro de un plazo razonable).
- 8 Ver CADH, artículo 9, que prohíbe la imposición al acusado de una pena más grave que la aplicable al momento de la comisión del delito, pero estableciendo que el acusado se beneficiará de las penas más leves que disponga la ley con posterioridad a la comisión del delito.
- 9 Ver CADH, artículo 4(6), que dispone la posibilidad de dictar amnistías, indultos o conmutación de penas en casos especiales.

el contrario, la punición acérrima de los involucrados podría devenir en la inobservancia por parte del Estado de sus garantías penales, algunas de ellas reconocidas también con carácter de derechos humanos.¹⁰

Mucho se ha escrito ya sobre las virtudes y falencias del control ejercido por la Corte IDH respecto de la punición interna de delitos.¹¹ En este trabajo, me propongo concretamente analizar y sistematizar la evolución en el razonamiento de la Corte al momento de dar respuesta al dilema identificado, otorgando primacía ya sea a la punición de las violaciones de derechos humanos o a la aplicación de posibles garantías en favor de los imputados. Poder clarificar tal razonamiento, incluyendo sus eventuales variaciones, resulta fundamental para definir los límites actuales a las obligaciones internacionales de los Estados y el posicionamiento que estos deberán asumir ante la aplicación de eximentes de responsabilidad en el futuro. Asimismo, para el análisis crítico, reconocer la evolución de la jurisprudencia permite evadir errores que los jueces mismos han intentado esquivar y, en caso de disentir con el viraje, formular observaciones a sabiendas de los problemas jurídicos que poseen los enfoques previos.

Del estudio de la totalidad de los casos contenciosos decididos hasta el momento puede evidenciarse que la respuesta dada al problema no fue unívoca.¹² Si bien la Corte se mostró abierta a declarar la inaplicabilidad de eximentes de responsabilidad que obstaculicen la conclusión de procedimientos judiciales,¹³

10 Ver, por ejemplo, Corte IDH, *Mina Cuero vs. Ecuador*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 07/09/2022, Serie C, Nro. 464, párr. 103, que reconoce que la CADH les impone a los Estados la obligación de respetar el principio de *ne bis in idem*, prohibiendo el doble juzgamiento de los individuos. Este problema fue advertido igualmente por cortes locales. Ver Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), *Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción de la acción penal*, 23/12/2004, Fallos: 327:5668, voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni, § 16, que advierte que, frente a la orden de la Corte IDH a la Argentina de continuar con las investigaciones penales pese a la prescripción de la acción penal, “se plantea la paradoja de que sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Interamericana”; Suprema Corte de Justicia (Uruguay), *AA - Denuncia. Excepción de Inconstitucionalidad Ley N° 18.831 y Casación Penal*, 25/09/2017, Sentencia Nro. 680/2017, § II.

11 Ver, por ejemplo, Hillebrecht et al. (2018), Engle (2015), Malarino (2012).

12 A la fecha de presentación de este trabajo para su publicación, en total se registran 520 sentencias dictadas por la Corte IDH en el marco de casos contenciosos, incluyendo decisiones sobre excepciones preliminares, responsabilidad, reparaciones y solicitudes de interpretación.

13 Ver Cavallaro y O’Connell (2020, pp. 45-46), que remarcan que tanto la Comisión Interamericana como la Corte ocuparon históricamente el rol de deslegitimar jurídicamente aquellas disposiciones de derecho internos, como las leyes de amnistía, que tenían por finalidad asegurar la impunidad de violaciones de derechos humanos; Contesse (2019, p. 188), que describe que la jurisprudencia interamericana no se limitó a declarar la inaplicabilidad en ciertos contextos de leyes de amnistía,

han ido variando tanto los fundamentos jurídicos invocados como el alcance de sus decisiones, al punto de que una misma situación fáctica podría llegar a tener soluciones diferentes dependiendo de la etapa de la jurisprudencia que se tome.

A los fines del presente trabajo, propongo una división de la jurisprudencia de la Corte IDH en tres etapas, cada una de las cuales demuestra un abordaje diferente respecto de la obligación de investigar violaciones a los derechos humanos cuando la responsabilidad penal de los individuos se encuentra jurídicamente limitada.

En el apartado 2 introduciré la primera etapa que caracteriza a la jurisprudencia la Corte, en la cual se declara la primacía absoluta del deber de investigación de los Estados con base en la jerarquía del ordenamiento internacional por sobre las disposiciones del orden interno. En el apartado 3, describiré una segunda etapa, en la que se reconoce la existencia de violaciones particularmente graves a los derechos humanos basadas en el quebrantamiento de normas inderogables de derecho internacional, y cuya gravedad impediría la aplicación de eximentes de responsabilidad en los casos identificados por el tribunal. En el apartado 4, hablaré de una tercera y última etapa, que mantiene el reconocimiento de graves violaciones a los derechos humanos como la base para la inaplicabilidad de ciertas garantías, pero plantea un estrechamiento de su definición al solaparla con los llamados “crímenes internacionales”. En el apartado 5, plantearé algunos problemas persistentes en el razonamiento contemporáneo del tribunal y finalizaré con algunas conclusiones.

2. Primera etapa: la imposibilidad de los Estados de excusar sus obligaciones de investigar y sancionar violaciones a los derechos humanos

La necesidad de clarificar los efectos que podrían tener los eximentes de responsabilidad respecto de las obligaciones internacionales de los Estados no tardó en hacerse presente. Frente a las solicitudes de que se condenara a los Estados a impulsar los correspondientes procedimientos judiciales en contra de posibles partícipes en la violación de derechos humanos, la parte demandada comenzó a invocar la necesidad de respetar los derechos reconocidos a los acusados en sus legislaciones internas y que resultaban en la exclusión de responsabilidad penal.¹⁴

sino también de algunos de los principios esenciales del derecho penal, como la cosa juzgada y la prohibición de aplicación de leyes retroactivas); Tittmore (2006, pp. 439-440).

14 Corte IDH, *Loayza Tamayo vs. Perú*, Reparaciones y Costas, Sentencia, 27/11/1998, Serie C, Nro.

La respuesta inicial de la Corte IDH estuvo dada a través de su sentencia en el caso *Loayza Tamayo c. Perú*, donde el Estado se excusó de concluir las investigaciones de posibles violaciones cometidas durante la última dictadura militar con base en la Ley de Amnistía sancionada en el país. La defensa, no obstante, fue rechazada por la Corte. Por primera vez, el tribunal declaró la imposibilidad de invocar normas del ordenamiento interno a los fines de excusarse de dar cumplimiento a obligaciones de investigar posibles violaciones de derechos humanos. El razonamiento fue expuesto en los siguientes términos:

*Los Estados no pueden, para no dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales, invocar disposiciones existentes en su derecho interno, como lo es en este caso la Ley de Amnistía expedida por el Perú, que a juicio de esta Corte, obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia.*¹⁵

Sin decirlo expresamente, la Corte resuelve la cuestión por referencia a una regla ampliamente difundida de responsabilidad internacional: un Estado no puede excusarse del cumplimiento de sus obligaciones internacionales mediante la invocación de disposiciones de carácter interno.¹⁶ En la medida en que, a juicio del tribunal, la obligación de investigar violaciones de derechos humanos tendría reconocimiento a nivel internacional (comenzando por la propia CADH), desde una perspectiva de derecho internacional, ninguna disposición de carácter interno podría obstaculizar su cumplimiento por parte del Estado, el cual estaría incurriendo en un acto de responsabilidad.

Planteado en estos términos, en la medida en que se acepte la premisa de que existe una obligación, el razonamiento propuesto concluiría de manera más o menos lineal en la presencia de un caso de responsabilidad del Estado. Pero no finaliza allí. La conclusión alcanzada por la Corte fue que el Estado mantiene su obligación internacional de investigar los delitos cometidos y, como parte de ello, tomar las medidas necesarias para que sus obligaciones

42, párr. 167.

15 Corte IDH, *Loayza Tamayo vs. Perú*, Reparaciones y Costas, Sentencia, 27/11/1998, Serie C, Nro. 42, párr. 168 (énfasis agregado).

16 Esta regla se encuentra cristalizada en, por ejemplo, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT). Ver también Corte Internacional de Justicia, *Aplicabilidad de la obligación de someter una controversia a arbitraje con arreglo a la sección 21 del Acuerdo de 26 de junio de 1947 relativo a la sede de las Naciones Unidas*, Opinión Consultiva, 26/04/1988, párr. 57, que califica a la prevalencia del derecho internacional por sobre el derecho interno como un principio fundamental del derecho internacional.

de derecho interno no interfieran con ese cometido.¹⁷ Tal conclusión refleja (o debería reflejar) una idea de jerarquía en el razonamiento de la Corte, que entiende que la imposibilidad de excusar obligaciones internacionales necesariamente requiere, al mismo tiempo, que el Estado ajuste sus obligaciones de carácter interno. Bajo esta lectura, el derecho internacional (a través de una de sus normas fundamentales) eliminaría la posibilidad de que exista una incompatibilidad entre los ordenamientos.

En un voto razonado de los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli, esta referencia a la dicotomía entre obligaciones internacionales y obligaciones domésticas se acentúa, enfatizando la incompatibilidad de medidas del derecho interno dictadas por los Estados y la “realización de la justicia” impuesta por la CADH.¹⁸ En el marco del sistema interamericano, de acuerdo con los jueces, la prevalencia del ordenamiento internacional se ve particularmente materializada a través del artículo 2 de la CADH, por el que los Estados se habrían comprometido a la adecuación de sus respectivos ordenamientos internos a la protección internacional de los derechos humanos.¹⁹

La consecuencia de este razonamiento expuesto por la Corte no es otra que la imposibilidad absoluta del Estado de excusarse de investigar, juzgar y sancionar a posibles involucrados en la comisión de violaciones, sin perjuicio de derechos y garantías penales de las que pudiesen gozar los imputados. Ninguna diferencia se realiza en cuanto al tipo de transgresión cometida, sino que el foco se coloca directamente en el carácter internacional de la obligación, el cual sería inherente a todo derecho humano protegido por la CADH y primaría sobre cualquier tipo de excluyente de responsabilidad penal que reconozcan las legislaciones internas. Aún más, desde esta perspectiva, la falta de alineación entre el ordenamiento doméstico y el ordenamiento internacional debe ser

17 Corte IDH, *Loayza Tamayo vs. Perú*, Reparaciones y Costas, Sentencia, 27/11/1998, Serie C, Nro. 42, párrs. 171, 192(5)-192(6).

18 Corte IDH, *Loayza Tamayo vs. Perú*, Reparaciones y Costas, Sentencia, 27/11/1998, voto razonado de los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli, Serie C, Nro. 42, párr. 3. En la nota al pie número 2 del voto razonado, los jueces introducen por primera vez una referencia a “graves” violaciones a los derechos humanos. Sin embargo, ninguna parte de su razonamiento, al menos en ese momento, parece haber otorgado relevancia alguna a tal clasificación, en la medida en que resulta aplicable a cualquier tipo de violación, sin perjuicio de la particular gravedad que algunas pueden tener sobre otras.

19 Corte IDH, *Loayza Tamayo vs. Perú*, Reparaciones y Costas, Sentencia, 27/11/1998, voto razonado de los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli, Serie C, Nro. 42, párr. 4. Ver CADH, artículo 2: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

contemplada como un error a ser remediado por los Estados para cumplir con sus obligaciones internacionales.

Esta dicotomía entre obligaciones de derecho internacional y disposiciones de carácter interno careció de repercusión en la jurisprudencia futura sobre el tema, con la salvedad de contadas excepciones en que la Corte habría intentado fomentar un mayor grado de punición por parte de los Estados. En *Bulacio c. Argentina*, la declaración de inoponibilidad de disposiciones de prescripción en favor de los acusados de cometer tortura durante un interrogatorio policial parece haber seguido estos mismos fundamentos, haciendo énfasis en el carácter interno del eximente de responsabilidad invocado y en su inadmisibilidad respecto del juzgamiento de cualquier delito que conlleve la violación de un derecho humano.²⁰

Como daría cuenta el rápido abandono de esta línea argumentativa, incluyendo su falta de seguimiento en futuros casos, este acercamiento inicial al problema basado en el carácter internacional de la obligación de juzgar —o, puesto de otra forma, el carácter doméstico de los eximentes invocados— se halla sujeto a problemas considerables.

La primera de estas falencias es que la Corte parte de una premisa jurídica incorrecta cuando asume que la imposibilidad de los Estados de excusar sus obligaciones internacionales con base en el derecho interno necesariamente implica un ajuste o adecuación del ordenamiento doméstico. Cuando el derecho internacional limita las defensas a ser invocadas por los Estados ante una acusación, lo hace con el fin de determinar su responsabilidad en el plano internacional (Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados [CNUDT], 1968, p. 158), refiriendo a los Estados en su carácter de actores internacionales capaces de infringir los acuerdos alcanzados con otros Estados (Binder, 2011, p. 1216). De tal pauta, sin embargo, no se deriva que los órganos domésticos deban desviarse de lo impuesto por el derecho interno, cuya relación con el derecho internacional deberá estar regulada por la legislación específica de cada Estado (Schmalenbach, 2018, p. 494). El derecho internacional no regula, al menos a través de la disposición invocada, su jerarquía hacia dentro de cada ordenamiento jurídico.

20 Corte IDH, *Bulacio vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 18/09/2003, Serie C, Nro. 100, párrs. 116-117. Como veremos, la aparición de estos casos dentro de la jurisprudencia de la Corte IDH resulta en alguna medida asistemática, ya que rompen con los enfoques que mayoritariamente ha seguido el tribunal para resolver el problema. Ver Mégret y Calderón (2015, p. 434), que caracterizan a la decisión de la Corte en *Bulacio* como un intento de la Corte por limitar la prescripción penal en relación con cualquier violación de derechos humanos en general.

La Corte IDH falla en reconocer esa limitación. Contrario a lo que sostuvo durante su primera etapa, de la imposibilidad de excusar la responsabilidad internacional con base en la legislación interna no se sigue la conclusión de que exista una jerarquía absoluta entre ambos ordenamientos y, sobre todo, que el derecho interno siempre deba ceder frente a las normas internacionales al momento de ser aplicado en procedimientos judiciales internos. El énfasis realizado por algunos de los jueces en el compromiso de los Estados a adoptar regulaciones que aseguren la efectividad de los derechos y libertades reconocidos en la CADH (artículo 2) tampoco resuelve el “salto” en la argumentación del tribunal. De la mera existencia de un compromiso de adoptar medidas no se sigue que automáticamente obligaciones de carácter interno cedan frente a obligaciones de carácter internacional, sobre todo cuando es la propia CADH la que especifica que su aplicación no puede ir en detrimento de otros derechos que los Estados hayan buscado conferir a través de su legislación.²¹

El razonamiento de la Corte plantea otro problema aún más importante. Incluso asumiendo que la regla invocada podría reconocer algún tipo de jerarquía del ordenamiento internacional por sobre el doméstico, seguiría siendo jurídicamente incapaz de resolver el problema relativo al respeto que merecen los derechos de los acusados. Como vimos, las garantías penales de los individuos suelen formar parte de normas internacionales a cuyo cumplimiento también se hallan obligados los Estados, no pudiendo ser dejadas de lado meramente recordando la prioridad del orden internacional por sobre el doméstico. En la medida en que ambos valores en juego (juzgamiento de responsables y respeto de garantías penales) representan obligaciones de los Estados reconocidas internacionalmente, la prevalencia del derecho internacional no resulta ni aplicable ni suficiente para dar respuesta al dilema, con la excepción de aquellos supuestos en que la medida invocada fuese de índole enteramente local.

El recurso a la dicotomía entre derecho internacional y derecho interno es, asimismo, impermeable a posibles diferencias en la gravedad de los ilícitos cometidos. En la teoría, la regla invocada (de ser correcta) aseguraría la imposibilidad de hacer valer las garantías penales de los individuos respecto de la violación de cualquier derecho previsto a nivel internacional. Sin ir más lejos, la propia CADH prevé una larga lista de derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, todos los cuales requieren una protección fuerte por parte de los Estados, pero sin que ello signifique reconocer un mismo efec-

21 CADH, artículo 29(b).

to respecto de la aplicación de garantías penales. Asumir lo contrario implica desconocer la práctica unánime de todos los Estados del mundo de disponer efectos diferenciados para diferentes tipos de delitos según su gravedad. Incluso la propia CADH, dentro de su texto, reconoce la necesidad de que las consecuencias previstas por cada ordenamiento difieran en función de la gravedad de los delitos.²² Por tal motivo, una construcción del derecho internacional que simplemente abandone tales matices no resulta convincente ni a la luz de la práctica de los Estados ni del texto de la Convención.

Los cuestionamientos expuestos en los párrafos anteriores explicarían el primer viraje experimentado por la jurisprudencia interamericana hacia una construcción más refinada de los límites de las obligaciones de los Estados a nivel internacional. Se analiza este cambio a continuación.

3. Segunda etapa: la afectación de intereses inderogables como fundamento para la inaplicabilidad de eximentes de responsabilidad

Luego del primer abordaje, la jurisprudencia interamericana nos muestra un refinamiento tanto en el razonamiento que subyace a la inaplicabilidad de eximentes de responsabilidad como en la cantidad de casos potencialmente alcanzados. Mientras que el primer enfoque consistió en alegar una supuesta jerarquía del derecho internacional (con su respectiva inclusión de los derechos humanos) por sobre las garantías penales del derecho doméstico, la jurisprudencia de la Corte comenzó a adentrarse en lo que marcaría su desarrollo en las siguientes décadas: la identificación de ciertas violaciones que, por su severidad, conllevarían una imposibilidad absoluta de eximir de responsabilidad a sus perpetradores.

La decisión de la Corte en el caso *Barrios Altos c. Perú* señala el inicio de esta nueva etapa. Otra vez en un caso enmarcado en las violaciones de derechos humanos cometidas durante el Gobierno de Alberto Fujimori en Perú, la aplicación de autoamnistías y otros eximentes de responsabilidad volvieron a ser invocados por el Estado demandado como una imposibilidad para impulsar y culminar las investigaciones penales de los presuntos responsables. Frente a tales alegaciones, la Corte volvió a dejar en claro su improcedencia para excusar la responsabilidad internacional de la parte demandada. Pero, apartándose de su propio precedente, el razonamiento del tribunal ya no fue el mismo.

22 CADH, artículo 4(2), la cual dispone que la pena de muerte únicamente puede preverse respecto de los delitos “más graves”.

En esta ocasión, en lugar de invocar la aplicación lisa y llana del principio de jerarquía del derecho internacional por sobre el derecho doméstico —que, como vimos, resulta inadecuado para resolver el conflicto—, la Corte acudió a la noción de “inderogabilidad” de normas en el plano internacional. Según su razonamiento, la inaplicabilidad de disposiciones de carácter interno que precluyan la investigación de violaciones de derechos humanos ya no vendría dada por el mero carácter internacional de las obligaciones del Estado, sino más bien porque el incumplimiento de tales obligaciones atentaría contra normas de carácter inderogable:

[S]on inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.²³

Como el juez Cançado Trindade precisó en su voto concurrente, la noción de inderogabilidad en el derecho internacional refiere a aquel núcleo básico de normas asociadas al concepto de *jus cogens*.²⁴ Este recurso hacia normas de orden superior, lejos de ser en vano, resuelve el problema de la simetría que existe entre la obligación internacional del Estado de juzgar violaciones cometidas contra los derechos humanos y su obligación internacional de garantizar los derechos de los imputados. Cualquiera sea la fuente de las garantías que obstaculicen el avance de los procedimientos penales, en ningún caso pueden válidamente derogar la obligación del Estado de investigar y juzgar ciertos crímenes en el ámbito internacional en tanto sean consideradas con carácter inderogable.

La precisión realizada viene acompañada por un correlativo achicamiento del mundo de supuestos en que la responsabilidad de los Estados podría verse involucrada pese a la aplicación de garantías penales. Ya no toda violación de derechos reconocidos internacionalmente conllevaría la inaplicabilidad automática de eximentes de responsabilidad, sino sólo en aquellos casos en que se vean comprometidos derechos de carácter inderogable o *jus cogens*. ¿Cuándo se

23 Corte IDH, *Barrios Altos vs. Perú*, Fondo, Sentencia, 14/03/2001, Serie C, Nro. 75, párr. 41 (énfasis agregado).

24 Corte IDH, *Barrios Altos vs. Perú*, Fondo, Sentencia, 14/03/2001, voto concurrente del juez Cançado Trindade, Serie C, Nro. 75, párrs. 10-11.

produce tal incompatibilidad entre garantías penales y la obligación del Estado de poner fin a la impunidad? La Corte IDH responde a esta pregunta por referencia al concepto de “violaciones graves de los derechos humanos”.²⁵ He aquí uno de los mayores puntos de inflexión en la jurisprudencia interamericana.

La introducción de la noción de graves violaciones significó el reconocimiento de una jerarquía hacia el interior del sistema internacional de protección de derechos humanos (Binder, 2011, p. 1215). Mientras que todas las violaciones por sí mismas representan cierta gravedad, la Corte identificó la existencia de un conjunto de violaciones de gravedad superior, relacionadas con normas de carácter inderogable en el derecho internacional. La diferencia entre una y otra categoría se verá reflejada, en última instancia, en sus consecuencias jurídicas: mientras que las violaciones en general no conllevan la inaplicabilidad de eximentes de la responsabilidad previstos en las legislaciones internas, las graves violaciones a los derechos humanos impiden la aplicación de eximentes.²⁶

Si bien la Corte jamás ahondó en el origen de la clasificación de ciertas violaciones como “graves”, según permite entender en un voto concurrente en la decisión *Barrios Altos c. Perú*, tal categorización parece ser tomada de la Declaración y Programa de Acción de Viena, adoptada en el marco de la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993.²⁷ Allí consta una exhortación a los Estados a “derogar la legislación que favorezca la impunidad de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos, (...) y sancionar esas violaciones (...)”.²⁸ Sin embargo, una comparación entre el documento y la nueva línea jurisprudencial permite identificar que la adhesión por parte de la Corte no fue estricta.

Al introducir la categoría de “violaciones graves”, la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 parece asociar la gravedad de los delitos a los con-

25 Corte IDH, *Barrios Altos vs. Perú*, Fondo, Sentencia, 14/03/2001, Serie C, Nro. 75, párr. 41.

26 Corte IDH, *Vera Vera y otra vs. Ecuador*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 19/05/2011, Serie C, Nro. 226, párr. 118, que destaca que no se ajusta a la jurisprudencia constante de la Corte IDH una solicitud de que el Estado prosiga procedimientos penales por cualquier tipo de violación a los derechos humanos cuando los presuntos delitos se hallen prescriptos según la legislación interna. Ver también Corte IDH, *Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 3/09/2012, Serie C, Nro. 248, párrs. 282-283; *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 8/02/2018, Serie C, Nro. 348, párr. 230; *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 08/03/2018, Serie C, Nro. 349, párr. 219.

27 Corte IDH, *Barrios Altos vs. Perú*, Fondo, Sentencia, 14/03/2001, voto concurrente del juez Cançado Trindade, Serie C, Nro. 75, párr. 4.

28 Naciones Unidas, Declaración y Programa de Acción de Viena (1993), Parte II, párr. 60 (énfasis agregado).

textos en que tuvieron lugar, prestándose particular atención a los actos asociados a conflictos armados²⁹ o a la comisión del delito como parte de un crimen internacional.³⁰ Así, al momento de identificar una serie de casos que quedarían abarcados por la clasificación, los refiere como “violaciones manifiestas y sistemáticas de los derechos humanos”.³¹ En ese marco es que la Declaración incorpora una serie de ejemplos, que incluyen las torturas, las desapariciones, las ejecuciones sumarias, las detenciones arbitrarias, la discriminación y el racismo, el *apartheid* y la ocupación extranjera, entre otros.³² Esta misma asociación de la gravedad de la violación con el contexto en que tuvieron y sus alcances también se encuentran en otros documentos contemporáneos generados en el marco de las Naciones Unidas.³³

La Corte IDH, en cambio, optó por un enfoque diferente. Tanto en su decisión en el caso *Barrios Altos c. Perú* como en sus sentencias a lo largo de los próximos años, pasó a identificar aquellos delitos que autónomamente attentarían contra bienes o intereses inderogables en el plano internacional, tales como la vida y la dignidad, catalogándolos como graves violaciones a los derechos humanos (Neuman, 2018, p. 118). Quedaron encuadrados como casos básicos dentro de esta categoría las desapariciones forzadas,³⁴ las ejecuciones extrajudiciales y/o arbitrarias³⁵ y las torturas físicas y psicológicas.³⁶ Con el tiempo, también incluyó como transgresiones contrarias a normas inderogables los tratos

29 Naciones Unidas, Declaración y Programa de Acción de Viena (1993), parte I, párr. 29.

30 Naciones Unidas, Declaración y Programa de Acción de Viena (1993), parte I, párr. 29.

31 Naciones Unidas, Declaración y Programa de Acción de Viena (1993), parte I, párr. 30.

32 Naciones Unidas, Declaración y Programa de Acción de Viena (1993), parte I, párr. 30.

33 Ver, por ejemplo, Informe Preliminar del Relator Especial Louis Joinet, Estudio sobre leyes de amnistía y su rol en la protección y promoción de derechos humanos, Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, 21/06/1985, párr. 62. Respecto de la identificación de violaciones serias a los derechos humanos a los fines de determinar la posibilidad o no de aplicar leyes de amnistía, el documento enfatiza la relevancia de examinar “las circunstancias en que la tortura, las desapariciones involuntarias o forzadas e incluso las ejecuciones sumarias podrían considerarse, en algunos casos y bajo ciertas condiciones, crímenes internacionales o crímenes de lesa humanidad” (párr. 70), destacando como fundamental el “carácter sistemático” de los actos analizados a los fines de determinar la gravedad de los sucedido.

34 Corte IDH, *Barrios Altos vs. Perú*, Fondo, Sentencia, 14/03/2001, Serie C, Nro. 75, párr. 41; *Goiburú y otros vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 22/09/2006, Serie C, Nro. 153, párr. 93.

35 Corte IDH, *Barrios Altos vs. Perú*, Fondo, Sentencia, 14/03/2001, Serie C, Nro. 75, párr. 41; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 8/07/2004, Serie C, Nro. 110, párr. 76.

36 Corte IDH, *Barrios Altos vs. Perú*, Fondo, Sentencia, 14/03/2001, Serie C, Nro. 75, párr. 41; *Trujillo Oroza vs. Bolivia*, Reparaciones y Costas, Sentencia, 27/02/2002, Serie C, Nro. 92, párr. 106; *Caso del Caracazo vs. Venezuela*, Reparaciones y Costas, Sentencia, 29/08/2002, Serie C, Nro. 95, párr.

inhumanos,³⁷ los crímenes contra la humanidad,³⁸ el genocidio, la esclavitud y la servidumbre.³⁹ Todos estos casos tendrían como denominador común que refieren a sucesos que atentan contra bienes considerados de carácter inderogable y, a partir de ello, la Corte extiende tal inderogabilidad también respecto de su juzgamiento (Roth-Arriaza, 1990, p. 487).⁴⁰

En contraste con su antecedente en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, la Corte evita asociar la gravedad de los delitos con su comisión en contextos de violaciones sistemáticas a los derechos humanos. Si bien se reconoció la particular gravedad asociada a violaciones de carácter sistemático o incluso constitutivas de delitos de lesa humanidad, cuya sanción por sí misma conlleva una norma de *ius cogens*,⁴¹ el tribunal evitó agotar en ellas la clasificación de graves violaciones a los derechos humanos. Bajo este enfoque, el carácter sistemático de las violaciones cometidas en un Estado era un elemento de agravamiento de las obligaciones del Estado,⁴² pero sin que ello impida la identificación de otras graves violaciones por fuera de tales casos.⁴³

119; *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 25/11/2003, Serie C, Nro. 101, párr. 276; *Maritza Urrutia vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 27/11/2003, Serie C, Nro. 103, párr. 92.

37 Ver Corte IDH, *Ximenes Lopes vs. Brasil*, Sentencia, 04/07/2006, Serie C, Nro. 149, párr. 126.

38 Ver Corte IDH, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 26/09/2006, Serie C, Nro. 154, párr. 99.

39 Corte IDH, *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 04/09/2012, Serie C, Nro. 250, párr. 227.

40 Ver Roth-Arriaza (1990, p. 487), que acepta que la obligación del Estado de asegurar ciertos remedios frente a una violación no constituye en sí una norma de carácter inderogable, pero plantea la posibilidad de que tal inderogabilidad pueda establecerse como un corolario necesario de la inderogabilidad del derecho base que se tutela.

41 Corte IDH, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 26/09/2006, Serie C, Nro. 154, párrs. 153, 99, que reconoce la imprescriptibilidad de violaciones de lesa humanidad y crímenes de guerra por contravenir normas de *ius cogens*. Ver también Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 29/11/2006, Serie C, Nro. 162, párr. 225, que remite a las consideraciones realizadas por la Corte en *Almonacid Arellano* respecto al reconocimiento de los crímenes de lesa humanidad como normas con carácter de *ius cogens*; *Tiu Tojín vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 26/11/2008, Serie C, Nro. 190, párr. 53.

42 Corte IDH, *Goiburú y otros vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 22/09/2006, Serie C Nro. 153, párrs. 82, 128 (“En casos como el presente, esto adquiere especial relevancia pues los hechos se dieron en un contexto de vulneración sistemática de derechos humanos –constituyendo ambos crímenes contra la humanidad– lo que genera para los Estados la obligación de asegurar que estas conductas sean perseguidas penalmente y sancionados sus autores”). Ver también Corte IDH, *Anzualdo Castro vs. Perú*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 22/09/2009, Serie C, Nro. 202, párr. 182.

43 Corte IDH, *Vera Vera y otra vs. Ecuador*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sen-

Este deslinde entre la gravedad de las violaciones y el contexto en el que se llevaron a cabo posee importantes implicancias prácticas. De estar probados los elementos que la Corte definió como característicos de una desaparición forzada,⁴⁴ tortura⁴⁵ o ejecución extrajudicial,⁴⁶ entonces correspondería su clasificación como una violación grave y, de persistir la impunidad, debería ordenarse al Estado la investigación, el juzgamiento y, eventualmente, la punición de los responsables. Todo ello, independientemente de si la violación se produjo en un contexto de afectaciones individuales o sistemáticas, durante regímenes democráticos o autoritarios o si provino de parte de agentes individuales u organizaciones paraestatales o estatales.

¿Toda detención de una persona por la policía y su posterior maltrato en el marco de un interrogatorio precluye la aplicación de garantías penales en favor de los acusados? De acuerdo con este enfoque, la respuesta de la Corte es claramente afirmativa. En la medida en que se trate de un acto intencional, que haya causado daños físicos o psicológicos y se haya cometido con cualquier fin, nos encontraríamos ante un acto de tortura. En *Bayarri c. Argentina*, aun

tencia, 19/05/2011, Serie C, Nro. 226, párr. 117, que precisan que en la jurisprudencia de la Corte sólo “[e]n algunos de esos casos” en que se identificaron graves violaciones a los derechos humanos los hechos ocurrieron “en contextos de violaciones masivas y sistemáticas”. Ver LaPlante (2009, pp. 971-973), quien describe que, al momento en que se redactó la publicación, se percibía una tendencia entre los jueces de la Corte a declarar la inaplicabilidad de eximentes de responsabilidad respecto de violaciones a los derechos humanos que no presentasen un carácter sistemático, llegando en algunos casos a sugerirse que la misma conclusión debía alcanzarse en relación con cualquier violación de derechos humanos.

44 Corte IDH, *Gómez Palomino vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 22/11/2005, Serie C, Nro. 136, párr. 97, que define requisitos autónomos para casos de desaparición forzada: a) la privación de la libertad; b) la intervención directa de agentes estatales o la aquiescencia de éstos; y c) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o paradero de la persona interesada. Ver también Corte IDH, *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 24/11/2010, Serie C, Nro. 219, párr. 104; *Gelman vs. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, Sentencia, 24/02/2011, Serie C, Nro. 221, párr. 65; *Torres Millacura y otros vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 26/08/2011, Serie C, Nro. 229, párr. 95.

45 Corte IDH, *Bueno Alves vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 11/05/2007, Serie C, Nro. 164, párr. 79, que define el estándar autónomo para casos de tortura. De conformidad con la jurisprudencia de la Corte, se está frente a un acto constitutivo de “tortura” cuando el maltrato: a) sea intencional; b) cause severos sufrimientos físicos o mentales; y c) se cometa con cualquier fin o propósito. Ver también Corte IDH, *Bayarri vs. Argentina*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 30/10/2008, Serie C, Nro. 187, párr. 81.

46 Corte IDH, *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 24/10/2012, Serie C, Nro. 251, párr. 96, que declara la existencia de una ejecución extrajudicial siempre que: i) se derive del empleo deliberado del uso de armas letales dirigidas a privar de la vida a una persona ii) en estado de indefensión y iii) sin que tal persona represente una amenaza.

cuando se reconoce que el acto no conllevó un crimen internacional,⁴⁷ la Corte calificó la detención y posterior interrogatorio de una persona como una tortura, que le imponía la obligación al Estado de concluir las investigaciones pese a la prescripción del delito.⁴⁸

La misma conclusión, de acuerdo con este enfoque, merece el asesinato de personas en estado de indefensión, sea o no cometido por agentes policiales. Aplicando este criterio, en el caso *Campo Algodonero*, la Corte consideró que la aparición de los cuerpos de tres mujeres asesinadas permite presumir la existencia de una ejecución extrajudicial en los términos de la jurisprudencia interamericana, impidiéndole al Estado reconocer la aplicación de cualquier garantía que implique un eximente de responsabilidad en favor de posibles acusados.⁴⁹ De forma similar, en el caso *Nadege Dorzema et al. c. República Dominicana*, se llegó a la síntesis de que el presunto asesinato por fuerzas de seguridad de inmigrantes ilegales durante un control en la frontera constituye una ejecución extrajudicial que resulta en la inaplicabilidad de eximentes de responsabilidad en favor de los imputados.⁵⁰ En ninguno de estos casos el foco estuvo puesto en el contexto o la extensión de las violaciones, sino en el tipo de bien afectado.

Aun cuando esta etapa, caracterizada por la identificación y definición de delitos que por sí mismos califican como graves violaciones a los derechos humanos, presenta un estrechamiento en relación con el primer paradigma analizado, de todas formas reconoce una amplia obligación en cabeza del Estado. La calificación como grave no se restringe a aquellos sucesos acaecidos en tiempos de dictaduras, masacres, conflictos armados u otros contextos de violaciones sistemáticas, sino que incluye hechos que en cualquier momento pueden tener lugar en las democracias y cuya impunidad no puede ser permitida por los Estados. No obstante, una serie de cuestionamientos a este enfoque resulta posible.

Comenzando por el fundamento de la distinción entre violaciones en general a los derechos humanos y aquellas calificadas como graves, no puede perderse de vista que las segundas deben poder derivarse de normas inderoga-

47 Corte IDH, *Bayarri vs. Argentina*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 30/10/2008, Serie C, Nro. 187, párrs. 95-96.

48 Corte IDH, *Bayarri vs. Argentina*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 30/10/2008, Serie C, Nro. 187, párrs. 81, 172-175. Ver también *Bayarri vs. Argentina*, párr. 175, que reconoce la prescripción del delito).

49 Corte IDH, *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 16/11/2009, Serie C, Nro. 205, párr. 388.

50 Corte IDH, *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 24/10/2012, Serie C, Nro. 251, párrs. 95-96.

bles de derecho internacional. Sin embargo, la Corte no siempre ha sido capaz de ahondar en el carácter de *jus cogens* de las obligaciones de investigación del Estado respecto de la comisión de cualquiera de los delitos cometidos. A pesar de que su fundamentación resultó mayor cuando los delitos invocados también conllevaban violaciones de lesa humanidad o crímenes con carácter sistémico,⁵¹ se puede ver un desarrollo sustancialmente menor cuando el delito de tortura o ejecución tienen lugar en contextos individuales.

Indudablemente, parte de este problema parece estar dado porque la Corte en ningún momento define con claridad qué es lo que considera como normas de *jus cogens* y, sobre todo, cuál es la metodología que emplea para identificar tales normas en el plano internacional. Contrario a la CVDT, que define a las normas inderogables a aquella que son aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional como normas que no admiten pacto en contrario,⁵² no se observa en esta etapa un compromiso de parte de la Corte con la búsqueda y constatación de un consenso entre los Estados para investigar, juzgar y sancionar las violaciones que el tribunal calificó como graves. Esto resulta particularmente relevante si se considera que diversos países, como puede ser el caso de Sudáfrica, se mostraron abiertos a morigerar el combate de la impunidad de violaciones a los derechos humanos en favor de otros intereses sociales. De hecho, como vimos, la Corte pareciera haberse querido desligar de algunas muestras de consenso por parte de los Estados al adoptar la calificación misma de “graves violaciones” sin dar cuenta de su relación con contextos de delitos sistemáticos y manifiestos.

La definición de normas de *jus cogens* adoptada por la Corte durante esta etapa, más que una derivación del consenso alcanzado por la comunidad internacional, sería el resultado de reconocer un valor intrínseco a ciertos intereses considerados universalmente como valiosos y desprender de ellos una serie de obligaciones con las cuales los Estados deben cumplir para asegurar la protección de esos valores (Elias, 2011, pp. 176-177).⁵³ La vida, la dignidad, la libertad —en el razonamiento del tribunal— serían valores asociados a ciertos imperati-

51 Ver, por ejemplo, Corte IDH, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 26/09/2006, Serie C, Nro. 154, párr. 99; *Goiburú y otros vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 22/09/2006, Serie C, Nro. 153, párr. 93.

52 CVDT, artículo 53.

53 El autor asocia la metodología empleada por la Corte para identificar normas de *jus cogens* con la búsqueda de principios del derecho natural. Tal ejercicio contrastaría con la acepción más consensualista de ese tipo de normas que promueve la CVDT y a la que, como veremos, la Corte se apega más estrechamente en una etapa posterior.

vos morales que no abarcan únicamente su prohibición, sino también la efectiva sanción de los responsables. No obstante, tratándose el derecho internacional de una práctica primeramente sostenida entre Estados, resulta en algún punto cuestionable en qué medida un tribunal internacional puede identificar una serie de obligaciones de carácter inderogable que se derivarían de ciertos intereses de la comunidad internacional cuando tales obligaciones no dependen ni del consenso ni de la práctica de los actores que integran el sistema. Esta argumentación necesariamente debería sortear una serie de obstáculos que la Corte no parece abordar al menos de forma directa.⁵⁴

Es justamente este apartamiento de la voluntad de los Estados como fuente de derecho lo que expuso las debilidades de la posición. Como la propia Corte no tardaría en notar —según vemos en la próxima sección—,⁵⁵ la aplicación del estándar de graves violaciones a los derechos humanos que prevaleció durante esta etapa puede no ser compatible con el derecho internacional público en general. De hecho, al menos en ciertos contextos el derecho internacional reconoce la admisibilidad de eximentes de responsabilidad respecto de violaciones a los derechos humanos cometidas durante conflictos armados, incluso cuando ello conlleve la amnistía o el indulto de algunos delitos que la propia Corte IDH ha reconocido como graves.⁵⁶ Tal aceptación, en principio, no resulta consistente con la visión de la Corte de que cualquier tipo de tortura, ejecución extrajudicial y/o delito que sea identificado como una grave violación pueda ser, al mismo tiempo, una norma de *jus cogens* de derecho internacional. Si tuviesen en todo contexto tal carácter, entonces sería ciertamente imposible que se reconozcan situaciones en las que tales normas pudieran quedar derogadas.

Adicionalmente, de la mera existencia de ciertos bienes protegidos por normas con carácter de *jus cogens* tampoco se deriva automáticamente una obligación igualmente inderogable por parte del Estado de investigar, juzgar y sancio-

54 Entre las preguntas que uno podría formularse en este punto se pueden mencionar, a modo ilustrativo, las siguientes: ¿cuál es el origen de tal imperativo al que se encuentran sujetos los Estados?, ¿qué tipo de moral es la considerada relevante para identificar tales imperativos?, ¿de dónde proviene la autoridad de la Corte Interamericana para decidir acerca de la existencia y el alcance de tales obligaciones?

55 Corte IDH, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 25/10/2012, Serie C, Nro. 252, párrs. 284-285.

56 Ver el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, artículo 6(5), el cual dispone que “[a] la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”.

nar a los presuntos responsables de atentar contra tales bienes. Aun cuando el derecho a la vida pueda ser considerado una norma de *jus cogens* y, por ende, el Estado no podría válidamente en el plano internacional autorizar el asesinato de personas, de ello no se sigue que el reconocimiento de garantías penales en favor de posibles acusados tenga como efecto derogar la protección base reconocida al derecho a la vida. Como muestra, de hecho, la práctica de los sistemas jurídicos, un Estado puede prohibir la comisión de determinados actos, aplicar sanciones penales a sus responsables y, al mismo tiempo, limitar la responsabilidad penal de los acusados en determinadas condiciones y en atención a otros bienes jurídicos relevantes. Al extender automáticamente la inderogabilidad hacia toda la fase investigativa, la Corte evita dar razones por las cuales la obligación de juzgar y sancionar a los responsables de ciertos delitos (entendida como una obligación diferente de su mera prohibición) también alcanzaría el carácter de *jus cogens*.⁵⁷

De esta forma, observamos que el enfoque adoptado por la Corte IDH durante una considerable etapa de su jurisprudencia, aun cuando prolífero, se encontró con inconvenientes considerables. Estos problemas son los que presuntamente habrían dado lugar a una tercera y última etapa por parte de la Corte para determinar el alcance de las obligaciones de los Estados cuando ciertos obstáculos legales impiden el avance de los juzgamientos.

4. Tercera etapa: la sistematicidad como carácter determinante de la gravedad de la violación

Pese a la extensa jurisprudencia generada en torno a la identificación de delitos que autónomamente conllevarían una grave violación a los derechos humanos —y que, por ende, escaparían a la aplicación de excluyentes de responsabilidad—, un tercer enfoque aún tendría lugar. La línea de razonamiento de la Corte IDH comenzaría a experimentar un nuevo quiebre a partir del caso *Las Masacres de El Mozote c. El Salvador*.

La disputa en cuestión refería a la responsabilidad del Estado salvadoreño en relación con las masacres cometidas por las fuerzas armadas en el marco

57 Incluso algunos de los defensores de la extensión automática de la inderogabilidad respecto de la investigación, juzgamiento y sanción de los responsables también parecen reconocer la inexistencia de una norma autónoma de carácter inderogable en el plano internacional respecto de la obligación de los Estados de asegurar la imposición de remedios ante transgresiones. Ver, por ejemplo, Roth-Arriaza (1990, p. 487).

de una operación contra grupos guerrilleros, que derivaron en el asesinato de aproximadamente mil personas, incluyendo cientos de niños. Además de presentarse una grave falencia por parte del Estado en la investigación y esclarecimiento de los hechos, la impunidad de los responsables resultaba garantizada por la Ley de Amnistía General de 1993, una medida adoptada por El Salvador en búsqueda de asegurar el fin de los conflictos internos por los que atravesaba el país. Los hechos cometidos en las masacres quedaban abarcados por la ley.

Esto resultaría una situación clara de graves violaciones a los derechos humanos de acuerdo con la jurisprudencia interamericana. Llegado el caso ante la Corte IDH, sin embargo, esta destacó un elemento a considerar antes de alcanzar tal conclusión: el derecho internacional, cristalizado a través del Protocolo II a los Convenios de Ginebra, reconoce la admisibilidad de las amnistías (e incluso puede que su conveniencia) respecto a todas aquellas personas involucradas en un conflicto armado.⁵⁸ Esta consideración no es un elemento menor para el enfoque que venía manteniendo el tribunal en los últimos años, ya que la existencia de normas de *jus cogens* respecto de la prohibición de ciertos delitos no resultaría fácilmente compatible con la posibilidad de que los Estados apliquen excluyentes de responsabilidad respecto de esos mismos delitos.

Analizando este dilema, la Corte IDH destacó que, si bien el derecho internacional reconoce la admisibilidad de las amnistías respecto de violaciones de derechos humanos cometidas durante conflictos armados, no puede tomarse como una regla absoluta. El derecho consuetudinario, según analiza la Corte, muestra que la aplicación de excluyentes de responsabilidad tiene un límite en aquellos casos que “cabrían en la categoría de crímenes de guerra e, incluso, en la de crímenes contra la humanidad”, ambos definidos en el Estatuto de Roma.⁵⁹ En tales supuestos, el derecho internacional impone una obligación ineludible del Estado de investigar y sancionar a los responsables de las atrocidades cometidas.⁶⁰ Así, en un caso como el de las masacres de El Mozote, en el que las violaciones cometidas quedan encuadradas dentro de tales crímenes internacionales, cualquier excluyente de responsabilidad seguiría siendo inapli-

58 Corte IDH, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 25/10/2012, Serie C, Nro. 252, párrs. 284-285.

59 Corte IDH, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 25/10/2012, Serie C, Nro. 252, párr. 286, que deriva la existencia de tal norma consuetudinaria de una publicación oficiada por Comisión Internacional de la Cruz Roja y documentos elaborados por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

60 Corte IDH, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 25/10/2012, Serie C, Nro. 252, párr. 286.

cable para limitar los deberes del Estado de esclarecer lo sucedido y aplicar las sanciones correspondientes.⁶¹

Aun cuando la Corte no haya alterado el resultado al que habría llegado en su anterior etapa (la inaplicabilidad de excluyentes de responsabilidad a casos de graves violaciones a los derechos humanos), el razonamiento detrás de tal conclusión comenzó a presentar precisiones adicionales. De acuerdo con lo dicho en su sentencia, se produce un reconocimiento de que los eximentes de responsabilidad (incluyendo la amnistía) podrían ser admisibles respecto de violaciones perpetradas, con el límite de los llamados “crímenes internacionales”. Si bien los Convenios de Ginebra se limitan al contexto de conflictos armados, de ello no se sigue —ni la Corte parece entenderlo así— que sea posible seguir considerando una norma de *jus cogens* la obligación de investigar y sancionar ciertos delitos sin perjuicio del alcance real que hayan tenido y el contexto en el que se produjeron. Sería contradictorio sostener que no puede excluirse la responsabilidad por graves violaciones a los derechos humanos, pero, al mismo tiempo, considerar como posible que los Estados decidan excluir tal responsabilidad en ciertas circunstancias excepcionales, como pueden ser los conflictos armados internos. La idea de inderogabilidad justamente apunta a la imposibilidad de invocar normas que dispongan lo contrario. De allí la necesidad de redefinir cuáles son aquellas normas consideradas inderogables sin que ningún tipo de excepción pudiese afectarlas.

Asimismo, en contraste con el anterior enfoque, la Corte se muestra más cauta respecto de la identificación de cada obligación del Estado y su caracterización (o no) como norma de carácter inderogable. En lugar de identificar una posible prohibición con carácter de *jus cogens* y extender por referencia la inderogabilidad a todas las obligaciones *ex post* asociadas con la sanción de quienes infrinjan esa norma, parecería diferenciar entre las distintas obligaciones del Estado. Cuando hablamos de “crímenes internacionales”, no sólo nos encontramos ante un acto que implica una violación de normas inderogables, sino que su investigación y juzgamiento por sí mismos también reflejan una obligación que no puede ser excusada por el Estado.⁶² Esta tendencia hacia

61 Corte IDH, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 25/10/2012, Serie C, Nro. 252, párrs. 291, 296. Si bien la regla expuesta por la Corte resulta clara, en su sentencia evita hacer un análisis detallado de cómo los actos analizados se subsumen dentro de alguna de las categorías de crímenes internacionales, limitándose a catalogarlos como una violación al derecho humanitario.

62 Corte IDH, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 25/10/2012, Serie C, Nro. 252, párr. 286.

la compartimentalización de las diferentes obligaciones del Estado (prohibir, investigar, juzgar y sancionar) frente a una misma violación se acentuaría con el pasar de los años (Hillebrecht et al., 2018, p. 323).

A partir de tales precisiones, es posible observar cómo las sentencias de la Corte IDH, al momento de imponer la reapertura y/o conclusión de investigaciones penales a los Estados, comenzaron a analizar no sólo el tipo de bien vulnerado (vida, dignidad, libertad), sino también el contexto y el alcance con el que la transgresión tuvo lugar.⁶³ La Corte evitó exigir la declaración formal de la comisión de un crimen internacional —un potencial problema sobre el que se volverá más tarde—, pero sus sentencias comenzaron a enfatizar la relevancia de que algunos de sus elementos constitutivos se encuentren presentes, comenzando por el carácter sistemático de las violaciones. Marcando así una diferencia con su etapa anterior (en el caso *Espinoza González c. Perú*), al momento de justificar la clasificación de los delitos analizados como graves, el tribunal fue claro al sostener que se trató “de una violación grave de derechos humanos, ya que los actos de tortura fueron una práctica generalizada”.⁶⁴ Este elemento, al menos con tal nivel de relevancia, no lo vemos bajo el anterior enfoque, en el que, en múltiples oportunidades, la Corte calificó como graves a delitos cometidos por fuera de prácticas sistemáticas.

El nuevo foco puesto por el tribunal en el contexto de las violaciones (y no sólo en el tipo de bien afectado) le permitió profundizar en la inadmisibilidad de excluyentes de responsabilidad como una norma inderogable de derecho internacional.⁶⁵ Incluso con referencia a casos previos en los que había tenido

63 Ver, por ejemplo, Corte IDH, *Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 20/11/2012, Serie C, Nro. 253, párr. 192, en el que destaca que la práctica sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad; *Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 02/10/2015, Serie C, Nro. 301, párr. 288, que destaca el carácter generalizado de las violaciones cometidas; *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 30/11/2016, Serie C, Nro. 328, párr. 244.

64 Corte IDH, *Espinoza González vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 20/11/2014, Serie C, Nro. 289, párr. 309. Ver también Corte IDH, *García Lucero y otras vs. Chile*, Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones, Sentencia, 28/08/2013, Serie C, Nro. 267, párr. 149, en el que enfatiza la imposibilidad de invocar excluyentes de responsabilidad previstos en disposiciones internas “dado que los hechos que deben ser investigados pueden insertarse en una práctica sistemática enmarcada dentro de un contexto de graves violaciones a los derechos humanos”.

65 Corte IDH, *Herzog y otros vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 15/03/2018, Serie C, Nro. 353, párr. 232, que asocia la gravedad de la violación con la presencia de violaciones masivas contra la sociedad civil; *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 20/10/2016, Serie C, Nro. 318, párr. 413; si bien la Corte emplea el término “delito de derecho internacional”, el análisis

oportunidad de analizar delitos encuadrados en posibles crímenes internacionales, la Corte ahondó en la inadmisibilidad de excluyentes de responsabilidad en casos de crímenes de lesa humanidad u otros crímenes internacionales.⁶⁶ En *Herzog y otros c. Brasil*, declaró la inadmisibilidad de defensas de prescripción, *ne bis in idem*, amnistías y cualquier otra norma de exclusión de responsabilidad “en casos de tortura, asesinatos cometidos *durante un contexto de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos* y desapariciones forzadas *de forma constante y reiterada*”.⁶⁷ Exponiendo uno de los problemas de su anterior jurisprudencia, y sin perjuicio de críticas remanentes, se observa un mayor involucramiento en la prueba de la supuesta aceptación y reconocimiento de la pretendida norma de *jus cogens* por la comunidad internacional, a través de referencias a legislaciones internas, tratados internacionales, órganos de aplicación y tribunales.⁶⁸

La consecuencia de este estrechamiento del concepto de graves violaciones naturalmente fue que casos que antes quedaban comprendidos como parte de la definición, y conllevaban una prohibición de aplicar eximentes de responsabilidad, ahora ya no lo estarían. En contraste con su anterior jurisprudencia, se puede observar cierta medida por parte de la Corte al momento de calificar como graves violaciones posibles actos de ejecuciones extrajudiciales.⁶⁹ Por ejemplo, en el caso *Barbosa de Souza c. Brasil*, el tribunal debió analizar la responsabilidad internacional del estado en el marco de la ejecución de una mujer por cuestiones relacionadas con su género. Si bien la Corte reconoció el deber del Estado de combatir la impunidad de cualquier violación a los derechos humanos, rechaza la solicitud de ordenar la reapertura de la causa penal, haciendo notar que los delitos invocados no constituyen una grave violación a los derechos humanos por la falta de una práctica sistémica.⁷⁰

realizado respecto al delito de esclavitud y el contexto del caso dan a entender que se refiere a lo que se denomina “crímenes de derecho internacional”.

66 Ver Corte IDH, *García Lucero y otras vs. Chile*, Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones, Sentencia, 28/08/2013, Serie C Nro. 267, párr. 150, que refiriere a los argumentos desarrollados en el caso *Almonacid Arellano*.

67 Corte IDH, *Herzog y otros vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 15/03/2018, Serie C, Nro. 353, párr. 263 (énfasis agregado).

68 Corte IDH, *Herzog y otros vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 15/03/2018, Serie C, Nro. 353, párrs. 264-294.

69 Ver, por ejemplo, Corte IDH, *Tavares Pereira y otros vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 16/11/2023, Serie C, Nro. 507, párr. 185; *Guerrero, Molina y otros vs. Venezuela*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 03/06/2021, Serie C, Nro. 424.

70 Corte IDH, *Barbosa de Souza y otros vs. Brasil*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 07/09/2021, Serie C, Nro. 435, párrs. 170 y ss.

En igual sentido, la Corte restringió la calificación como grave violación a los derechos humanos respecto de presuntos actos de tortura. Aplicando el nuevo enfoque, aunque el tribunal reconoce que la violencia sexual contra las mujeres puede ser considerada una transgresión grave presumiblemente asociada un acto de tortura⁷¹ y que, de hecho, cumpliría con todas las condiciones que la Corte habría definido para identificar tal delito, de todas formas se ha denegado la reapertura de procedimientos judiciales cuando tales hechos tuvieron lugar en contextos individuales.⁷² Esto reafirma la incorporación del elemento de sistematicidad como parte del nuevo criterio utilizado por la Corte para calificar a ciertos actos como graves violaciones a los derechos humanos.

Además de tales limitaciones en los casos calificados como graves violaciones a los derechos humanos, la nueva etapa de la jurisprudencia de la Corte se halla caracterizada por un desarrollo de mecanismos alternativos para hacer frente a la impunidad, pero sin que ello implique necesariamente la inaplicabilidad de garantías penales en favor de los acusados. Ante la aplicación de eximentes de responsabilidad como la prescripción de la acción penal, en lugar de forzar la inaplicabilidad de tales eximentes, vemos una mayor cantidad de casos en los que la Corte dispone mecanismos alternativos, como la creación de grupos de trabajo que permitan esclarecer los hechos acontecidos y, de corresponder, avancen en el estudio del problema.⁷³ Incluso la Corte se encontraría implementando nuevos mecanismos de control e interacción sobre procesos de transición política que prescindan, a diferencia de su jurisprudencia previa, del dictado de una orden punitivista dirigida al Estado a través de una sentencia condenatoria (Hillebrecht et al, 2018, p. 287).

La excepción en este giro hecho por el tribunal al momento de identificar graves violaciones a los derechos humanos parecería tener lugar únicamente

71 Corte IDH, *Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 12/03/2020, Serie C Nro. 402, párrs. 221-222; la Corte habla de una grave violación a los derechos humanos, pero evita ordenar la obligación de remover obstáculos de facto y de jure que impidan la investigación.

72 Corte IDH, *Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 24/06/2020, Serie C, Nro. 405, párr. 222; caso sobre Abuso sexual de una niña en un establecimiento educativo y posterior suicidio.

73 Corte IDH, *Sales Pimenta vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 30/06/2022, Serie C, Nro. 454, párrs. 145-146. Sin embargo, cabe destacar que la Corte reiteró de todas formas la obligación de Brasil de adaptar su legislación interna para permitir la reapertura de procedimientos en casos en que la Corte lo ordene. Ver Corte IDH, *Sales Pimenta vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 30/06/2022, Serie C, Nro. 454, párrs. 179-180.

con respecto a la responsabilidad de los Estados de investigar desapariciones forzadas. A pesar de cierto énfasis realizado por el tribunal en la particular gravedad que posee tal delito en contextos de violaciones sistemáticas, alcanzando incluso la calificación de delito de lesa humanidad,⁷⁴ el requisito de sistematicidad no ha sido implementado como un elemento definitorio de su calificación como violación grave en los términos de la jurisprudencia de la Corte.⁷⁵ Este hecho, aunque pudiese requerir alguna clarificación por parte del tribunal en sus próximas decisiones, no constituye necesariamente una contradicción en lo que respecta a la aplicación de algunos eximentes de responsabilidad. Además de que la desaparición forzada parecería conllevar la afectación de múltiples valores protegidos por el sistema interamericano, se diferencia de otros delitos (como la tortura, las ejecuciones o los abusos) por su carácter continuado y permanente.⁷⁶ En la medida en que la violación continúe, no resulta posible aplicar eximentes de responsabilidad. Tal distinción podría explicar que, al momento de evaluar conjuntamente casos relativos a desapariciones forzadas y torturas en contextos no sistemáticos, la Corte ordenó la reapertura de las investigaciones sobre la desaparición, pero no así respecto de la tortura.⁷⁷

De todas formas, es importante destacar que la Corte ha dejado a salvo algunas “válvulas de escape”. Incluso cuando las violaciones no alcanzan el grado de gravedad exigido por el derecho internacional y, en consecuencia, la invocación de excluyentes de responsabilidad por los acusados debería respetarse, la inaplicabilidad de tales eximentes podría seguir siendo ordenada bajo ciertas condiciones.

Una de las causas que para la Corte parecería ameritar la flexibilización del

74 Ver, por ejemplo, Corte IDH, *Maidanik y otros vs. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, Sentencia, 15/11/2021, Serie C, Nro. 444, párr. 116; *Caso Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 26/03/2021, voto separado del juez Zaffaroni, Serie C, Nro. 423, § III, que reafirman la particular gravedad del delito de desaparición forzada en contextos sistemáticos, en los que adquiere el carácter de crimen de lesa humanidad.

75 Corte IDH, *Tabares Toro y otros vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 23/05/2023, Serie C, Nro. 491, párr. 132; caso sobre la desaparición de un soldado por presuntos problemas internos con sus superiores.

76 Corte IDH, *Maidanik y otros vs. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, Sentencia, 15/11/2021, Serie C, Nro. 444, párr. 205.

77 Corte IDH, *Núñez Naranjo y otros vs. Ecuador*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia, 23/05/2023, Serie C, Nro. 492, párrs. 144(e)-144(f); caso sobre desaparición forzada de una persona privada de la libertad y presuntas torturas a familiares. Mientras que la Corte especifica que las investigaciones de desapariciones forzada no se hallarían sujetas a prescripción ni excluyentes de responsabilidad, no realiza la misma aclaración respecto de los supuestos hechos de tortura, sino que manda a aplicar estándares internacionales al momento de llevar a cabo la investigación).

escrutinio es el allanamiento procesal del Estado demandado. La Corte ha ordenado la remoción de cualquier impedimento legal que precluya la sanción de los responsables cuando el Estado demandado ha admitido su responsabilidad frente a la denuncia de una supuesta grave violación a los derechos humanos.⁷⁸ Tal falta de contradicción, aun cuando procesalmente sea posible, no garantiza que se trate de una grave violación en los términos requeridos por el derecho internacional, y en varias ocasiones parece no ser el caso. Por ejemplo, en el marco de dictaduras militares, las violaciones cometidas por las fuerzas armadas contra algunos de sus propios miembros (no la población civil) puede que no reúnan las condiciones para ser calificadas como un crimen internacional.⁷⁹ La Corte simplemente evita realizar un control de oficio frente al allanamiento del Estado.

También es posible observar una apertura a declarar la inaplicabilidad de eximentes de responsabilidad en ciertos casos excepcionales en los que, a pesar de no tratarse de una violación grave, su invocación en favor del acusado fue posible gracias a un procedimiento judicial interno fraudulento o destinado a perpetuar la impunidad.⁸⁰ Basándose en las “exigencias de la justicia”, la Corte ha construido una excepción al carácter final de cualquier sentencia absoluta o proceso de investigación de cualquier violación a los derechos humanos cuando la actuación del tribunal que conoció el caso buscó sustraer al acusado de su responsabilidad penal, el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales o no hubo una intención real de someter al responsable a la acción de la justicia.⁸¹

Hasta aquí llega el desarrollo alcanzado por la jurisprudencia interamericana en respuesta al dilema planteado por la aplicación de garantías penales y exi-

78 Ver, por ejemplo, Corte IDH, *Gutiérrez y familia vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 25/11/2013, Serie C, Nro. 271, párr. 154; *García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 26/11/2013, Serie C, Nro. 273, párr. 68; *Casierra Quiñonez y otros vs. Ecuador*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 11/05/2022, Serie C, Nro. 450, párr. 177; se trata de disparo a un grupo de pescadores durante un operativo judicial; *Aroca Palma y otros vs. Ecuador*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 8/11/2022, Serie C, Nro. 471, párr. 128.

79 Ver Corte IDH, *Ortiz Hernández y otros vs. Venezuela*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 22/08/2017, Serie C, Nro. 338.

80 Corte IDH, *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 22/11/2004, Serie C, Nro. 117, párr. 131; Corte IDH, *Gutiérrez Soler vs. Colombia*, Sentencia, 12/09/2005, Serie C, Nro. 132, párr. 97.

81 Corte IDH, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 26/09/2006, Serie C, Nro. 154, párr. 154.

mentes de responsabilidad en favor de acusados de violaciones a los derechos humanos. Una cuestión pendiente, y a la cual estarán destinadas las páginas que siguen, es analizar cuáles pueden ser los ajustes a esperar por parte de la Corte IDH (si alguno) sobre lo ya construido.

5. ¿Y ahora? Una aproximación a las cuentas pendientes de la Corte Interamericana al definir los límites de los eximentes de responsabilidad invocados por acusados de violaciones a los derechos humanos

El refinamiento mostrado por la Corte IDH a lo largo de los años es un aspecto altamente positivo de su jurisprudencia, al menos en lo que respecta a la interpretación y aplicación de normas de derecho internacional. No es el objeto principal de este trabajo hacer un análisis crítico acerca del estadio alcanzado por la jurisprudencia interamericana, sino poder ayudar a precisar cuál es ese estadio. Sin embargo, con base en el panorama descrito en las secciones anteriores, sí es posible identificar de forma preliminar una serie de cuestiones remanentes en las que es deseable, o incluso imperativo, que el razonamiento de la Corte se clarifique o perfeccione. En este artículo, me concentraré únicamente en delinear dos de esos aspectos: (i) la rigurosidad del tribunal al momento de analizar los casos concretos de supuestas graves violaciones; y (ii) el tipo de orden dada por el Tribunal a los Estados luego de identificar una grave violación a los derechos humanos.

5.1 Hacia una mayor precisión en la identificación de graves violaciones a los derechos humanos al momento de analizar casos concretos

Comenzando por la aplicación misma de su criterio más reciente —durante lo que categoricé como la “tercera etapa”—, pudimos ver cómo la Corte alineó la definición de “graves violaciones a los derechos humanos” con aquellas transgresiones que, además de afectar bienes esenciales para la humanidad, tienen lugar en contextos y con alcances tales que las llevan a equipararse a crímenes internacionales.⁸² En ese marco, es para destacar que la Corte IDH presenta en su historial decisiones en las que analizó con una extensión considerable los elementos tipificantes de las graves violaciones invocadas y su prueba para

82 Ver *supra* § 4.

el caso concreto.⁸³ Desafortunadamente, ese nivel de análisis no puede considerarse una constante en la jurisprudencia del tribunal. En muchas ocasiones, la Corte se ha limitado a hacer referencia a la presencia de un contexto de violaciones “sistemáticas” o “generalizadas” a los derechos humanos, pero sin ahondar en las características particulares del caso ni terminar de concluir con precisión su encuadre como crimen internacional.⁸⁴

De esta laxitud con que se encara el escrutinio puede derivarse una serie de problemas. La Corte IDH, como vimos en el apartado anterior, correctamente parece haber identificado que el derecho internacional no precluye en términos absolutos los excluyentes de responsabilidad, salvo quizás para aquellos casos equiparables a delitos de lesa humanidad, delitos de agresión, genocidio y demás crímenes internacionales. Sin embargo, al evitar analizar los casos concretos bajo esos parámetros estrictos y limitarse en cambio a señalar la presencia de ciertas conductas generalizadas, puede que se terminen alcanzando conclusiones incorrectas. Lo cierto es que un crimen internacional no se reduce únicamente a su contexto, sino que puede requerir atender con cuidado a su nivel de planificación, sus autores y/o la condición de las víctimas. Pueden manifestarse, por ejemplo, contextos de transgresiones reiteradas a los derechos humanos, pero que no sean impulsadas ni por el Estado ni por ninguna otra organización en particular.

Tampoco se observa una profundización acerca de qué debe entenderse como una violación generalizada o sistemática o cuáles deben ser los parámetros relevantes para concluir que se está ante una violación generalizada en los términos utilizados por la Corte. El supuesto de que el derecho internacional prevea que ciertos crímenes con alcance generalizado dan lugar a obligaciones de carácter inderogable no implica que todo lo que la Corte entienda como un acto “generalizado” puede ser calificado de esa manera. Además, como vimos,

83 Ver, por ejemplo, Corte IDH, *Herzog y otros vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 15/03/2018, Serie C, Nro. 353, párrs. 211-242, que analiza los elementos constitutivos de los crímenes catalogados de lesa humanidad y su aplicación al caso en cuestión.

84 Ver, por ejemplo, Corte IDH, *Espinoza González vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 20/11/2014, Serie C, Nro. 289, párrs. 228, 309, donde se nota que, según elementos probatorios presentes en el expediente, la práctica generalizada podría conllevar un crimen de lesa humanidad, pero limitándose a declarar la existencia de una grave violación a los derechos humanos con base en el carácter generalizado de la transgresión; *Maldonado Vargas y otros vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 02/09/2015, Serie C, Nro. 300, párr. 31; *García Lucero y otras vs. Chile*, Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones, Sentencia, 28/08/2013, Serie C, Nro. 267, párr. 149; *Deras García y otros vs. Honduras*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 25/08/2022, Serie C, Nro. 462, párr. 98.

parece haber sido mantenida por la Corte cierta distinción entre desapariciones forzadas y el resto de las violaciones que atentan contra bienes esenciales, pero sin que ello se vea correspondido con un análisis concreto de qué normas jurídicas de derecho internacional permiten equiparar los efectos de tal delito con los reconocidos a los crímenes internacionales,⁸⁵ considerando las diferencias que existen entre cada tipo de excluyente de responsabilidad.⁸⁶

Existen razones estructurales y coyunturales que, desde luego, ayudan a entender estos déficits. La Corte IDH, a diferencia de otras instituciones como la Corte Penal Internacional, carece de competencia directa para juzgar la comisión de delitos penales (incluyendo crímenes internacionales), habiendo optado por conocer en tales cuestiones indirectamente en el marco de su tarea de interpretar y aplicar la CADH.⁸⁷ Este escenario le impone a la Corte la necesidad de, en múltiples ocasiones, tener que analizar la presencia de crímenes internacionales sin el apoyo de instrumentos convencionales específicos, sea porque su competencia se extiende temporalmente respecto de hechos previos a la entrada en vigor de esos tratados o bien porque incluye a Estados que no los han ratificado.⁸⁸ Cualquiera sea el caso, la Corte requiere recurrir al análisis del derecho consuetudinario, a sabiendas de las dificultades que ello puede plantear en relación con sucesos acaecidos hace varias décadas. Adicionalmente, como de hecho ha sucedido, se pone al tribunal interamericano en la necesidad de “dialogar” con tribunales con mayor experiencia en la aplicación de tales normas,⁸⁹ con las complejidades y riesgos que esa interacción conlleva.⁹⁰

85 En un voto separado del juez Zaffaroni, precisamente se enfatiza la particular gravedad del delito de desaparición forzada en contextos sistemáticos, en los que adquiere el carácter de crimen de lesa humanidad. Corte IDH, *Caso Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26/03/2021, voto separado del juez Zaffaroni, Serie C Nro. 423, § III.

86 Al respecto, puede comprenderse la razón esgrimida por la Corte para considerar que, en la medida en que la desaparición forzada es un delito de carácter continuado, puede ser correcto que no opere la prescripción penal. Ver *supra* § 3. Ahora bien, algunas precisiones adicionales pueden ser necesarias para extender tal exclusión a la invocación del principio de *ne bis in idem* por un acusado, que en principio no guarda una relación tan directa con el carácter continuado de la violación.

87 CADH, artículo 62: “La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido”.

88 Ver, por ejemplo, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 01/07/2002 (entrada en vigor); Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, 11/11/1970 (entrada en vigor).

89 Corte IDH, *Herzog y otros vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 15/03/2018, Serie C, Nro. 353, párrs. 222-229, que refiriere a sentencias de la Corte Penal Internacional y tribunales internacionales especiales.

90 Ver Gerald L. Neuman (2008), quien asevera que el apoyo requerido por la Corte en decisiones de

Aunque estos factores pueden explicar el desincentivo de la Corte a ahondar en tales discusiones, de ningún modo justifican la laxitud de su evaluación. En el caso de que la Corte IDH entienda que el análisis de la violación de normas inderogables de derecho internacional resulta esencial para su misión de interpretar y aplicar la CADH, entonces la única posibilidad congruente es llevar a cabo ese análisis con el nivel de detalle que su complejidad exige atendiendo las particularidades de cada caso concreto. Dos alternativas tiene a su disposición: o la Corte comienza a realizar un análisis detallado de los requisitos que llevan a concluir la presencia de una grave violación a los derechos humanos según las fuentes que cita o bien expone y fundamenta cuáles son las fuentes de derecho internacional que la llevan a tomar como base un estándar más laxo. Lo que no puede suceder es que defina una noción de “graves violaciones”, pero luego la flexibilice al momento de aplicarla un caso concreto.

Al respecto, una práctica de la Corte que puede merecer ser analizada con particular desconfianza es el peso significativo —cada vez más recurrente— otorgado al allanamiento procesal del Estado demandado, utilizado como justificación para evitar el análisis puntual de las características del caso.⁹¹ ¿La no contradicción por parte del Estado en el foro internacional habilita a la Corte a asumir automáticamente que se trata de una grave violación e imponer el avance de los procedimientos penales? Un enfoque protectorio de los derechos de los individuos puede aconsejar una respuesta negativa. Aceptar la existencia de una violación grave de derechos humanos con sus respectivos efectos (empezando por la inaplicabilidad de eximentes de responsabilidad) por el mero allanamiento de la parte demandada pierde de vista que las consecuencias de esa decisión serán afrontadas por terceros ajenos al procedimiento.

Mientras que la orden de reabrir los procesos judiciales estará dirigida a las autoridades estatales, en última instancia serán los individuos acusados de cometer el delito los que verán comprometidos sus derechos. El gran valor otorgado por la Corte IDH al allanamiento del Estado genera, por ello, un efecto sumamente pernicioso, ya que otorga carácter inderogable a obligaciones que el derecho internacional no considera como tales y lo hace a costa de

otros tribunales implicó una subestimación del consentimiento del grupo de Estados relevantes y una distorsión de las normas aplicables, poniendo en riesgo la efectividad del sistema interamericano. Ver también Toselli (2022), que, aunque con foco en la práctica de tribunales domésticos, plantea una serie de riesgos también potencialmente reflejados, o incluso potenciados, en el caso de los tribunales internacionales como la Corte IDH.

91 Ver *supra* § 4.

derechos de individuos que no tuvieron oportunidad de esgrimir esas defensas ante el tribunal interamericano. Se incurre, nada más y nada menos, en lo que la CADH justamente prohíbe: interpretar la Convención de forma tal que se le permita al Estado (en esta ocasión, a través de su allanamiento) suprimir el goce de los derechos y libertades reconocidos en ella y en las legislaciones internas.⁹² Eventualmente, un Estado puede decidir si, de acuerdo con su propia legislación, corresponde seguir impulsando los procedimientos penales o no, pero no le corresponde a la Corte imponer que eso se haga cuando el derecho internacional no lo exige.

5.2 Hacia una justificación de la obligación de los Estados de remover toda norma de derecho doméstico que contraríe el derecho internacional

Un segundo aspecto en el que la jurisprudencia de la Corte requiere un mayor refinamiento se encuentra en el tipo de reparación a ser ordenada una vez declarada una supuesta violación grave a los derechos humanos. Aun cuando se encuentre claro que la violación de una norma inderogable (como puede ser la obligación de investigar y sancionar crímenes internacionales) acarrea la responsabilidad internacional del Estado, ordenar —como sistemáticamente hace la Corte—⁹³ la remoción de leyes internas y la reapertura de procedimientos judiciales internos contra los acusados requiere de un paso argumentativo adicional, ya que presupone que el derecho interno y las autoridades internas competentes deben ajustarse a las normas con carácter de *jus cogens*.

Al ordenar la supresión por los Estados de aquellos obstáculos que impiden jurídicamente el avance de procedimientos penales internos, la Corte IDH parece asumir como dada la existencia de una regla de jerarquía normativa implícita en o derivada de las normas con carácter de *jus cogens*, según la cual las disposiciones de carácter inderogable del derecho internacional necesariamente subyugan al resto de las disposiciones normativas tanto internacionales como domésticas. Ello sería así al punto tal de que, hallada una violación de normas imperativas, no bastaría con que se declare la responsabilidad internacional del Estado, sino que puede ser necesario que las autoridades de cada Estado hagan

92 CADH, artículos 29(a)-29(b).

93 Ver, por ejemplo, Corte IDH, *Caso Masacre de la Aldea Los Josefinos vs. Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 3/11/2021, Serie C, Nro. 442, párr. 143; Corte IDH, *Espinoza Gonzáles vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 20/11/2014, Serie C, Nro. 289, párrs. 308-309.

prevalecer internamente la aplicación del derecho internacional en detrimento de la normativa doméstica. No obstante, contrario a este presupuesto, el impacto de las normas de *jus cogens* en los ordenamientos domésticos de cada Estado se encuentra lejos de ser una discusión zanjada.

Es cierto que, en apoyo de la posición del tribunal interamericano, existen voces que han planteado la necesidad de concebir las normas imperativas del derecho internacional en sentido “amplio”, reconociéndoles autoridad sobre las instituciones domésticas (De Wet, 2004). El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, a modo de *obiter dictum*, llegó a sostener que la violación de normas de *jus cogens* tiene un efecto directo en las acciones que las autoridades locales pueden adoptar de acuerdo con su propio ordenamiento, siendo posible que cualquier corte doméstica declare penalmente responsables a los autores de la violación sin reconocer valor jurídico a normativas de carácter interno que los eximan de dicha responsabilidad.⁹⁴ El razonamiento de este tribunal parece apoyarse en que resultaría absurdo considerar como insanablemente nulas disposiciones convencionales o consuetudinarias de derecho internacional que contraríen normas de *jus cogens*, pero no hacer lo propio con el derecho interno.⁹⁵

A pesar de estas representaciones, hay varios motivos para evitar alcanzar una conclusión apresurada. Sin ir más lejos, no resulta claro que exista un entendimiento compartido o reconocimiento por parte de los Estados acerca de esa supuesta supremacía de las normas de *jus cogens* hacia dentro de los propios ordenamientos. Más bien puede que suceda lo opuesto, en tanto en la CVDT, instrumento del cual la Corte IDH toma la definición de normas inderogables, los Estados se limitaron a acordar el efecto de tales disposiciones como restringido a la nulidad de tratados a ser celebrados entre ellos.⁹⁶ En caso de incurrirse en tal transgresión, los Estados se comprometieron a eliminar las consecuencias derivadas de la ejecución de aquellos convenios contrarios a las normas imperativas y a ajustar sus relaciones mutuas.⁹⁷ No se percibe una intención de los Estados de conferirles a las normas de *jus cogens* una función por fuera de

94 Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Prosecutor v. Furundzija*, Cámara de Juicio, Caso nro. IT-95-17/1-T10, Sentencia, 10/12/1998, párrs. 155-156.

95 Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Prosecutor v. Furundzija*, Cámara de Juicio, Caso nro. IT-95-17/1-T10, Sentencia, 10/12/1998, párr. 155.

96 Ver CVDT, artículo 53.

97 Ver CVDT, artículo 71.

sus relaciones interestatales y, menos aún, destinada a regir la actuación de sus órganos internos (Zimmermann, 1995, p. 438).⁹⁸

Aparte de la falta de consenso a nivel convencional, tampoco puede decirse que la práctica legislativa interna de los Estados refleje una supremacía absoluta del *jus cogens*, al menos en los términos en que es definido por el derecho internacional. Son contados —y ciertamente excepcionales— los casos de países en los que sus legislaciones internas le reconocen expresamente tal lugar a las disposiciones imperativas de derecho internacional, pudiéndose mencionar como ejemplo paradigmático a la Constitución Federal de Suiza de 1999.⁹⁹ Por fuera de tales excepciones, en general, los ordenamientos internos guardan silencio acerca de la relación que debe prevalecer entre tales reglas y los principios esenciales de cada ordenamiento, o incluso sujetan la aplicación del derecho internacional a una serie de condiciones destinadas a asegurar su compatibilidad con otras disposiciones domésticas.¹⁰⁰ El derecho constitucional sudafricano, por ejemplo, aun cuando recepta ampliamente al derecho internacional como parte del derecho interno, limita de manera significativa su aplicación en caso de conflicto con disposiciones constitucionales¹⁰¹ y establece su propio listado de derechos inderogables.¹⁰²

Lo anterior no implica necesariamente poner en duda que los Estados (o, al

98 Es cierto que, en la medida en que el objeto de la CVDT es regular el derecho de los tratados, no existe una razón de peso para considerar que los Estados habrían dispuesto un efecto más profundo respecto de sus ordenamientos internos incluso si existía acuerdo sobre ello. Sin perjuicio de ese matiz, sigue en pie el hecho de que no parece haberse materializado entendimiento alguno por parte de los Estados (al menos por una parte significativa de ellos) respecto de una definición más amplia de los efectos de las normas de *jus cogens* que la contenida en la CVDT.

99 Constitución Federal de Suiza, artículos 193 y 194, que dispone que cualquier revisión parcial o total de la constitución debe garantizar que “[l]as disposiciones imperativas de derecho internacional no serán violadas”). En Argentina, a pesar de no contarse con una regulación con tal grado de especificidad, la Corte Suprema intentó de todas formas derivar el reconocimiento constitucional de las normas de *jus cogens* a partir de la inclusión en la Constitución Nacional de la referencia al “derecho de gentes”. Ver Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), *Mazzeo, Julio Lilo y otros S/ Rec. de Casación e Inconstitucionalidad*, 13/07/2013, Fallos: 330:3248, voto de la mayoría, § 15. Sin embargo, tal interpretación de la Constitución Nacional dista de hallarse consolidada, habiendo sido merecedora de importantes críticas y no siendo claramente ratificada por el tribunal en los años siguientes. Ver Nazareno (2020, pp. 205-212).

100 Ver, por ejemplo, Constitución Nacional (Argentina), artículos 27 y 75.22, que disponen que los tratados, aun aquellos con jerarquía constitucional, deberán ser conformes con los principios de derecho público argentino y no podrán derogar derechos y garantías reconocidos en la primera parte de la Constitución.

101 Constitución de Sudáfrica, artículo 232.

102 Constitución de Sudáfrica, artículo 37.

menos, una gran mayoría de ellos) otorgan un fuerte valor en sus respectivos ordenamientos a los mismos principios reflejados en las normas de *jus cogens*. En la medida en que tales normas imperativas de derecho internacional se basan en la aceptación y reconocimiento por parte de la comunidad de Estados en su conjunto,¹⁰³ asumiendo que su identificación fue correcta, podría presumirse que se trata de normas también aceptadas y reconocidas en el ámbito interno. Sin embargo, ese no es el punto. Aun cuando tal reconocimiento exista, nada impide que los Estados, a través de sus respectivas instituciones, reconozcan como esenciales internamente otros principios adicionales a los que asignen igual o mayor valor que aquellos que actualmente reconoce la comunidad internacional como imperativos en las relaciones entre Estados.¹⁰⁴ De allí que el consenso de los Estados sobre el contenido de ciertas normas imperativas de derecho internacional no se traduzca en un consenso respecto de sus efectos en relación con otros principios reconocidos por el ordenamiento doméstico (De Wet, 2004, p. 120).

Esta discordancia es posible gracias a la dualidad de regímenes a los que se encuentran atados los Estados y demás sujetos de derecho, siendo posible que ciertos actos puedan ser considerados como violatorios de disposiciones domésticas, pero no así de normas internacionales; en cambio, un acto realizado de conformidad con el derecho interno puede ser contrario al derecho internacional.¹⁰⁵ De ser esta premisa correcta, entonces la pretensión de que cualquier procedimiento judicial interno de un Estado deba otorgar primacía a la aplicación de las normas internacionales —aunque el ordenamiento nacional no lo disponga o incluso lo prohíba— puede estar perdiendo de vista la posibilidad de que esa dualidad exista, teniendo un mismo acto consecuencias diferentes según se trate del plano internacional o doméstico. La irrupción de entes con funciones jurisdiccionales en el plano internacional tiene por finalidad institucionalizar una respuesta frente a aquellos actos presuntamente contrarios al

103 CVDI, artículo 53.

104 Ver Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), *Espósito*, Miguel A., 23/12/2004, Fallos: 327:5668, voto concurrente del juez Fayt, § 10, donde se considera que el cumplimiento de las sentencias dictadas en el marco de su competencia por la Corte IDH no puede tener como consecuencia la inaplicabilidad de principios de raigambre constitucional del derecho interno que los tribunales domésticos se encuentran obligados a respetar.

105 Este principio se encuentra reflejado, por ejemplo, en el artículo 3 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, al disponer que “[l]a calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional”, sin perjuicio de “la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno”.

derecho internacional, mas no necesariamente garantizar una alineación entre los sistemas.

La falta de atención por parte de la Corte IDH a la posibilidad de que esta dualidad exista al momento de ordenar que autoridades locales dejen de lado el derecho local en el marco de procedimientos internos llevó, previsiblemente, a cortocircuitos significativos. Si bien las respuestas por las autoridades domésticas han sido variadas y cambiaron con los años, tribunales superiores de países latinoamericanos ya han mostrado su disconformidad con la ejecución de sentencias de la Corte que les impongan adoptar medidas contrarias a su propio derecho interno.¹⁰⁶ La contraofensiva de la Corte IDH, en oportunidad de ejercer la supervisión del cumplimiento de sus decisiones, procuró defender las órdenes dadas a los órganos judiciales de los Estados, pero evitó hacerlo a través de una explicación de por qué las autoridades domésticas se hallarían genéricamente obligadas a reconocer la jerarquía del derecho internacional por sobre el derecho interno. En cambio, su argumentación se enfocó en resaltar: (i) el carácter obligatorio de las sentencias dictadas en ejercicio de la competencia otorgada por la CADH; y, (ii) la incompatibilidad de los excluyentes de responsabilidad (y, por ende, de cualquier ley que los contemple) con obligaciones internacionales.¹⁰⁷

Ambas respuestas esquivan el problema que subyace a la orden de remover excluyentes de responsabilidad previstos en normativas internas de los Estados.

Por una parte, de más está decir que la mera referencia a que las sentencias dictadas por la Corte tienen carácter obligatorio —un hecho que no puede ser controvertido— no justifica el contenido de esas sentencias desde un punto de vista interno.¹⁰⁸ Tampoco lo hace el hecho de que la CADH le reconozca un amplio grado de discrecionalidad para determinar el remedio a ser implementado como consecuencia de una violación.¹⁰⁹ Tales argumentos llevarían a

106 Ver, por ejemplo, Suprema Corte de Justicia (Uruguay), Sentencia Nro. 20, 22/02/2013, voto de la mayoría; Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso "Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 14/02/2017, Fallos: 340:47, voto de la mayoría.

107 Corte IDH, *Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, 20/03/2013, párr. 58.

108 Corte IDH, *Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, 20/03/2013, párrs. 59-64. No forma parte de esta investigación expedirse acerca de si existe una posibilidad de los Estados y, en ese caso, con qué alcance de rehusarse a cumplir con las sentencias dictadas por la Corte IDH. Lo que aquí me interesa es únicamente poner el foco en la fundamentación interna que subyace a las decisiones de la Corte al momento de ordenar a los Estados dejar de lado sus propias normas del derecho interno.

109 Corte IDH, *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*, Supervisión de cumplimiento de sentencia,

concluir que, encontrada una violación, el derecho internacional justifica que cualquier tipo de medida sea impuesta a los Estado por el solo hecho de que esa decisión tendrá carácter vinculante y final. Ese tipo de razonamiento no es aceptable. Si es correcta la premisa de que existe cierto grado de independencia entre el ordenamiento doméstico y el ordenamiento internacional, no siendo necesario que ambos exijan un mismo resultado, entonces la pretensión de que procedimientos judiciales internos se rijan por el derecho internacional —en detrimento del derecho doméstico— no constituye una obligación a la que los Estado se encuentren sujetos. Las sentencias de la Corte IDH, aun cuando sean obligatorias, no serían una fuente válida para crear reglas de jerarquía que el derecho no dispone.

Por otra parte, en lugar de ser la respuesta, el énfasis colocado por la Corte en que la aplicación de excluyentes de responsabilidad frente a graves violaciones a los derechos humanos implica un incumplimiento de sus obligaciones internacionales constituye justamente el inicio de la pregunta.¹¹⁰ Encontrado un hecho que genera responsabilidad internacional por incumplimiento de una obligación internacional, la cuestión radica en determinar si necesariamente el derecho interno de ese Estado (aun cuando no lo disponga así) también debe alinearse con el ordenamiento internacional o puede mantener su separación. Si la independencia entre ordenamientos es jurídicamente posible, las autoridades locales de un Estado pueden estar obligadas a cumplir con lo que disponga el ordenamiento doméstico, aun cuando, al mismo tiempo, se genere responsabilidad internacional del Estado por aplicación de las correspondientes normas de derecho internacional. Si se considera que esa dualidad no es posible, entonces debe probarse que existe una disposición normativa jurídicamente vinculante para cualquier Estado por la cual todas sus autoridades deben dar primacía al derecho internacional, aun en aquellos casos en que el derecho interno impone una solución diferente.

Pero ¿existe tal norma? Podría interpretarse que, en su jurisprudencia, la Corte ha entendido que tal jerarquización entre ambos ordenamientos se desprendería o del artículo 27 de la CVDT o bien del artículo 2 de la CADH.¹¹¹

18/10/2017, párr. 28. Ver CADH, Artículo 63(1). Ver Antkowiak (2008, pp. 355-365).

110 Corte IDH, *Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, 20/03/2013, párrs. 91-101.

111 Corte IDH, *Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, 20/03/2013, párrs. 59-60. Parte de la omisión de la Corte a ahondar en este análisis parece estar dada porque, en sus propias palabras, si las autoridades judiciales de un Estado consideran que su propio derecho les impide dar primacía al derecho internacional, “no se trata de resolver el problema de la supremacía

Aunque puede ameritar un estudio específico, se pueden anticipar algunos problemas con los que ambas disposiciones invocadas podrían encontrarse. En lo que respecta a la CVDT, como ya tuvimos oportunidad de analizar, se encuentra en gran medida aceptado que su artículo 27 no contiene una regulación acerca de la jerarquía entre ordenamientos internacional y doméstico.¹¹² Sir Humphrey Waldock, consultor experto durante la Conferencia sobre el Derecho de los Tratados, expuso que tal disposición apuntó a limitar la posibilidad de los Estados de eximirse de responsabilidad internacional por la mera invocación de su derecho interno (CNUDT, 1968, p. 158), sin que ello implique que se encuentren obligados internamente a desplazar la aplicación del derecho doméstico en favor del derecho internacional (Schmalenbach, 2018, p. 494). El impacto de esta disposición en el orden interno de cada Estado ha sido calificado como “limitado” (Schmalenbach, 2018, p. 494).

No obstante, el artículo 2 de la CADH exige alguna consideración más en detalle, ya que incluye un compromiso general de los Estados de adoptar las medidas de derecho interno necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades establecidos en la Convención.¹¹³ Esta provisión ha jugado un rol central en la pretensión de la jurisprudencia interamericana para transformar los sistemas jurídicos internos (Hennebel y Tigroudja, 2022, p. 98), en tanto ha sido interpretada por la Corte no sólo como exigiendo a los Estados adoptar regulaciones que permitan la implementación de los derechos reconocidos por la CADH, sino también como obligando a todas sus autoridades (políticas y judiciales) a suprimir la aplicación de cualquier normativa interna que contraríe las obligaciones internacionales del Estado.¹¹⁴ Bajo esta interpretación, es fun-

del derecho internacional sobre el nacional en el orden interno, sino únicamente de hacer cumplir aquello a lo que los Estados soberanamente se comprometieron”. Ver Corte IDH, *Fontvecchia y D’Amico vs. Argentina*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, 18/10/2017, párr. 14. Sin embargo, este argumento es circular. De acuerdo con las sentencias de la Corte, existiría una obligación de los Estados de asegurar que sus propios procedimientos judiciales internos dejen de lado el derecho doméstico y otorguen primacía al derecho internacional, por lo que determinar aquello “a lo que los Estados soberanamente se comprometieron” implica necesariamente determinar si, en el marco de procedimientos internos de los Estados, el derecho internacional goza de supremacía por sobre el derecho de orden interno.

112 Ver *supra* § 2.

113 CADH, artículo 2.

114 Ver, por ejemplo, Corte IDH, *Caso “Cinco Pensionistas”*, Sentencia, 28/02/2003, Serie C, Nro. 98, párr. 163; *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, 17/09/2003, párr. 78. Aun cuando el artículo 2 de la CADH únicamente refiere a lo que se podría denominar “obligaciones primarias” (derechos y libertades reconocidos en la CADH), la Corte IDH ha extendido su aplicación también a las medidas de reparación ordenadas en sus sen-

ción de los órganos judiciales de un Estado “hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan [su] cumplimiento”, incluyendo sobre cualquier eximente de responsabilidad aplicable a potenciales graves violaciones a los derechos humanos.¹¹⁵

Algunas observaciones, de todas formas, sirven para matizar esta lectura dada por la Corte. La sola presencia de una obligación específica del Estado de introducir medidas para efectivizar el cumplimiento de obligaciones internacionales permite inferir que los Estados Parte de la CADH entendían que el derecho internacional *per se* no resultaba ni supremo ni de aplicación directa respecto de sus prácticas internas. Si tal supremacía existiera, ningún valor habría tenido introducir una disposición que afirme la necesidad de adaptar el derecho interno a los fines de efectivizar el derecho internacional. En este marco, pueden intentarse distintas interpretaciones del artículo 2, aunque no todas están exentas de problemas. En relación con la lectura expansiva propuesta por la Corte IDH —incluyendo un rol activo de los tribunales internos de dejar sin efecto excluyentes de responsabilidad penal—, tal interpretación no parece compatible con las restricciones impuestas por el artículo 29 de la CADH.¹¹⁶ Contrario al principio *pro homine* allí reflejado, entender que los órganos internos de los Estados están obligados a impedir la aplicación de garantías penales reconocidas en la propia CADH implica limitar esos derechos de manera más extensiva que la prevista por la Convención, no pudiendo entonces ser una interpretación correcta de su texto (Malarino, 2012, p. 684). Asimismo, en lugar de reafirmar una supuesta supremacía respecto del derecho interno, los trabajos preparatorios del artículo reflejarían más bien una intención de dejar a discreción de los Estados la manera específica de implementar los derechos convencionalmente reconocidos, de acuerdo con las prácticas y necesidades de sus respectivos ordenamientos (Hennebel y Tigroudja, 2022, p. 100). El hecho de que, con posterioridad a la aprobación de la CADH, los Estados americanos no hayan introducido reformas en sus constituciones que reflejen la superiori-

tencias (obligaciones secundarias) y al cumplimiento de esas medidas. Ver Corte IDH, *Escher y otros vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 06/07/2009, Serie C, Nro. 200, párr. 219; *Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, 20/03/2013, párrs. 59-60.

115 Corte IDH, *Gómez Lund y otros vs. Brasil*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, 17/10/2014, párr. 19.

116 CADH, artículo 29.

dad absoluta del derecho internacional es otro aspecto que desacredita que tal entendimiento hubiese existido.¹¹⁷

Ninguna de las consideraciones hasta aquí expuestas pretende agotar la discusión, sino más bien servir de disparador para revitalizarla, dando cuenta de la existencia de un potencial problema pendiente. Sin lugar a duda, nuevos pronunciamientos de la Corte IDH permitirían ahondar en una respuesta o mejorar la dada hasta el momento.

6. Conclusiones

El análisis de la jurisprudencia interamericana hasta la actualidad muestra una diversidad de enfoques intentados por la Corte IDH para definir los límites de la obligación de los Estados de acabar con la impunidad cuando existen ciertos obstáculos legales que impiden la continuación de las investigaciones. Sin perjuicio de tales cambios, con el pasar de los años, sobresalen algunos ejes concretos en los que el razonamiento del tribunal parece haberse asentado.

Primero, respecto del fundamento jurídico por el que la punición de los responsables prevalece por sobre la aplicación de garantías penales, la jurisprudencia se halla consolidada en torno a la existencia de normas de carácter inderogable. Habiendo quedado largamente superado el enfoque basado en la mera jerarquía del orden internacional por sobre el doméstico (primera etapa), la Corte consistentemente asoció la inaplicabilidad de excluyentes de responsabilidad con normas de *jus cogens* que reafirman la obligación del Estado de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de violaciones a los derechos humanos, al menos en ciertos casos. En la medida en que tales deberes estatales se encontrarían respaldados por disposiciones inderogables, cualquier intento de excusar tales deberes con base en disposiciones relacionadas con excluyentes de responsabilidad, ya sea de carácter interno o internacional, resultaría fútil.

Segundo, igualmente consolidado se encuentra el razonamiento de la Corte IDH respecto de que la inderogabilidad de las obligaciones del Estado no abarcaría a la investigación de cualquier violación a los derechos humanos, sino únicamente a aquellas trasgresiones categorizadas como graves violaciones a los

117 A modo ilustrativo, aun cuando Argentina ratificó la CADH en 1984 y le otorgó jerarquía constitucional durante la reforma constitucional de 1994, evitó hacerlo en términos absolutos. En cambio, los constituyentes dispusieron que la supremacía del instrumento internacional sería tal en la medida en que, entre otras limitaciones, no derogue derechos reconocidos en la primera parte de la Constitución. Constitución Nacional (Argentina), artículo 75.22.

derechos humanos. Sin perjuicio de cuál sea el contenido concreto de la clasificación —que, como vimos, estuvo sujeto a sus propios vaivenes—, la jurisprudencia se muestra firme en cuanto a la necesidad de trazar distinciones hacia el interior del propio sistema, no resultando correcto otorgar los mismos efectos jurídicos a cualquier tipo de violación. Aun cuando toda transgresión contra los derechos humanos represente indudablemente cierto nivel de gravedad y se encuentre sujeta a una obligación *ex post* del Estado de investigar a los presuntos responsables, solo en algunos supuestos el derecho precluye la aplicación de eximentes de responsabilidad en favor de los acusados.

Por último, en lo que sería el eje más reciente de su jurisprudencia sobre la aplicación de eximentes de responsabilidad, la Corte IDH concretizó la definición de qué debe entenderse por “graves violaciones a los derechos humanos”. Luego de un extenso período en el que primó un enfoque amplio respecto de los casos cubiertos por una obligación inderogable de investigar violaciones cometidas, la jurisprudencia tendió hacia un entendimiento más restringido de las violaciones cuya gravedad torna imposible la aplicación de eximentes, limitándose a aquellos casos que presentan algún acoplamiento con los considerados crímenes internacionales o que, al menos, presentan algunas de sus características centrales, como la sistematicidad de la transgresión. Tal estrechamiento no obsta que, como de hecho sucede, la Corte prevea una válvula de escape incluso para aquellos casos que quedan por fuera del espectro, tomando en cuenta la presencia de procedimientos internos fraudulentos o la existencia de una aceptación por parte del Estado de proseguir con las investigaciones.

Terminado este recorrido, es posible preguntarse si un retroceso en el razonamiento de la Corte hacia una etapa previa podría ser aconsejable, como de hecho pareciera haber sugerido la Comisión Interamericana.¹¹⁸ Algunas consideraciones iniciales podrían desprenderse del análisis realizado. Por una parte, como vimos, el estrechamiento de la categoría parecería ser más acorde al concepto original de graves violaciones a los derechos humanos, según se hallaba contemplado en algunos de los instrumentos que la propia Corte habría tenido en consideración al introducirla dentro de su jurisprudencia. Por otra parte, el concepto en su acepción más limitada parecería presentar una mayor alineación con la noción de normas inderogables de derecho internacional, asegurando que efectivamente no existan excepciones en las que el deber de

118 Ver, por ejemplo, Corte IDH, *Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 15/07/2020, Serie C, Nro. 407, párr. 206, que solicita que se declare como grave violación contra

investigar violaciones por parte de los Estado no pueda ser derogado en aplicación de otras disposiciones de derecho internacional.

Estos avances no quitan la existencia de algunas deudas pendientes. Entre ellas, el refinamiento jurídico expuesto en la jurisprudencia interamericana sigue evidenciando —a su pesar— una tendencia expansivista por parte de la Corte IDH, que se muestra abierta a ordenar la remoción de excluyentes de responsabilidad y continuar procedimientos penales internos incluso a riesgo de debilitar el soporte jurídico de su razonamiento. Tal problema puede observarse, por ejemplo, en la laxitud con que la Corte corrobora las condiciones que exige el derecho internacional, según su propio análisis, para determinar la presencia de una grave violación a los derechos humanos que conlleve, a su vez, una obligación con carácter inderogable por parte del Estado de investigar y sancionar a los responsables. Asimismo, y con un grave riesgo para la legitimidad de sus decisiones, es imperativo que la Corte clarifique las razones por las cuales existiría una supuesta pretensión de las normas de *jus cogens* de soslayar la aplicación de normas internas en el marco de procedimientos domésticos. De no hacerlo, su intento de imponer la remoción de disposiciones de derecho interno culminará en nuevas críticas respecto de un exceso en los límites de su competencia.

Bibliografía

- Antkowiak, T. M. (2008). Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond. *Columbia Journal of Transnational Law*, 46(2), 351-419. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1329848.
- Baluarte, D. C. (2012). Strategizing for Compliance: The Evolution of a Compliance Phase of Inter-American Court Litigation and the Strategic Imperative for Victims' Representatives. *American University International Law Review*, 27(2), 263-320.
- Binder, C. (2011). The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights. *German Law Journal*, 12(5), 1203-1230. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26381.pdf>.
- Cavallaro, J. L. y O'Connell, J. (2020). *When Prosecution Is Not Enough: How the International Criminal Court Can Prevent Atrocity and Advance Accountability by Emulating Regional Human Rights Institutions*. *Yale Journal of International Law*, 45, 1-67. <https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/6738>.

los derechos humanos la explosión ocurrida en una fábrica de fuegos artificiales privada que operaba en condiciones irregulares. La Corte omitió otorgar una calificación a los hechos.

- Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados. (1968). *Primera Sesión (Viena, 26 de marzo-24/05/1968). Registros resumidos de las reuniones plenarias y de las reuniones del Comité en Pleno*. <https://www.ilsa.org/Jessup/Jessup15/VCLT%20First%20Session.pdf>.
- Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. (1985). *Informe Preliminar del Relator Especial Louis Joinet, Estudio sobre leyes de amnistía y su rol en la protección y promoción de derechos humanos*.
- Contesse, J. (2019). Resisting the Inter-American Human Rights System. *Yale Journal of International Law*, 44, 179-237. <https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/6734>.
- De Wet, E. (2004). The Prohibition of Torture as an International Norm of jus cogens and Its Implications for National and Customary Law. *European Journal of International Law*, 15(1), 97-121.
- Elias, J. S. (2011). Justicia transicional y justicia internacional (A propósito del caso “Gómez Lund”). *Revista de Derecho Comparado*, 19, 165-193.
- Engle, K. (2015). *Anti-Impunity and the Turn to Criminal Law in Human Rights*. *Cornell Law Review*, 100, 1069-1128. <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=4670&context=clr>.
- Hennebel, L. y Tigroudja, H. (2022). *The American Convention on Human Rights: A Commentary*. Oxford University Press.
- Hillebrecht, C., Huneeus, A. y Borda, S. (2018). The Judicialization of Peace. *Harvard International Law Journal*, 59(2), 279-330. https://journals.law.harvard.edu/ilj/wp-content/uploads/sites/84/HLI204_crop-1.pdf.
- LaPlante, L. J. (2009). Outlawing Amnesty: The Return of Criminal Justice in Transitional Justice Schemes. *Virginia Journal of International Law*, 49(4), 915-984.
- Leyh, B. (2016). Nuremberg’s Legacy within Transitional Justice: Prosecutions Are Here to Stay. *Washington University Global Studies Law Review*, 15(4), 559-574. <https://journals.library.wustl.edu/globalstudies/article/id/531/>.
- Malarino, E. (2012). Judicial Activism, Punitivism and Supranationalisation: Illiberal and Antidemocratic Tendencies of the Inter-American Court of Human Rights. *International Criminal Law Review*, 12(4), 665-696.
- Mégret, F. y Calderón, J. P. S. (2015). The Move Towards a Victim-Centred Concept of Criminal Law and the “Criminalization” of Inter-American Human Rights Law. En Haeck, Y., Ruiz-Chiriboga, O. y Burbano-Herrera, C. (Eds.), *The Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present And Future* (pp. 419-441). Intersentia.
- Naciones Unidas. (1993). *Declaración y Programa de Acción de Viena*. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf.
- Naddeo, C. C. (2012). Praising the Region: What Might Complementary Criminal Justice System Learn from the Inter-American Court of Human Rights? En Van den Herik, L. y Stahn, C. (Eds.), *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law* (pp. 187-215). Martinus Nijhoff Publishers.
- Nazareno, P. (2020). Impunity Reconsidered: International Law, Domestic Politics, and the Pursuit of Justice. *Harvard Human Rights Journal*, 33, 173-274. <https://journals.law.harvard.edu/hrj/wp-content/uploads/sites/83/2020/10/33HHRJ173-Nazareno.pdf>.
- Neuman, G. L. (2008). Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. *European Journal of International Law*, 19(1), 101-123.

- Roth-Arriaza, N. (1990). State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law. *California Law Review*, 78(2), 449-513.
- Schmalenbach, K. (2018). Article 27. En Dörr, O. y Schmalenbach, K. (Eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary* (pp. 493-504). Springer-Verlag.
- Teitel, R. (2015). Transitional Justice and Judicial Activism - A Right to Accountability. *Cornell International Law Journal*, 48(2), 385-422. <https://www3.lawschool.cornell.edu/research/ILJ/upload/Teitel-final.pdf>.
- Tittmore, B. D. (2006). Ending Impunity in the Americas: The Role of the Inter-American Human Rights System in Advancing Accountability for Serious Crimes under International Law. *Southwestern Journal of Law & Trade in the Americas*, 12(2), 429-476.
- Toselli, M. (2022). Repensando los préstamos constitucionales: un análisis crítico del uso de materiales foráneos desde la experiencia argentina. *International Journal of Constitutional Law*, 20(4), 1647-1674. <https://academic.oup.com/icon/article/20/4/1647/7067179>.
- Zimmermann, A. (1995). Sovereign Immunity and Violations of International Jus Cogens - Some Critical Remarks. *Michigan Journal of International Law*, 16(2), 433-440. <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol16/iss2/4>.

Jurisprudencia citada

Corte Interamericana de Derechos Humanos y otros tribunales internacionales

- Corte IDH, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 26/09/2006, Serie C, Nro. 154.
- Corte IDH, *Anzualdo Castro vs. Perú*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 22/09/2009, Serie C, Nro. 202.
- Corte IDH, *Aroca Palma y otros vs. Ecuador*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 08/11/2022, Serie C, Nro. 471.
- Corte IDH, *Barbosa de Souza y otros vs. Brasil*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 07/09/2021, Serie C, Nro. 435.
- Corte IDH, *Barrios Altos vs. Perú*, Fondo, Sentencia, 14/03/2001, Serie C, Nro. 75.
- Corte IDH, *Barrios Altos vs. Perú*, Fondo, Sentencia, 14/03/2001, voto concurrente del Juez Cançado Trindade, Serie C, Nro. 75.
- Corte IDH, *Bayarri vs. Argentina*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 30/10/2008, Serie C, Nro. 187.
- Corte IDH, *Bueno Alves vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 11/05/2007, Serie C, Nro. 164.
- Corte IDH, *Bulacio vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 18/09/2003, Serie C, Nro. 100.
- Corte IDH, *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 22/11/2004, Serie C, Nro. 117.
- Corte IDH, *Casierra Quiñonez y otros vs. Ecuador*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 11/05/2022, Serie C, Nro. 450.
- Corte IDH, *Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia, 12/03/2020, Serie C Nro. 402.

- Corte IDH, *Caso “Cinco Pensionistas”*, Sentencia, 28/02/2003, Serie C, Nro. 98.
- Corte IDH, *Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 15/07/2020, Serie C, Nro. 407.
- Corte IDH, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 08/07/2004, Serie C, Nro. 110.
- Corte IDH, *Caso del Caracazo vs. Venezuela*, Reparaciones y Costas, Sentencia, 29/08/2002, Serie C, Nro. 95.
- Corte IDH, *Caso Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 26/03/2021, voto separado del Juez Zaffaroni, Serie C, Nro. 423.
- Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 29/11/2006, Serie C, Nro. 162.
- Corte IDH, *Caso Masacre de la Aldea Los Josefinos vs. Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 03/11/2021, Serie C, Nro. 442.
- Corte IDH, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 25/10/2012, Serie C, Nro. 252.
- Corte IDH, *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 04/09/2012, Serie C, Nro. 250.
- Corte IDH, *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 30/11/2016, Serie C, Nro. 328.
- Corte IDH, *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 08/03/2018, Serie C, Nro. 349.
- Corte IDH, *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 20/10/2016, Serie C, Nro. 318.
- Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, 17/09/2003.
- Corte IDH, *Deras García y otros vs. Honduras*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 25/08/2022, Serie C, Nro. 462.
- Corte IDH, *Escher y otros vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 06/07/2009, Serie C, Nro. 200.
- Corte IDH, *Espinoza Gonzáles vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 20/11/2014, Serie C, Nro. 289.
- Corte IDH, *Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, 18/10/2017.
- Corte IDH, *Galindo Cárdenas y otros vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 02/10/2015, Serie C, Nro. 301.
- Corte IDH, *García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 26/11/2013, Serie C, Nro. 273.
- Corte IDH, *García Lucero y otras vs. Chile*, Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones, Sentencia, 28/08/2013, Serie C, Nro. 267.
- Corte IDH, *Gelman vs. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, Sentencia, 24/02/2011, Serie C, Nro. 221.
- Corte IDH, *Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, 20/03/2013.

- Corte IDH, *Godínez Cruz vs. Honduras*, Fondo, Sentencia, 20/01/1989, Serie C, Nro. 5.
- Corte IDH, *Goiburú y otros vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 22/09/2006, Serie C, Nro. 153.
- Corte IDH, *Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 24/11/2010, Serie C, Nro. 219.
- Corte IDH, *Gómez Lund y otros vs. Brasil*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, 17/10/2014.
- Corte IDH, *Gómez Palomino vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 22/11/2005, Serie C, Nro. 136.
- Corte IDH, *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 16/11/2009, Serie C, Nro. 205.
- Corte IDH, *Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 20/11/2012, Serie C, Nro. 253.
- Corte IDH, *Guerrero, Molina y otros vs. Venezuela*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 03/06/2021, Serie C, Nro. 424.
- Corte IDH, *Gutiérrez Soler vs. Colombia*, Sentencia, 12/09/2005, Serie C, Nro. 132.
- Corte IDH, *Gutiérrez y familia vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 25/11/2013, Serie C, Nro. 271.
- Corte IDH, *Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 24/06/2020, Serie C, Nro. 405.
- Corte IDH, *Herzog y otros vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 15/03/2018, Serie C, Nro. 353.
- Corte IDH, *Loayza Tamayo vs. Perú*, Reparaciones y Costas, Sentencia, 27/11/1998, Serie C, Nro. 42.
- Corte IDH, *Maidanik y otros vs. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, Sentencia, 15/11/2021, Serie C, Nro. 444.
- Corte IDH, *Maldonado Vargas y otros vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 02/09/2015, Serie C, Nro. 300.
- Corte IDH, *Maritza Urrutia vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 27/11/2003, Serie C, Nro. 103.
- Corte IDH, *Mina Cuero vs. Ecuador*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 07/09/2022, Serie C, Nro. 464.
- Corte IDH, *Myma Mack Chang vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 25/11/2003, Serie C, Nro. 101.
- Corte IDH, *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 24/10/2012, Serie C, Nro. 251.
- Corte IDH, *Núñez Naranjo y otros vs. Ecuador*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia, 23/05/2023, Serie C, Nro. 492.
- Corte IDH, *Ortiz Hernández y otros vs. Venezuela*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 22/08/2017, Serie C, Nro. 338.
- Corte IDH, *Sales Pimenta vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 30/06/2022, Serie C, Nro. 454.
- Corte IDH, *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 08/02/2018, Serie C, Nro. 348.

- Corte IDH, *Tabares Toro y otros vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 23/05/2023, Serie C, Nro. 491.
- Corte IDH, *Tavares Pereira y otros vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 16/11/2023, Serie C, Nro. 507.
- Corte IDH, *Tiu Tojín vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 26/11/2008, Serie C, Nro. 190.
- Corte IDH, *Torres Millacura y otros vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 26/08/2011, Serie C, Nro. 229.
- Corte IDH, *Trujillo Oroza vs. Bolivia*, Reparaciones y Costas, Sentencia, 27/02/2002, Serie C, Nro. 92.
- Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Fondo, Sentencia, 29/07/1988, Serie C, Nro. 4.
- Corte IDH, *Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 03/09/2012, Serie C, Nro. 248.
- Corte IDH, *Vera Vera y otra vs. Ecuador*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, 19/05/2011, Serie C, Nro. 226.
- Corte IDH, *Ximenes Lopes vs. Brasil*, Sentencia, 04/07/2006, Serie C, Nro. 149.
- Corte Internacional de Justicia, *Aplicabilidad de la obligación de someter una controversia a arbitraje con arreglo a la sección 21 del Acuerdo de 26 de junio de 1947 relativo a la sede de las Naciones Unidas*, Opinión Consultiva, 26/04/1988.
- Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Prosecutor v. Furundzija*, Cámara de Juicio, Caso nro. IT-95-17/1-T10, Sentencia, 10/12/1998.

Tribunales nacionales

- Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), *Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción de la acción penal*, 23/12/2004, Fallos: 327:5668, voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), *Mazzeo, Julio Lilo y otros S/ Rec. de Casación e Inconstitucionalidad*, 13/07/2013, Fallos: 330:3248, voto de la mayoría.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso "Fonteviechia y D'Amico vs. Argentina" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 14/02/2017, Fallos: 340:47, voto de la mayoría.
- Suprema Corte de Justicia (Uruguay), *AA - Denuncia. Excepción de Inconstitucionalidad Ley N° 18.831 y Casación Penal*, 25/09/2017, Sentencia Nro. 680/2017.
- Suprema Corte de Justicia (Uruguay), Sentencia Nro. 20, 22/02/2013, voto de la mayoría.

EL CONTROL DEL PODER LEGISLATIVO AL GOBIERNO EN ARGENTINA Y ESPAÑA: COROLARIO Y PROPUESTAS A LA LUZ DE SU ANÁLISIS COMPARADO

David Parra Gómez

Universidad de Murcia

david.parra@um.es

Recibido: 12/08/2024

Aceptado: 02/09/2024

Resumen

Es un parecer mayoritario en la academia (especialmente en Hispanoamérica) sostener que, frente a los sistemas de gobierno presidencialistas (hegemónicos en esa región), a los que frecuentemente se acusa de caer en el hiperpresidencialismo, los regímenes parlamentarios (mayoritarios en Europa occidental) garantizan *per se* un mayor control del Gobierno por parte del Parlamento. Sin embargo, se olvida a menudo que la propia exigencia, propia de todo régimen parlamentario, de que el Gobierno cuente con una legitimación democrática, mediada por el Parlamento, ha fundido en una sola y misma voluntad al Ejecutivo y a la mayoría parlamentaria que lo apoya. Como consecuencia, al ser el Gobierno el mismo sujeto que la mayoría parlamentaria que lo sustenta, ya no se puede sostener con propiedad que el Parlamento lo controle, constriñéndose éste a ejercer sobre el Ejecutivo una fiscalización más bien formal y rutinaria. Por esa razón, el mayor y más eficaz control parlamentario del Poder Ejecutivo depende en cada país, con independencia de su forma de gobierno (parlamentaria, presidencialista o semi-presidencialista), de los concretos instrumentos con los que se dota a la minoría parlamentaria para llevar a cabo esta crucial labor, así como de la *praxis* política y judicial que en este se ha ido consolidando. Así resulta cuando se analiza, en dos países con formas de gobierno distintas, cuáles son las posibilidades reales que tiene la oposición política para controlar al Gobierno, tanto desde el Parlamento como a través de su participación en el nombramiento y fiscalización de instituciones y autoridades independientes.

Palabras clave: parlamentarismo, presidencialismo, control del gobierno, oposición política, derecho comparado.

Legislative Oversight of Government in Argentina and Spain: Corollary and Proposals in Light of their Comparative Analysis

Abstract

In academic discourse, particularly within Latin America, there is a prevalent belief that parliamentary systems, which dominate in Western Europe, inherently offer superior mechanisms for legislative oversight of the executive compared to presidential systems, which are frequently criticized for fostering hyper-presidentialism. However, this perspective often neglects the intrinsic characteristic of parliamentary systems that requires the government to derive its democratic legitimacy through Parliament. This necessity effectively amalgamates the executive with the parliamentary majority that sustains it, thereby unifying their will. As a result, the claim that Parliament exercises substantive control over the executive becomes tenuous, as such oversight often devolves into a formal and routine exercise. Therefore, the extent and efficacy of parliamentary oversight over the executive branch, irrespective of whether a country operates under a parliamentary, presidential, or semi-presidential system, are contingent upon the specific mechanisms available to the parliamentary minority to perform this essential role, as well as the political and judicial practices that have evolved within that context. This inquiry is particularly pertinent when assessing the actual capabilities of the political opposition to exert control over the government, both within Parliament and through participation in the appointment and supervision of independent institutions and authorities, across countries with divergent forms of government.

Key words: parliamentarianism, presidentialism, control of government, political opposition, comparative law.

1. Introducción

Se ha convertido en una posición mayoritaria —casi en un lugar común, nos atrevemos a decir— en la academia (especialmente en Hispanoamérica) sostener que, frente a los sistemas de gobierno presidencialistas (hegemónicos, como es sabido, en el continente americano, con la excepción de Canadá), a los que se acusa de caer a menudo en el hiperpresidencialismo, los regímenes parlamentarios (mayoritarios en Europa occidental) garantizan *per se*, amén de una mejor comunicación y colaboración entre los poderes del Estado, una menor acumulación de poder en manos del Gobierno y un mayor control de éste por parte del Parlamento.

A título de muestra, y si nos focalizamos en la doctrina argentina, entre los politólogos fue Juan Linz (1998) quien con mayor énfasis cuestionó la viabilidad del presidencialismo como la forma institucional más adecuada para culminar con éxito los procesos de transición y consolidación democrática de los paí-

ses de la región, razón por la cual planteó la necesidad de un viraje hacia el parlamentarismo, mientras que, para Jorge Mayer (2012), el parlamentarismo resuelve el problema que supone el enorme poder acumulado por el Ejecutivo, debido a la necesidad de formar acuerdos y a que las políticas públicas son más duraderas al formularse en el Parlamento.

Entre los constitucionalistas, Alberto Dalla Vía (2009), tras estudiar los sistemas comparados en función de su mejor articulación de la democracia deliberativa, sitúa, en primer lugar, los sistemas parlamentarios con sistemas proporcionales de elecciones, como es el caso español. Por su parte, Calógero Pizzolo (2009) sostiene que algunas herramientas propias del sistema parlamentario debieran ser analizadas para producir los consensos necesarios y así construir un sistema democrático.

Tanto es así que, entre los objetivos de la reforma de la Constitución Nacional Argentina (CNA) de 1994,¹ figuraban explícitamente los de “atenuar el presidencialismo”, “perfeccionar el equilibrio de poderes”, “modernizar y fortalecer el Congreso” y “fortalecer los órganos de control”,² para cuya consecución se entendió que era necesario “parlamentarizar” la forma de gobierno presidencialista.³ En palabras de Santiago et al. (2019):

El sentido general de la reforma es generar una nueva ecuación del poder entre los distintos órganos de gobierno. Como hemos ya sostenido, se busca atenuar el “presidencialismo”, no solo en el sentido de disminuir y controlar las atribuciones del presidente, sino también entendido como la forma de gobierno que separa rígidamente los Poderes Ejecutivo y Legislativo. La reforma constitucional pretende atenuar el presidencialismo introduciendo, en un régimen que conserva esa nota característica, elementos propios del sistema parlamentarista a través de los cuales se pretende lograr una mayor interacción e integración entre ambos órganos de gobierno. (p. 37)

-
- 1 La reforma constitucional de 1994 tuvo su origen en un pacto protagonizado por el entonces presidente de la nación, Carlos Menem, y el expresidente Raúl Alfonsín —a la sazón, líder del partido opositor—, acuerdo conocido como “Pacto de Olivos”, suscrito por ambos líderes en noviembre de 1993 y que luego se plasmaría íntegramente a la Ley 24309 declaratoria de la necesidad de reforma. Para conocer los pormenores del proceso de reforma constitucional de 1994, puede verse García Lema (1994).
 - 2 Así figuran expresamente en la exposición de motivos del proyecto que contempla el Núcleo de Coincidencias Básicos.
 - 3 Con anterioridad, el presidente Raúl Alfonsín creó un cuerpo colegiado, el Consejo para la Consolidación para la Democracia, que propuso en sus recomendaciones finales adoptar un sistema semipresidencial o semiparlamentario en vez del llamado “hiperpresidencialismo”. Ver Consejo para la Consolidación de la Democracia (1986).

Es justo reconocer que aquella convicción (que el parlamentarismo permite una mayor colaboración entre los poderes del Estado —en especial entre el Legislativo y el Ejecutivo— y un control más eficaz del primero sobre el segundo) parte de una premisa por lo general cierta: en el sistema presidencialista existe un exceso de poder en el Ejecutivo,⁴ premisa que se hace evidente en el caso argentino⁵ y a cuya corrección o mitigación respondió en gran medida —aunque con resultado discutido—⁶ la reforma constitucional de 1994.

Sin embargo, la posición doctrinal mayoritaria aquí comentada adolece, en nuestra opinión, de una cierta idealización del sistema parlamentario que lleva a minimizar, por un lado, la confusión Ejecutivo-Legislativo consustancial a la lógica propia de todo régimen parlamentario, y, por otro, a desconocer la influencia que tiene la concreta configuración institucional y la práctica política y judicial de cada país, con independencia de cuál sea la forma de gobierno elegida (parlamentaria, presidencialista o semipresidencialista), sobre la realización de los necesarios contrapesos entre poderes y, más específicamente, sobre la eficiencia de la función de control parlamentario del Gobierno, fundamental en todo Estado constitucional.⁷

Para justificar nuestros reparos, nada mejor que constatar el deterioro de esta función en un régimen parlamentario como el que rige en España, así como comparar con el sistema presidencialista argentino las posibilidades reales del Parlamento —y, más en concreto, de la oposición— para controlar al Poder Ejecutivo.

2. La crisis del parlamentarismo español

El control de los actos del Gobierno por parte del Parlamento (que, no lo olvidemos, constituye uno de los elementos esenciales de la moderna estructura

4 Que no obstante viene en parte justificado por ostentar el Ejecutivo legitimidad democrática directa (como el Legislativo), a diferencia de lo que ocurre en un régimen parlamentario.

5 Sobre la evolución del presidencialismo argentino, ver Serrafero (1993).

6 Al respecto, existen dos posiciones encontradas: la que sostiene que si se atenuó el hiperpresidencialismo, al constitucionalizarse prácticas que ya existían (principalmente facultades legislativas ejercidas por el presidente) e imponer condiciones para su ejercicio, y la que sostiene que, precisamente al incluirse en la Constitución nuevas facultades del Gobierno, incluso con condiciones a su ejercicio, se vino a ampliar el poder de aquél.

7 No en vano existen otros modos de control del Congreso argentino al Ejecutivo que no trataremos en el presente trabajo, como la insistencia frente al veto del presidente de una ley sancionada por el Congreso, el juicio político al presidente o los ministros del Poder Ejecutivo y la moción de censura para remover al jefe de gabinete.

constitucional) sufre desde hace tiempo en España una crisis profunda, agravada de unos pocos años a esta parte. En efecto, a pesar de que la Constitución española de 1978 (CE) atribuye formalmente esta función de control al Parlamento (las Cortes Generales) en cuanto órgano (art. 66.2 de la CE), la realidad lo desmiente, y más cuando —explica Garrorena (2015)—:

En nuestro sistema parlamentario el electorado designa de hecho en un mismo acto una mayoría política⁸ y al político que la dirige (el presidente del Gobierno⁹) para que gobierne (es decir, designa una mayoría legislativa-gubernamental), de modo que la propia exigencia —propia, por otra parte, de todo régimen parlamentario— de que el Gobierno cuente con una legitimación democrática, mediada por el Parlamento, ha fundido en una sola y misma voluntad al Ejecutivo y a la mayoría parlamentaria que lo apoya. (p. 190)

En consecuencia, ya no es posible esperar que el Parlamento controle al Gobierno, sino que aquél se ve constreñido a llevar a cabo una fiscalización formal y estéril —sólo hasta donde el propio Gobierno consiente— de sus decisiones. Ello provoca que el único agente político verdaderamente interesado en criticar la acción del Ejecutivo sea la minoría o minorías parlamentarias, no la mayoría gubernamental (en política, nadie se controla a sí mismo). En conse-

8 Aunque las Cortes Generales se componen de dos cámaras —el Congreso de los Diputados y el Senado—, le corresponde en exclusiva al Congreso —la cámara baja— otorgar su confianza —investidura— a un candidato a la presidencia del Gobierno. El Congreso de los Diputados se compone de 350 escaños, elegidos mediante un sistema proporcional fuertemente corregido: la circunscripción electoral es la provincia (hay 50 provincias, que son entidades territoriales que gozan de autonomía administrativa, no política); se asigna un mínimo inicial de 2 diputados por provincia; las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla eligen 1 diputado cada una; los 248 escaños restantes se distribuyen de modo proporcional a la población; rige el sistema de lista cerrada y bloqueada; ninguna candidatura o lista que quede por debajo del 3% en la provincia obtiene representación. Tienen derecho al voto —no es obligatorio como en Argentina— los que posean nacionalidad española mayores de 18 años (que no incurran en alguna de las causas de privación del derecho de sufragio activo previstas en la ley).

9 Como hemos apuntado en la nota anterior, la investidura del presidente del Gobierno corresponde en exclusiva al Congreso de los Diputados. Su procedimiento viene regulado en el art. 99 de la CE: el rey, previa consulta con los representantes designados por los grupos políticos con representación parlamentaria, propondrá un candidato a la presidencia del Gobierno; éste expondrá ante el Congreso de los Diputados el programa político del Gobierno que pretenda formar y solicitará la confianza de la Cámara; si el Congreso, por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros, otorgara su confianza a dicho candidato, el rey lo nombrará presidente; de no alcanzarse dicha mayoría, se someterá la misma propuesta a nueva votación 48 horas después de la anterior, y la confianza se entenderá otorgada si obtuviere la mayoría simple; si efectuadas las citadas votaciones no se otorgase la confianza para la investidura, se tramitarán sucesivas propuestas en la forma prevista en los apartados anteriores; si transcurrido el plazo de dos meses, a partir de la primera votación de investidura, ningún candidato hubiere obtenido la confianza del Congreso, el rey disolverá ambas Cámaras y convocará a nuevas elecciones.

cuencia, la nueva dialéctica del sistema ya no se desarrolla entre el Parlamento y el Gobierno, sino entre la oposición parlamentaria al Gobierno y éste y su mayoría; lo que es, a su vez, causa del déficit de efectivo control parlamentario del Poder Ejecutivo que caracteriza al régimen español. No es de extrañar que Ruiz Robledo (2020) lo haya calificado como “parlamentarismo difuminado”:

El Parlamento ya no ocupa el lugar central del sistema político español. Mantiene su función de legitimación, pero difícilmente se puede decir que en él se toman las decisiones políticas más importantes para España, sino que ve reducidas sus funciones a poco más que a legitimar la elección del presidente del Gobierno y apoyar sus decisiones convalidando sus decretos-leyes. (párr. 5)

Pues bien, con el objeto de cotejar la capacidad del Parlamento —y, más en concreto, de la oposición o minoría en este— en su función de control al Ejecutivo —sin rebasar los límites de extensión a los que queda sujeta la presente investigación—, hemos seleccionado dos ámbitos suficientemente significativos: la injerencia gubernamental en la potestad legislativa y el nombramiento y supervisión de organismos y autoridades “independientes”.

3. Diferencias en el régimen de control político de los decretos del Ejecutivo con fuerza de ley en ambos países

Como sugiere el último autor citado, el abuso del decreto-ley y su escaso control parlamentario (y judicial) constituye una de las principales causas de la degradación parlamentaria española. A su vez, en los sistemas presidencialistas, el empleo habitual por el Ejecutivo de decretos con valor de ley —en especial de aquellos que en principio sólo deberían ser dictados en circunstancias excepcionales— constituye uno de los principales síntomas asociados al hiperpresidencialismo.

Es bien sabido que la lógica del Estado constitucional exige que sólo el Parlamento posea en plenitud la titularidad de la potestad legislativa. Sin embargo, pasadas las primeras décadas de la historia constitucional en las que un cierto purismo lo impidió, los Gobiernos de todo el mundo comenzaron a pugnar por dictar disposiciones que pudieran valer igual que las leyes, alegando a tal fin razones de especial necesidad o de grave riesgo para el Estado. Explica Garrarena (2020) al respecto:

Las fórmulas ideadas para avanzar en esta dirección fueron muy variadas: En síntesis, en Alemania se acudió para ello a dictar las llamadas “ordenanzas de necesidad” (*Notverordnungen*), reglamentos con idéntico y aun superior valor que las leyes aprobados por el Gobierno cuando el mantenimiento de la seguridad pública lo exigía; en Francia se optó por adoptar “leyes de plenos poderes” o “leyes de habilitación” en las que el Parlamento autorizaba al Gobierno a disponer de tales facultades; y en Inglaterra lo más común fue que el Ejecutivo, después de actuar al margen de las leyes, acudiera al Parlamento para obtener un *indemnity bill* o “ley de indemnidad”. Con el tiempo, esta intromisión de los Gobiernos en la función legislativa, justificada cada vez más por la creciente expansión de la función de gobernar y por la correlativa necesidad de dotar a ésta de instrumentos normativos rápidos y eficaces, se fue ampliando a situaciones no tan extremas, de tal modo que, a lo largo del siglo XX, las Constituciones de la mayoría de los Estados comenzaron a acoger en sus textos como una opción normal, bajo ciertas condiciones, esta atribución a los Ejecutivos de la capacidad de dictar normas con valor de ley. (p. 132)

Tendencia esta última de la que no han sido ajenas ni la CE ni, tras su reforma de 1994, la CNA. Por lo que se refiere a España, la propia CE rompe a favor del Gobierno el monopolio legislativo que en principio le atribuye a las Cortes Generales (art. 66.2 de la CE) al permitir que, en determinadas circunstancias, ciertos actos normativos de aquél tengan igual valor que las leyes. Esos actos del Ejecutivo con valor de ley son dos: (i) el decreto-ley (D-ley), justificado por razones de necesidad y urgencia; y (ii) el decreto legislativo (D-legislativo), apoyado básicamente en consideraciones de técnica legislativa.

El primero de estos tipos normativos, el D-ley, se contempla en el art. 86 de la CE,¹⁰ a tenor del cual¹¹ García de Enterría y Fernández Rodríguez (1988) lo definen como aquella “norma con rango de ley que emana, por vía de excepción, de un órgano que no tiene el poder legislativo, concretamente del

10 Art. 86 de la CE: “1. En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general. 2. Los Decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario. 3. Durante el plazo establecido en el apartado anterior, las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia”.

11 Como explica Astarloa (1985, pp. 97-98), el proceso de elaboración del art. 86 de la CE fue significativamente pacífico, lo que permite calificar este instrumento tipo normativo como una de las instituciones menos debatidas de cara a su integración definitiva en la norma básica de 1978.

Gobierno” (p. 160). La habilitación para dictar el D-ley no le viene al Gobierno —como sucede, en cambio, en el D-legislativo— de un acto de delegación del propio Parlamento, sino de la Constitución misma. Dicho con otras palabras, es el Gobierno quien, habilitado desde la Constitución y, por tanto, con título constitucional propio, invade la potestad legislativa de las Cortes Generales.

El D-legislativo, regulado en los arts. 82 a 86 de la CE, es también una norma de carácter general que el Gobierno dicta con valor de ley, pero estando en este caso previamente habilitado para ello por las propias Cortes Generales a través de la oportuna ley de delegación, cuya justificación suele apoyarse en estrictas razones de técnica legislativa.¹²

Por su parte, la CNA, tras su amplia reforma de 1994, parte de una prohibición (art. 99, inc. 3, párr. 2º: “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”) que, sin embargo, ella misma se ocupa de desmentir al contemplar tres tipos de normas del Ejecutivo con valor de ley:

- Los decretos de promulgación parcial de leyes (art. 80 de la CNA), a través de los cuales el presidente de la nación promulga parcialmente leyes sancionadas por el Congreso respecto de las cuales hubiere ejercido su veto parcial.¹³
- Los decretos delegados (art. 76 de la CNA), promulgados —como ocurre con los decretos legislativos en España— porque el Congreso ha delegado previamente en el presidente el ejercicio de facultades legislativas “en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca”.

12 Ambos tipos normativos responden, pues, a una distinta *ratio*: urgencia versus técnica legislativa. Como distinta es su relación con el titular de la potestad legislativa: control *a posteriori* de una potestad propia del Ejecutivo frente a la delegación previa de una potestad que, sin esa decisión parlamentaria, no puede ejercitarse. Obviamente, que el D-ley funcione sin previa intervención de las Cortes Generales, como potestad constitucional propia, le otorga al Gobierno una mayor libertad inicial en la elaboración de la norma, aunque quede sometido a determinados controles posteriores.

13 El procedimiento legislativo en Argentina prevé que, una vez que la Cámara de Senadores y la Cámara de Diputados sancionan un proyecto de ley, éste pasa al Poder Ejecutivo, pudiendo el presidente de la nación acordar una de estas dos cosas: (i) aprobarlo y promulgarlo (en cuyo caso, el proyecto se convierte en ley y se completa así el proceso legislativo), lo que puede hacer expresamente a través de un decreto o bien “de facto”, ya que si el presidente no se pronuncia pasados diez días hábiles desde que se le comunicó la norma, ésta se promulga automáticamente; (ii) vetar el proyecto de ley de forma total o parcial. Pues bien, en el caso de veto parcial, puede el presidente mediante decreto promulgar parcialmente la parte no vetada si ésta tiene autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso.

- Y los decretos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3, párr. 3º), a cuyo dictado le habilita directamente la Constitución —al igual que vimos que ocurre con el D-ley— “solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos”.

En los tres casos, la reforma de 1994 trata de encauzar una práctica preexistente —avalada por la Corte Suprema de Justicia—,¹⁴ regulando para ello mecanismos de control a cargo del Poder Legislativo que el tiempo ha revelado del todo ineficientes.

En efecto, si bien la reforma previó la creación de una Comisión Bicameral Permanente con el fin de reforzar el control del Congreso sobre los tres tipos de decretos mencionados, esta no nació sino hasta 2006 mediante la sanción de la Ley 26122.¹⁵

Excede el objeto de estas páginas examinar el procedimiento de control contemplado en la CNA y en la Ley 26122 (que ha sido blanco de severas críticas por parte de la doctrina argentina¹⁶ y de numerosas y variadas propuestas de reforma¹⁷), pero si lo comparamos con el previsto en España para el D-ley, quizá su principal déficit sea que aquél no asegura el efectivo tratamiento parlamentario de los diferentes decretos. Ni la CNA ni la Ley 26122 anudan ninguna consecuencia jurídica decisiva al supuesto de que el Gobierno (en concreto, el jefe de gabinete de ministros personalmente) no someta un decreto de necesidad y urgencia (en adelante, DNU) a la consideración de la Comisión Bicameral Permanente en el plazo previsto para ello (10 días), salvo la previsión de que dicha Comisión “se abocará de oficio a su tratamiento”, a diferencia de lo que ocurre

14 Ver, al respecto, Midón (2021, pp. 95-105).

15 Sagüés (2011) opina que la ociosidad del legislativo a la hora de dictar la ley constituye un supuesto claro de inconstitucionalidad por omisión. Para Basterra (2011), esta omisión del Poder Legislativo no sólo fue útil para anular el control político sobre el Ejecutivo, sino que, además, sirvió para atenuar el control por parte del Poder Judicial.

16 Ver, por todos, Sabsay (2010), Santiago et al. (2019) y Midón (2021). Algunos autores llegan a tildar a la Ley 26122 de inconstitucional, mientras que otros omiten pronunciarse sobre su inconstitucionalidad, pero le formulan severas críticas y resaltan la necesidad de su reforma. Ver Nolzco (2024, pp. 24).

17 Nolzco (2024, p. 4) destaca que, desde el año 2008 a la fecha, son más de 100 los proyectos de ley presentados, de los cuales uno solo, en el año 2010, obtuvo media sanción (este proyecto exigía que un DNU sólo tenga vigencia cuando sea ratificado por ambas cámaras en un plazo de caducidad de 60 días corridos), y presenta ella misma un completo proyecto de reforma.

con el D-ley, que, de no ser remitido por el Ejecutivo al Congreso de los Diputados en el plazo de 30 días desde su promulgación,¹⁸ se entiende derogado (si bien no se anulan —al igual que si no fuera convalidado por el Congreso— los efectos producidos durante su vigencia).¹⁹

Además, la Ley 26122 prevé que, elevado el dictamen de la Comisión o vencido el plazo para que ello ocurra (también de 10 días), las Cámaras deben proceder al “inmediato y expreso tratamiento” del decreto del que se trate, de conformidad con lo establecido en los arts. 99, inc. 3, y 82 de la CNA, pero no fija un plazo determinado para que las cámaras efectivamente cumplan con esa obligación ni establece ningún mecanismo tendiente a hacer efectivo el mandato constitucional y legal.²⁰

La CE, por su parte, omite reglar el procedimiento específico que ha de seguir el control del D-ley, sino que se limita a excluir de este al Senado²¹ y a remitir su regulación al Reglamento del Congreso de los Diputados (RD), precisando como única exigencia que se trate de un “procedimiento especial y

18 Más exactamente, a tenor del art. 151.1 del Reglamento del Congreso, desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE). Ante el silencio constitucional, al principio el Gobierno remitía el D-ley a la cámara, explicando los motivos y el alcance de la disposición y solicitando su ratificación parlamentaria. Sin embargo, pronto se abandonó esta fórmula de cortesía y los distintos Gobiernos han considerado que la publicación en el BOE lleva implícita la comunicación de la norma y la solicitud de convalidación, por lo que ha quedado en manos del Congreso la puesta en marcha del procedimiento de ratificación.

19 En puridad, la intervención parlamentaria (del Congreso) *a posteriori* reviste un carácter bifronte, como apunta De la Iglesia Chamarro (1998): “En síntesis, en la llamada convalidación el órgano parlamentario actúa dos funciones que le son propias: la función de control al Gobierno y la función legislativa. Por ello, doble es la naturaleza del acto: es un acto de control y es un acto legislativo” (p. 29).

20 Como podría haber sido, apunta Santiago et al. (2019, p. 136), la obligatoriedad de la inclusión de la cuestión en el Plan de Labor Parlamentaria de las Cámaras, correspondiente a la primera sesión posterior a la emisión del dictamen de la Comisión Bicameral (o, en su defecto, a la sesión posterior al vencimiento del plazo con que contaba la Comisión para expedirse).

21 Exclusión que motivó algunas enmiendas en el proceso de elaboración del texto constitucional y constituye uno de los signos más evidentes del bicameralismo descompensado a favor del Congreso que rige en España. Bien es cierto que esta cámara, tras un debate que sólo puede ser de totalidad (como en Argentina), tiene tres posibilidades: convalidar el decreto-ley, no convalidarlo (es decir, derogarlo, aunque aquí también se mantienen los efectos producidos durante su vigencia) o convalidar un decreto-ley y acordar seguidamente su tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia (posibilidad esta última vedada a las cámaras argentinas). En este caso, el decreto cambia de naturaleza y el proyecto —nacido del decreto— será tramitado también por el Senado, de manera que tanto el Congreso como el Senado podrán aprobar enmiendas. En honor a la verdad, esta última opción suele utilizarse bien como consecuencia de algún acuerdo de modificación alcanzado a última hora entre el grupo político del Ejecutivo y un socio parlamentario (nunca con la minoría opositora), bien con la finalidad espuria de refrendar el vicio *ultra vires* en el que el decreto-ley incurre cuando regula materias excluidas expresamente por la CE.

sumario”. En cumplimiento del mandato constitucional, el art. 151 2 y 3 del RD dispone que

un miembro del Gobierno expondrá ante la cámara las razones que han obligado a su promulgación²² y el debate subsiguiente se realizará conforme a lo establecido para los de totalidad (no se prevé, pues, intervención previa de comisión alguna). Concluido el debate, se procederá a la votación, en la que los votos afirmativos se entenderán favorables a la convalidación y los negativos favorables a la derogación.

Por el contrario, el decreto con fuerza de ley argentino debe ser objeto de dictamen —no vinculante— de la Comisión Bilateral Permanente (CBP),²³ que será elevado al plenario de cada una de las cámaras del Congreso de la Nación (Cámara de Diputados y Senado). Esta regulación, que comparada con la española amplía en principio las posibilidades de la oposición política para controlar los decretos del Ejecutivo,²⁴ y más en escenarios —como el actual—²⁵ de debilidad parlamentaria de éste que la propia idiosincrasia presidencialista posibilita, en la práctica ha representado sin embargo un obstáculo insalvable.²⁶ De hecho, no sólo un gran número de los decretos tratados por la CBP ni siquiera han sido considerados por el pleno de ambas cámaras del Congreso de la Nación, sino que —hasta el momento— éstas nunca han coincidido en rechazar alguno de los decretos sometidos a su consideración, lo que viene a permitir —denuncia con insistencia la academia— su sanción tácita o ficta, en vulneración de la prohibición prevista en el art. 82 de la CNA: “La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta”.

De todo ello cabe inferir que, con independencia de las carencias del régimen de control parlamentario del DNU y del D-Ley, la suerte de ambos va a depender

22 Sin embargo, en la práctica, el miembro del Gobierno —normalmente, el ministro del ramo— se limita a defender someramente la oportunidad del decreto, sin mayor esmero argumental.

23 Integrada, dice el art. 3 de la Ley, por ocho diputados y ocho senadores designados por el presidente de sus respectivas cámaras a propuesta de los bloques parlamentarios, respetando la proporción de las representaciones políticas.

24 Así lo haría, sin duda, en España, donde varios factores (fundamentalmente, el sistema electoral) provoca muchas veces que el principal partido de la oposición tenga mayoría en la cámara alta, como así ocurre en la actual legislatura.

25 El partido político del presidente Javier Milei (La Libertad Avanza) es minoría tanto en la Cámara de Diputados (38 diputados de 257) como en el Senado (7 senadores de 72).

26 Además de no resultar coherente con el procedimiento de sanción de leyes formales, que resulta imposible con el rechazo de una cámara.

a la postre de las concretas mayorías parlamentarias con cuyo apoyo cuenta el Ejecutivo²⁷ y de la práctica política y judicial²⁸ asentada en cada país, lo que sin duda explica su empleo excesivo y, en muchas ocasiones, arbitrario, como representa, a nuestro entender, la figura del decreto “ómnibus” o de contenido heterogéneo, que puede muy bien ser calificado de fraude parlamentario y normativo.

Ahora bien, este abuso, por sorprendente que pueda parecer, alcanza cotas mucho más altas en España que en Argentina, precisamente porque en el régimen parlamentario español se ha impuesto esa nueva dialéctica a la que antes hicimos referencia, agudizada por una preocupante deriva presidencialista que en los últimos tiempos —especialmente desde la llegada de Pedro Sánchez a la presidencia del Gobierno en 2018— se observa en la *praxis* política española.²⁹ A continuación se presentan los datos.

Desde la entrada en vigor de la reforma constitucional de 1994 hasta la fecha,³⁰ se han dictado un total de 898 DNU.³¹ Si bien siete de ellos fueron rechazados en alguna de las dos cámaras,³² ninguno lo fue por ambas ni resultó, por ende, derogado. En ese mismo intervalo de tiempo, el Congreso de la Nación ha sancionado 3432 leyes,³³ por lo que la *ratio* es de aproximadamente 3,8 leyes por cada DNU,³⁴ cifras que, aunque puedan parecer alarmantes, no

27 Mayorías que pueden cambiar más fácilmente en Argentina, pues a mitad del mandato presidencial se renueva la mitad de la Cámara de Diputados y un tercio del Senado. En España, las mayorías resultantes de las elecciones generales son más estables, durarán toda la legislatura, salvo que salga adelante una moción de censura o se convoque a elecciones de forma anticipada.

28 En ambos casos se observa una casi total ausencia de control judicial de su correspondiente presupuesto habilitante.

29 Esta deriva presidencialista ha sido tratada por Parra Gómez (2023).

30 Fecha de la consulta final: 30 de junio de 2024. Fuentes: página web de la Dirección de Información Parlamentaria de la Cámara de Diputados (www2.hcdn.gob.ar/secparl/dgral_info_parlamentaria/dip/) y Castro Videla et al. (2024).

31 Por presidencias, la distribución en dicho período es la siguiente: Carlos Menem (ago. 1994-dic. 1999): 101; Fernando de la Rúa (dic. 1999-dic. 2001): 53; Adolfo Rodríguez Saá (dic. 2001-dic. 2001): 6; Eduardo Duhalde (ene. 2002-may. 2003): 152; Néstor Kirchner (may. 2003-dic. 2007): 237; Cristina Fernández de Kirchner (dic. 2007-dic. 2015): 81; Mauricio Macri (dic. 2015-dic. 2019): 71; Alberto Fernández (dic. 2019-dic. 2023): 179; Javier Milei (dic. 2023-actualidad): 18 (frente a sólo 4 leyes formales). Justo es apuntar que muchos de esos decretos de necesidad y urgencia responden a reestructuraciones ministeriales (en el caso de Milei, por ejemplo, 5 de los 18 hasta ahora aprobados), las cuales requieren la correspondiente modificación de la Ley de Ministerios.

32 El último, el DNU 70/2023 firmado por el presidente Milei (conocido como “DNU ómnibus”, pues modifica, sustituye o deroga más de 100 leyes o decretos), fue rechazado en marzo de 2024 por el Senado.

33 La última, la conocida como “Ley de Bases”, sancionada —tras un largo iter legislativo— el 27 de junio.

34 Otro dato interesante es conocer la proporción de DNU en relación con la totalidad de decretos guber-

lo son tanto si, por un lado, se tiene en cuenta que, desde que se encuentra vigente la Ley 26122, la tendencia ha sido algo decreciente³⁵ y, por otro, si las comparamos con las alcanzadas en España en relación con el D-ley, para cuya exposición resulta de interés distinguir cuatro períodos:

1. 1979-2015. Caracterizado por lo que se ha dado en denominar “un bipartidismo imperfecto”, los D-leyes supusieron el 29% de toda la legislación nacional.³⁶
2. 2015-2020. Aunque era de esperar que un mayor vigor del parlamentarismo —asociado a un insólito escenario de fragmentación parlamentaria y Gobiernos en minoría fruto de las sucesivas elecciones generales de 2015 y 2016— corrigiera el abuso de esta figura normativa, su utilización sufrió, paradójicamente, un significativo incremento. En efecto, durante la Legislatura XII de las Cortes Generales (de julio 2016 a marzo 2019) los D-leyes representaron el 61,53% de toda la producción legislativa.³⁷
3. 2020-2023. La irrupción de la COVID-19 en marzo de 2020 provocó, como era previsible, un gran incremento de la actividad normativa en España a fin de contener la propagación del virus entre la población y amortiguar su impacto económico y social. Desde marzo de 2020 hasta junio de 2023, se aprobaron 92 D-leyes frente a 114 leyes.³⁸
4. 2023-actualidad. En el tiempo transcurrido de legislatura iniciada tras las elecciones generales del 23 de julio de 2023,³⁹ se han aprobado 7 D-leyes frente a una sola ley.⁴⁰

namentales. Para ello, hemos seleccionado el período 2019-actualidad, en el que el Ejecutivo argentino ha dictado un total de 5186 decretos de todo tipo (993 en 2019, 1063 en 2020, 912 en 2021, 881 en 2022, 863 en 2023 y 474 en lo transcurrido del año 2024), representando los DNU el 25,82%.

- 35 Entre 1994 y el 2006 se dictaron 503, mientras que desde la vigencia de la Ley 26122 hasta la actualidad (fecha final del cómputo: 30 de junio de 2024) se han dictado 395.
- 36 Porcentaje que se disparó entre 2008 y 2015, período en el que los D-leyes representaron el 42% de toda la legislación. Ver datos completos y actualizados relativos a los decretos-leyes estatales dictados entre 1979 y principios de agosto de 2015 en Martín Rebollo (2015) y Aragón Reyes (2016).
- 37 Especialmente revelador resulta el dato de que 34 de esos D-leyes fueran impulsados por el Gobierno presidido por Pedro Sánchez (Partido Socialista Obrero Español [PSOE]) en tan sólo diez meses (junio 2018-marzo 2019), superando así el récord que ostentaba el Ejecutivo de Mariano Rajoy (Partido Popular [PP]), que logró la aprobación de 27 durante los nueve primeros meses de su mandato. Ver datos sobre la utilización del decreto-ley entre 1979 y 2020 en Sanz Gómez y Sanz Gómez (2020).
- 38 Resulta especialmente criticable la utilización recurrente durante la pandemia de la figura del D-ley “ómnibus” o de contenido heterogéneo.
- 39 Fecha de la consulta final: 30 de junio de 2024. Fuente: página web del Congreso de los Diputados (<https://www.congreso.es/>).
- 40 La polémica Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional,

Además, el control político ejercido sobre esos D-leyes ha sido prácticamente inoperante. Efectivamente, en 37 años (de 1979 a 2015), el Congreso de los Diputados sólo rechazó la convalidación de 2 D-leyes.⁴¹ El marco parlamentario fragmentado iniciado en 2015 provocó un tímido crecimiento de esa labor de control, ya que asistimos a la no convalidación —y consiguiente derogación— de otros 5 D-leyes (2 presentados por Mariano Rajoy en 2017 y 3 por Pedro Sánchez en 2018, 2020 y 2023), derogaciones inusitadas que fueron interpretadas como manifestaciones de la debilidad política de ambos Ejecutivos. Así pues, de los 693 D-leyes remitidos por el Gobierno al Congreso desde la entrada en vigor de la CE, sólo 7 han sido rechazados. A ello hay que añadirle dos circunstancias inquietantes acaecidas en los últimos seis años: la primera, que buena parte de los D-leyes⁴² han sido ratificados por la Diputación Permanente del Congreso, lo que genera una agria polémica jurídica y política;⁴³ la segunda, que se ha intensificado la utilización arbitraria del D-ley.⁴⁴

política y social en Cataluña. Si atendemos a las presidencias del Gobierno desde la restauración democrática en 1978, el actual presidente, Pedro Sánchez, ostenta el récord en el uso del decreto-ley: desde que se convirtió en presidente el 1 de junio de 2018, sus sucesivos Gobiernos han aprobado un total de 148 decretos leyes; siendo presidente Adolfo Suárez se aprobaron un total de 51 decretos-ley; los Gobiernos de Felipe González, durante 14 años, recurrieron en 129 ocasiones a este tipo normativo; los presididos por José María Aznar aprobaron 130; durante los siete años de Gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero, se evacuaron un total de 108; y los Gobiernos de Mariano Rajoy aprobaron un total de 127 decretos-ley.

- 41 Y únicamente el 21,81% de los decretos-leyes fue sometido a alguna modificación parlamentaria tras su convalidación, al ser tramitados a continuación como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia. Sin perjuicio de que la eventual tramitación de un decreto-ley como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia supone la recuperación por ambas cámaras de su capacidad colegisladora, no debemos olvidar que, a diferencia del procedimiento legislativo ordinario, el debate parlamentario se ve en gran medida constreñido (por la reducción de plazos y porque en el Congreso no son admisibles enmiendas de totalidad de devolución —sí de texto alternativo—). Si se observa desde la pandemia un pequeño incremento de los decretos-leyes que finalmente se tramitan como proyectos de ley, bien porque los grupos de la oposición aprovechan la oportunidad de realizar enmiendas al texto, bien porque el propio Gobierno ofrece tal alternativa a cambio de un voto favorable a la convalidación.
- 42 En concreto, los 6 últimos decretos-leyes aprobados durante la XII Legislatura y los 7 decretos-leyes convalidados en la XIII Legislatura.
- 43 Principalmente por dos motivos. En primer lugar, porque la mayoría de esos decretos-leyes, calificados por el propio Gobierno de Sánchez como “sociales”, no respondían a una necesidad urgente y extraordinaria. En segundo término, porque a la Diputación Permanente de la Cámara Baja sólo le es posible convalidarlos o derogarlos, sin que pueda tramitarlos como proyectos de ley, de modo que se incorporan al ordenamiento sin posibilidad de subsanar, a través de un verdadero procedimiento legislativo con intervención de las dos cámaras que conforman las Cortes Generales, los defectos de constitucionalidad de que, eventualmente, pudieran adolecer.
- 44 Especialmente a raíz de la crisis sanitaria provocada por la pandemia del COVID-19, lo que obligó incluso al Tribunal Constitucional (normalmente renuente a controlar la concurrencia del pre-

Los registros aquí mostrados constatan una realidad harto incómoda para la democracia española: el D-ley se ha convertido en el modo habitual de legislar, situación de la que aún está lejos Argentina en relación con el DNU y el resto de los decretos con valor de ley,⁴⁵ con un agravante: que esa realidad es por lo general caprichosa, ya que no responde —como a veces sí sucede en un régimen presidencialista— a una falta de apoyo parlamentario al Gobierno que le aboque a utilizar este tipo normativo como única forma de legislar en desarrollo de su política. En otras palabras, la mayoría parlamentaria que le otorga su confianza al Gobierno —que le permite existir como tal y gobernar— podría perfectamente optar por elaborar leyes formales (impulsadas, además, por el propio Gobierno)⁴⁶ en vez de conformarse con un triste papel de mera comparsa para la ratificación de los D-leyes aprobados por el Ejecutivo, tal y como sería deseable —más bien, exigible— desde el punto de vista constitucional y democrático.

4. La participación de los Parlamentos argentino y español en el nombramiento de autoridades independientes: propuestas de *constitutione* y *lege ferenda* a la luz del cotejo de seis instituciones

Para valorar comparativamente la mediación parlamentaria —especialmente de la minoría opositora— en la designación y fiscalización de entidades y autoridades independientes, hemos escogido algunas instituciones, homologables en las dos naciones, cuya actuación resulta fundamental para la buena marcha de cualquier democracia.

4.1 Auditoría General de la Nación vs. Tribunal de Cuentas

El art. 85 de la CNA establece que

supuesto habilitante de la “extraordinaria y urgente necesidad” previsto en el art. 86.1 de la CE) a declarar inconstitucionales y nulas determinadas disposiciones de varios decretos-leyes (STC 110/2021, STC 111/2021).

- 45 Para ilustrarlo, se realiza una última comparación de cifras: desde entrada en vigor de la Ley 26122 (5 de agosto de 2006) hasta el 31 de diciembre de 2018, los DNU representaron el 10,53% de toda la legislación nacional (en ese período se dictaron 1377 leyes, 174 DNU, 80 decretos delegados y 21 decretos de promulgación parcial de leyes), y la suma de todos los decretos con valor de ley (DNU, decretos delegados y decretos de promulgación parcial de leyes) el 16,65%. En España, los decretos-leyes convalidados durante el mismo lapso temporal supusieron el 64,71% de la legislación (compuesta en tal período por 30 leyes, 55 decretos-leyes y 1 decreto-legislativo).
- 46 Bien a través de proyectos de ley remitidos por el Gobierno, bien mediante proposiciones de ley presentadas del grupo o grupos parlamentarios que lo apoyan.

El control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, será una atribución propia del Poder Legislativo. El examen y la opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y situación general de la administración pública estarán sustentados en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación (...).⁴⁷

El art. 136 de la CE, por su parte, dispone que

1. El Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público. Dependerá directamente de las Cortes Generales y ejercerá sus funciones por delegación de ellas en el examen y comprobación de la Cuenta General del Estado (...).

Con sus notables diferencias, en las que ahora no podemos detenernos,⁴⁸ la Auditoría General de la Nación (AGN) y el Tribunal de Cuentas (TCu) son, pues, los organismos responsables —por delegación del Parlamento— de la fiscalización superior de las cuentas públicas. Por lo que se refiere a su composición, ambos textos constitucionales remiten a la ley, aunque en Argentina aún no se ha cumplido el mandato constitucional (de modo que sigue rigiendo la Ley 24156 de 1992).⁴⁹

La AGN está integrada por 7 miembros —auditores generales— nombrados durante un período de ocho años (el doble que un mandato presidencial), pudiendo ser reelegidos.⁵⁰ De dichos auditores, 6 serán designados por las dos

47 La AGN fue creada en 1992 por la Ley 24156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional. La reforma de 1994 le otorgó rango constitucional.

48 Por ejemplo, el TCu, junto a la función fiscalizadora, tiene encomendada la de enjuiciamiento contable (es decir, el enjuiciamiento de la responsabilidad contable en la que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos), función de la que carece la AGN. Por otra parte, en virtud del art. 153, letra d) de la CE, al TCu también le corresponde el control económico y presupuestario de los órganos de las Comunidades Autónomas, mientras que la AGN no fiscaliza las cuentas públicas de las provincias, que cuentan con sus propios órganos para ello (v. gr., el Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires).

49 En España se promulgó la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (LOTCu). En ella se efectuaba una remisión para su desarrollo a una ley posterior, que fue aprobada mediante la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. Además de la legislación propia del TCu, se han promulgado otras disposiciones que contienen previsiones acerca de la función fiscalizadora del Tribunal. En especial, destaca la regulación incluida en la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre Financiación de los Partidos Políticos, que le encomienda al Tribunal de Cuentas la fiscalización de la actividad económico-financiera y la contabilidad ordinaria de las formaciones políticas.

50 Art. 121 de la Ley 24156: “La Auditoría General de la Nación estará a cargo de siete (7) miembros designados cada uno como Auditor General, los que deberán ser de nacionalidad argentina, con

cámaras del Congreso (3 por la Cámara de Diputados y 3 por el Senado), observando la composición de cada cámara. Para el séptimo auditor y presidente de la entidad (que será nombrado por resolución conjunta de ambas cámaras), el art. 85 de la CNA incluye una previsión inaudita desde la perspectiva del derecho constitucional comparado —que, en nuestra opinión, debería extenderse a otras entidades de fiscalización y ser emulada por otros órdenes constitucionales—: “El presidente del organismo será designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso”.⁵¹

El TCu está integrado por 13 miembros: 12 consejeros de cuentas⁵² y 1 fiscal.⁵³ Los consejeros de cuentas serán designados por las Cortes Generales (6 por el Congreso de los Diputados y 6 por el Senado) mediante votación por mayoría de tres quintos de cada una de las cámaras por un período de nueve años.⁵⁴ Su presidente será nombrado a propuesta del mismo Tribunal en pleno y por un período de tres años. En consecuencia, su integración es fruto del acuerdo político entre los dos grandes partidos (PSOE y PP), y en esta suelen predominar los miembros propuestos por los grupos políticos del mismo signo político que el Gobierno, uno de los cuales se convierte en presidente.⁵⁵

No siempre ocurre lo mismo, sin embargo, en la —poco útil—⁵⁶ comisión encargada de controlar al TCu (la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas), donde la particular composición del Senado respecto al Congreso puede otorgar mayoría de representantes a la oposición, como así

título universitario en el área de Ciencias Económicas o Derecho, con probada especialización en administración financiera y control. Durarán ocho (8) años en su función y podrán ser reelegidos”.

51 Desde el 12 de diciembre de 2023 ocupa el cargo Juan Manuel Olmos, propuesto por el principal partido de la oposición, el Partido Justicialista.

52 Art. 136.3 de la CE: “Los miembros del Tribunal de Cuentas gozarán de la misma independencia e inamovilidad y estarán sometidos a las mismas incompatibilidades que los Jueces”.

53 Art. 32 del LOTCu: “El Fiscal del Tribunal de Cuentas, que pertenecerá a la Carrera Fiscal, se nombrará por el Gobierno en la forma determinada en el Estatuto del Ministerio Fiscal”.

54 Entre censores del Tribunal de Cuentas, censores jurados de Cuentas, magistrados y fiscales, profesores de universidad y funcionarios públicos pertenecientes a cuerpos para cuyo ingreso se exija titulación académica superior, abogados, economistas y profesores mercantiles, todos ellos de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional (art. 30 del LOTCu).

55 En la última renovación, el PSOE de Pedro Sánchez logró obtener el control del TCu (7 consejeros —incluido el presidente— frente a los 5 propuestos por el PP).

56 Por ejemplo, esta comisión ha sido incapaz de evitar la injerencia del Gobierno en causas importantes del TCu, como la relativa al enjuiciamiento de la responsabilidad contable de los políticos secesionistas catalanes por el desvío de fondos para la organización del referéndum ilegal del 1 de octubre de 2017 y la promoción exterior de los planes independentistas (políticos que han sido amnistiados a raíz del acuerdo de investidura de Sánchez tras las elecciones de julio de 2023).

ocurre en la legislatura en curso.⁵⁷ Su equivalente en Argentina, la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas, está formada por 6 senadores y 6 diputados elegidos simultáneamente en igual forma que los miembros de las comisiones permanentes,⁵⁸ por lo que suele estar dominada por parlamentarios oficialistas,⁵⁹ salvo en aquellos contextos atípicos —como el actual— en los que el presidente de la nación adolece de una gran debilidad parlamentaria.

4.2 Consejo de la Magistratura vs. Consejo General del Poder Judicial

Con el fin de despolitizar en lo posible la selección de los jueces y magistrados y la administración de justicia, la reforma constitucional de 1994 introdujo en el sistema institucional argentino el Consejo de la Magistratura. Dispone el art. 114 de la CNA:

El Consejo de la Magistratura, regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial. El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley (...).⁶⁰

Como se ve, la Constitución argentina exige —con gran acierto, a nuestro juicio— el equilibrio de representación entre los “órganos políticos resultantes de la elección popular” (Gobierno y Parlamento) y los propios del mundo jurídico

57 De sus 39 miembros actuales (20 diputados y 19 senadores), la oposición cuenta con 20 (18 PP y 2 Vox).

58 Anualmente, la Comisión elegirá un presidente, un vicepresidente y un secretario que pueden ser reelectos (art. 128 de la Ley 24156). A diferencia de la comisión española, la Argentina tiene un presupuesto propio (además del que le corresponde como comisión parlamentaria del presupuesto del Congreso) para su planta y estructura.

59 Su última conformación data de marzo de 2022: <https://www.senado.gob.ar/prensa/20059/noticias>.

60 Sigue diciendo el artículo: “Serán sus atribuciones: 1. Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores. 2. Emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores. 3. Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia. 4. Ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados. 5. Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente. 6. Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia”.

(jueces, abogados y profesores). La encargada de concretar dicha integración⁶¹ fue la Ley 24937 de 1997, modificada ese mismo año por la Ley 24939. Conforme a esta (art. 2), el Consejo se integra por 20 miembros: el presidente de la Corte Suprema de Justicia (CSJN), que lo presidirá, 4 jueces, 8 legisladores (4 por cada cámara, correspondiendo 2 al bloque mayoritario, 1 a la primera minoría y 1 a la segunda minoría), 4 representantes de los abogados, 1 representante del Poder Ejecutivo y 2 representantes del ámbito científico y académico.⁶²

Es destacable que la ley no ceda por completo la representación parlamentaria en el Consejo al grupo mayoritario (normalmente oficialista), sino que le asegure a la oposición la misma representación que a aquél con una ingeniosa fórmula —no exenta de polémica en su aplicación—⁶³ que no la circunscribe al primer partido opositor. Pero en 2006 se consuma un ataque a la independencia judicial mediante la sanción de la Ley 26080, impulsada por el Gobierno de Néstor Kirchner, que —entre otros cambios— reduce la composición del Consejo a trece miembros: el Ejecutivo mantiene su representante, deja de integrar el cuerpo el presidente de la CSJN⁶⁴ y los representantes de la segunda minoría en las cámaras y reduce la representación de los jueces, abogados y académicos (a tres, dos y uno, respectivamente).⁶⁵ Por fortuna, la CSJN declaró por unanimidad inconstitucional este cambio quince años después (en 2021) por no respetar el estándar de equilibrio estamental en la integración del Consejo dispuesto por el art. 114 de la CNA.⁶⁶

61 Y de regular el funcionamiento del Consejo y del Jurado de Enjuiciamiento, por mandato del art. 115 de la CNA.

62 El art. 3 fija la duración del mandato: “Los miembros del Consejo de la Magistratura durarán cuatro años en sus cargos, pudiendo ser reelegidos por una vez en forma consecutiva. Los miembros del Consejo elegidos por su calidad institucional de jueces en actividad, legisladores o funcionarios del Poder Ejecutivo, cesarán en sus cargos si se alterasen las calidades en función de las cuales fueron seleccionados, debiendo ser reemplazados por sus suplentes o por los nuevos representantes que designen los cuerpos que los eligieron para completar el mandato respectivo”. Y el art. 4 dispone: “Para ser miembro del Consejo de la Magistratura se requerirán las condiciones exigidas para ser juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”.

63 En noviembre de 2022, la CSJN anuló la división —promovida por la entonces vicepresidenta de la nación, Cristina Fernández de Kirchner— del bloque del Frente de Todos en el Senado, que le otorgó al oficialismo una bancada extra en el Consejo de la Magistratura.

64 La Ley 26080 dispone que el presidente del Consejo se elija por mayoría absoluta de sus miembros.

65 Serrafiero (2013) afirma que “el rechazo al proyecto de reforma del oficialismo fue unánime. Organizaciones no gubernamentales y de la sociedad civil, colegios de abogados y hasta la oposición del arco parlamentario coincidieron respecto a la principal finalidad del cambio: el control del Consejo por parte del Poder Ejecutivo”.

66 La Corte decidió restablecer las reglas de integración de la ley de 1997, quedando el Consejo de la Magistratura nuevamente compuesto por 20 miembros y presidido, otra vez, por el presidente de la

El órgano equiparable al Consejo de la Magistratura en España es el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), al que el art. 122.2 de la CE le atribuye “el gobierno del mismo”. Concebido con la mejor intención (sustraer al Gobierno de cualesquiera atribuciones que incidan sobre la situación y carrera de jueces y magistrados, evitando así que, a través de esta vía indirecta, aquél pueda condicionar la libertad de criterio de éstos), pronto quedó atrapado por los intereses de los partidos políticos.⁶⁷ Establece el art. 122.3 de la CE que

El Consejo General del Poder Judicial estará integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por el Rey por un período de cinco años. De éstos, doce entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la ley orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados, y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión.

El primer modelo de selección⁶⁸ previó que los 12 vocales de procedencia judicial fueran elegidos por los propios jueces. Pero desde la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 (LOPJ),⁶⁹ todos los vocales —también los de origen judicial— son designados por las Cortes Generales (10 por el Congreso de los Diputados y 10 por el Senado, con mayoría cualificada de tres quintos en ambos casos). El Tribunal Constitucional avaló —con una ingenuidad rayana en la irresponsabilidad— la reforma, cuya constitucionalidad aceptó bajo una condición —pronto olvidada por sus destinatarios—:

CSJN. Un análisis de los argumentos del fallo puede verse en Puga y Ardoy (2023).

67 Conviene aclarar que el acceso a la carrera judicial (y fiscal) en España se basa en los principios de mérito y capacidad. La vía predominante para el ingreso es la superación de una oposición libre (basada exclusivamente en la capacidad memorística) y de un posterior curso teórico y práctico de selección realizado en la Escuela Judicial. También se contempla una vía alternativa y minoritaria: el ingreso, con la categoría de magistrado y mediante un concurso-oposición, de juristas de reconocida competencia con más de diez años de ejercicio profesional (el llamado “cuarto turno”). Sin embargo, la ley le concede al CGPJ atribuciones para efectuar importantes nombramientos discrecionales: magistrados del Tribunal Supremo y presidentes de sus salas, dos magistrados del Tribunal Constitucional, así como presidentes de los tribunales superiores de justicia de las comunidades autónomas y de las audiencias provinciales. De ahí el interés de los partidos políticos por elegir el máximo número posible de vocales.

68 El adoptado por la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero, del Consejo General del Poder Judicial.

69 Impulsada por el Gobierno socialista de Felipe González, que contaba con una amplia mayoría en las Cortes Generales.

Existe el riesgo de que las Cámaras, al hacer sus propuestas, olviden el objetivo perseguido y, actuando con criterios admisibles en otros ámbitos, pero no en éste, atiendan únicamente a la división de fuerzas existente en sus propias filas y distribuyan los puestos a entre los distintos partidos, en proporción a la fuerza parlamentaria de los mismos. La lógica del Estado de partidos empuja hacia acciones de este tipo, pero esta misma lógica nos obliga a mantener ciertas esferas de poder fuera de la lucha de partidos.⁷⁰

Cuando el Partido Popular llegó al poder en la VI Legislatura, se abrió así un proceso que en 2001 dio lugar al modelo actualmente vigente: un mecanismo mixto que mantiene la elección de los 12 candidatos a vocales “judiciales” en manos de las cámaras (6 cada una), aunque a partir de una lista de 36 candidatos presentada por las asociaciones de jueces y magistrados y por jueces no asociados. Este modelo —como tenían la academia y el propio Tribunal Constitucional— ha acabado promoviendo un perverso sistema de acuerdos entre los partidos mayoritarios sobre quién debe formar parte de dicho órgano, con un criterio de selección basado más en razones de lealtad al partido político que en los criterios de prestigio profesional e independencia.

En definitiva, la integración se asienta en cuotas de reparto político, teniendo además algunas asociaciones judiciales —las más afines al PSOE y al PP— un enorme poder de influencia en el nombramiento.⁷¹ Tanto la Unión Europea como el Consejo de Europa⁷² han advertido reiteradamente a España de que el talón de Aquiles de la judicatura española es su manifiesta politización, insistiendo en la necesidad de modificar la forma de elección del CGPJ, sin que por el momento se haya tomado ninguna medida al respecto.⁷³ Para Europa, el único modo de evitar tanto el corporativismo como la politización de los consejos de justicia es que éstos tengan una composición plural, con una mayoría elegida por los propios jueces y el resto por el Parlamento con mayorías cualificadas.

Nosotros recomendamos en este punto tomar como referencia precisamente

70 STC 108/1986, de 29 de julio, FJ 3.

71 Así han acordado recientemente el PSOE y el PP la última renovación del CGPJ. El pacto, que incluye un reparto “equilibrado” de los 20 vocales (10 para cada partido), fue sellado el pasado 25 de junio por el ministro de Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes (Félix Bolaños) y el vicesecretario de Institucional del PP (Esteban González Pons) en Bruselas, bajo la —vergonzante, a nuestro juicio— supervisión de la vicepresidenta de la Comisión Europea, Vera Jourová.

72 A través del Grupo de Estados contra la Corrupción —GRECO— y la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho, más conocida como la Comisión de Venecia.

73 De hecho, España y Polonia son los dos únicos países de la Unión Europea en los que todos los miembros del órgano de gobierno de sus jueces son elegidos por el parlamento.

el modelo corporativo antes visto para la elección del Consejo de la Magistratura, lo cual no requiere necesariamente una reforma constitucional, sino modificaciones puntuales de la LOPJ y los reglamentos de las cámaras. Así, el CGPJ —en cumplimiento del art. 122.3 de la CE— seguiría teniendo 21 miembros: el presidente del Tribunal Supremo, que lo presidiría; 12 vocales de procedencia judicial elegidos, eso sí, por los propios jueces (de acuerdo con el sistema de elección anterior a 1985);⁷⁴ y 8 vocales elegidos (4 por el Congreso y 4 por el Senado), como ordena la CE, “por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión”, mandato que se cumpliría formalmente si las cámaras procedieran a dicha elección una vez recibida sendas cuaternas⁷⁵ remitidas por abogados⁷⁶ y académicos.⁷⁷

4.3 Procurador general de la nación vs. Fiscal General del Estado

Tanto en Argentina como en España, la fiscalía tiene como función constitucional “promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad” y de los ciudadanos (“de los intereses generales de la sociedad” es la expresión escogida por el art. 120 de la CNA,⁷⁸ mientras que el art. 124.1 de la CE prefiere hablar

74 Según este modelo, los 12 vocales de procedencia judicial serían elegidos entre jueces y magistrados pertenecientes a todas las categorías judiciales, con la siguiente distribución: 3 magistrados del Tribunal Supremo, 6 magistrados y 3 jueces.

75 Puede optarse también por elevar el número de candidatos a proponer por abogados y catedráticos de derecho (por ejemplo, 8 cada uno), pero con ello se corre el riesgo de que los partidos políticos procedan a la selección definitiva aplicando sesgos ideológicos o partidistas.

76 La elección de los 4 representantes a proponer por los abogados (que tendrían que acreditar reconocida competencia y más de quince años de ejercicio profesional para poder ser elegidos por sus pares) podría ser organizada por el Consejo General de la Abogacía Española.

77 Es cierto que la palabra “jurista” es omnicomprendiva, pero en este caso lo más apropiado, a nuestro juicio, es circunscribirla al cuerpo de catedráticos de derecho (categoría equivalente a la de profesor titular de cátedra universitaria en Argentina), los cuales podrían elegir a sus 4 representantes (debido a la configuración de la carrera académica, que requiere obtener sucesivas acreditaciones por parte del Ministerio y ganar varios concursos-oposición, cualquier catedrático cuenta en principio con reconocida competencia y más de quince años de experiencia) mediante votación organizada por la CRUE (Conferencia de Rectores de las Universidades Españolas).

78 El art. 120 de la CNA se refiere al Ministerio Público, que en Argentina “está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley” (párr. 2). La ley a la que remite el texto constitucional es la Ley Orgánica del Ministerio Público de 1998 (Ley 24946), cuyo art. 2 precisa: “El Ministerio Público está compuesto por el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa”. En España, sin embargo, la asistencia jurídica al Estado le corresponde al cuerpo de Abogados del Estado integrado en el Servicio Jurídico del Estado, que no es mencionado por la CE y se rige por la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de

“de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley”), para lo cual goza de autonomía funcional,⁷⁹ ejerce sus funciones con unidad de actuación e independencia y responde a una estructura jerárquica en cuya cúspide se sitúa el procurador general de la nación (PGN) y el Fiscal General del Estado (FGE), respectivamente, autoridades con las que daremos por terminado este estudio comparado.

Por lo que atañe a su independencia, el procedimiento de nombramiento ofrece mayores garantías en la República Argentina, donde el PGN es designado por el Ejecutivo con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes,⁸⁰ lo que sin duda le ofrece a la oposición en esta cámara mayores posibilidades de lograr el rechazo de un candidato gubernamental que le parezca inadecuado.⁸¹ Además, por exigencia legal,⁸² se creó⁸³ la Comisión Bicameral Permanente de Seguimiento y Control del Ministerio Público de la Nación,⁸⁴ a la que el PGN está obligado a enviar,

en oportunidad de la inauguración del período de sesiones ordinarias del Congreso, un informe detallado de lo actuado por los órganos bajo su competencia, el cual deberá contener una evaluación del trabajo realizado en el ejercicio, un análisis sobre la eficiencia del servicio y propuestas concretas sobre las modificaciones o mejoras legislativas que éste requiera.⁸⁵

En España, por el contrario, el FGE es designado por el Gobierno (art. 124.4 de la CE)⁸⁶ sin intervención alguna del Parlamento (que tampoco cuenta

Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas.

79 En Argentina, a diferencia de España, goza también de “autarquía financiera”.

80 Art. 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público. La realidad demuestra, sin embargo, que la exigencia de esa mayoría de dos tercios ha impedido designar a alguien en este cargo desde la renuncia en 2017 de quien entonces lo ocupaba.

81 Recordemos que el partido oficialista es ahora minoría en el Senado (7 senadores de 72).

82 Art. 3, párr. 2º de la Ley Orgánica del Ministerio Público (LOMP): “La relación con el Poder Legislativo se efectuará mediante una Comisión Bicameral cuya composición y funciones fijarán las cámaras del Congreso”.

83 Por el Decreto Presidencial Senado 51/16 y la Resolución de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación (OD 248).

84 Conformada por 8 diputados y 8 senadores designados por el presidente de sus respectivas cámaras a propuesta de los bloques parlamentarios, respetando la pluralidad y proporcionalidad de las representaciones políticas de cada una de ellas (art. 2 del Reglamento Interno).

85 Art. 6 de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal (Ley 27148).

86 Art. 124. 4 de la CE: “El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial”.

con una comisión⁸⁷ o cualquier otro medio para supervisar su actuación y la del resto de fiscales a su mando), lo que proyecta una sombra de duda sobre su imparcialidad que, en los últimos tiempos, ha alcanzado una magnitud insólita, pues nunca antes un ministro de justicia había pasado —sin solución de continuidad— a dirigir la fiscalía⁸⁸ ni tampoco antes el Tribunal Supremo había apreciado “desviación de poder” (nada menos que el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico) en la actuación de un fiscal general.⁸⁹

Una reforma constitucional para modificar esta tóxica dependencia del Gobierno⁹⁰ se antoja en nuestros días una aspiración utópica. De producirse, somos partidarios de desvincular el nombramiento —y destitución— del FGE de cualquier influencia política, abogando por que sean sus pares (los miembros de la carrera fiscal) quienes lo elijan. No obstante, adicionar a la designación gubernamental —como en Argentina— el acuerdo de una mayoría cualificada de las Cortes (o de alguna de sus cámaras) comportaría sin duda un avance en términos de imparcialidad e independencia, puesto que obligaría a los principales partidos a pactar un perfil menos sesgado y sumiso.⁹¹

87 Las Comisiones de Justicia del Congreso y Senado no tienen entre sus atribuciones supervisar la actuación del Ministerio Fiscal.

88 El primer Gobierno de Sánchez nombró en enero de 2020 FGE a quien en ese momento ocupaba la cartera de Justicia, Dolores Delgado, ante el estupor de las asociaciones de fiscales. Sólo Felipe González había hecho algo en 1986, cuando convirtió a su hasta entonces ministro de la presidencia, Javier Moscoso del Prado, en fiscal general.

89 El Tribunal Supremo, al estimar recientemente (noviembre de 2023) el recurso presentado por otro candidato a una plaza de fiscal de la Sala de ese mismo tribunal (máxima categoría de la carrera fiscal), apreció desviación de poder en la propuesta del actual FGE, Álvaro García Ortiz, para ascender a dicha categoría a su antecesora, Dolores Delgado, ordenando retrotraer las actuaciones hasta el momento de elevar tal propuesta al Consejo de ministros. Por si fuera poco, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid está investigando en este momento si la fiscalía de esa comunidad incurrió en el delito de revelación de secretos por la difusión, ordenada por el FGE, de una nota de prensa en la que se informaba sobre la investigación tributaria al novio de la presidenta de la comunidad madrileña, Isabel Díaz Ayuso, del PP.

90 De producirse, nosotros somos partidarios de desvincular el nombramiento (y destitución) del FGE de cualquier influencia política, abogando su elección por los miembros de la carrera fiscal. Ahora bien, requerir el acuerdo de una mayoría cualificada de las Cortes (o de alguna de sus cámaras) sería un avance, pues obligaría a los principales partidos a pactar un perfil menos sesgado.

91 Mientras tanto, se debería al menos reformar el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal para fortalecer la apariencia de neutralidad del FGE, con medidas tales como prohibir que el propuesto para el cargo haya desempeñado cargos en el Gobierno —al menos— en los últimos diez o quince años; prever una participación menos formal y más decisiva del CGPJ en la valoración de méritos e idoneidad del candidato propuesto; fijar un plazo de mandato del FGE de cinco o seis años (de manera que su mandato no coincida en su duración con el del Gobierno que lo propuso e impedir que el FGE tenga que cesar si cesa aquél); limitar el poder interno del FGE a través del Consejo

5. Conclusiones

Desde que Aristóteles realizara el examen comparado del régimen político de cientos de polis de su tiempo, ningún estudioso de la Constitución puede ser ajeno a la singular importancia que el derecho constitucional comparado adquiere para poder conocer los fundamentos, instituciones y funcionamiento práctico de cualquier organización política. A él hemos decidido acudir —con la prudencia que aconseja todo acercamiento a esta disciplina— para investigar la operatividad, en dos países con formas de gobierno distintas, del control parlamentario al Gobierno, elemento indispensable si se quiere que la norma fundamental —en afortunada expresión de Hesse— “se realice”.

Lo primero a lo que nos conduce la presente investigación es a poner en tela de juicio la tesis —mayoritaria en la doctrina iberoamericana— que afirma que los regímenes parlamentarios garantizan *per se* un mayor control parlamentario del Poder Ejecutivo que los sistemas presidencialistas, en primer lugar porque esta olvida que la propia exigencia, propia de todo régimen parlamentario, de que el Gobierno cuente con una legitimación democrática —mediada por el Parlamento— ha fundido en una sola y misma voluntad a aquél y a la mayoría parlamentaria que lo apoya. En efecto, si acudimos al ejemplo español, a pesar de que la Constitución de 1978 le atribuye formalmente la función de control de los actos del Gobierno al Parlamento en cuanto órgano, la realidad lo desmiente, y más cuando rige el modelo de “parlamentarismo mayoritario”, en el que el electorado designa de hecho en un mismo acto una mayoría política y al político que la dirige —el presidente del Gobierno— para que gobierne.

De este modo, al ser el Ejecutivo el mismo sujeto que la mayoría parlamentaria que lo sustenta, ya no puede sostenerse con propiedad que el Parlamento lo controle, razón por la cual los instrumentos de control que, por afectar a la estabilidad del Gobierno, requieren una decisión del Parlamento como tal —esto es, de la mayoría parlamentaria— han dejado por lo general de ser actuales (nadie se controla a sí mismo) y sólo los instrumentos de control rutinario, que sí están a merced de las demás fuerzas parlamentarias, mantienen activa la labor de control. En este estado de cosas, el único agente político interesado en criticar la acción del Gobierno no es, pues, la mayoría gubernamental, sino la minoría o minorías políticas, de manera que se ha producido un desplaza-

Fiscal (órgano de representación democrática de los fiscales) para que no sea meramente consultivo, sino que realice funciones de control y contrapeso a su poder; brindar verdadero amparo a los fiscales frente a cualquier intento de mediatización de su trabajo; configurar la Junta de Fiscales como órgano colegiado de relevancia en la toma de decisiones al que deba de acudir el FGE, etcétera.

miento de la titularidad nuclear de la función de control desde el Parlamento en cuanto órgano a un sujeto distinto, la minoría parlamentaria, lo que explica el grave déficit de control efectivo del Gobierno que España padece.

De ahí que sea más conveniente que nunca analizar si la posición o estatus de la oposición parlamentaria en un país, con independencia de su forma de gobierno, permite considerarla como un auténtico “contrapoder” del Estado mientras esa sea su situación. Sólo así sabremos si la condición limitada de sus gobernantes no termina reducida a la aislada renovación plurianual de estos o a la fiscalización —por lo general, demasiado flexible— de determinadas actuaciones del Ejecutivo por los tribunales.

Si partimos de esa realidad, ya no sorprende tanto que la injerencia gubernamental en la potestad legislativa a través de decretos con fuerza de ley —rasgo típico del hiperpresidencialismo asociado normalmente a los sistemas como el argentino— sea mucho mayor en el régimen parlamentario español, como así constatan los contundentes datos que nuestra investigación ofrece. Ambos países comparten un deficitario régimen de control parlamentario sobre tales decretos (más, si cabe, el argentino, donde ningún decreto de necesidad y urgencia ha sido rechazado) y una flexible fiscalización judicial —por no decir inexistente— de su correspondiente presupuesto habilitante, pero sólo el decreto-ley se ha convertido en el modo habitual de legislar. Esto tiene el agravante de que ello no responde, como a veces sí sucede en un régimen presidencialista, a una debilidad parlamentaria del Gobierno que lo aboque en cierta forma a utilizar estos tipos normativos. En España, esa misma mayoría parlamentaria que le presta su confianza al Gobierno podría muy bien elaborar leyes en las Cortes y, sin embargo, prefiere conformarse con un mero rol de ratificación.

Todo lo cual se explica porque en el régimen español se ha impuesto una nueva dialéctica que ya no se basa —insistimos— en la relación y confrontación Parlamento-Gobierno, sino entre la oposición parlamentaria al Gobierno y éste y su mayoría. A esto cabe sumarle otro decisivo factor: la disciplina de voto impuesta por los partidos políticos y sus grupos parlamentarios —más acusada en el parlamentarismo español que en el presidencialismo argentino— ha causado toda una metamorfosis en el concepto de representatividad democrática, pues ahora son ellos, y no los parlamentarios —convertidos en meros mandatarios—, los auténticos representantes.

Por otra parte, cuando examinamos en ambos países la capacidad del Parlamento para influir tanto en el nombramiento de importantes autoridades e instituciones externas a este como en la supervisión de su actuación indepen-

diente (Auditoría General de la Nación vs. Tribunal de Cuentas, Consejo de la Magistratura vs. Consejo General del Poder Judicial y procurador general de la nación vs. Fiscal General del Estado), el “saldo” es igualmente favorable al presidencialismo argentino.

En síntesis, en ese país, el ordenamiento constitucional contempla para la integración de aquellas instituciones fórmulas ausentes en el ordenamiento español, que van desde exigir que el nombramiento gubernativo cuente con el aval de una mayoría parlamentaria cualificada o reservar la presidencia del órgano al principal partido de la oposición hasta prever el equilibrio entre la representación corporativa y la política (asegurando en esta última, además, la presencia de todas las minorías parlamentarias) o encomendar a comisiones parlamentarias especiales su supervisión. Por esta razón, nos hemos inspirado en algunas de estas soluciones a la hora de proponer mejoras en las instituciones españolas homólogas. No obstante, también es justo reconocer que las mayorías agravadas en la confirmación en el Senado argentino requieren de consensos políticos tan altos que, en ocasiones, conduce a vacantes en importantes órganos (procurador general, defensor del pueblo, presidente del Banco Central, director general de Inteligencia, etc.) prolongadas en el tiempo.

Queremos creer que, en este punto, el constituyente argentino de 1994 tuvo en cuenta la advertencia que profirió Joaquín V. González a principios del siglo pasado y que, a riesgo de apartarnos un instante del uso académico que aconseja no incluir citas en las conclusiones, tomamos prestada, por su lucidez y exquisita redacción, como colofón a este trabajo:

La falta de control de las minorías lleva indefectiblemente a los partidos que gobiernan a la irresponsabilidad, a la convicción de su impunidad, porque las minorías tienen en la vida republicana la gran ventaja de que, por lo menos, hacen oír la voz de la censura o del control, reclamando y recordando la Ley en el momento de los extravíos colectivos. (González, 1903, s.p.)

Bibliografía

- Aragón Reyes, M. (2016). Uso y abuso del decreto-ley: una propuesta de reinterpretación constitucional. *Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, (60).
- Astarloa Huarte-Mendicoa, I. (1985). Teoría y práctica del Decreto-ley en el ordenamiento español. *Revista de Administración Pública*, (106), 97-170.

- Basterra, M. (2011). El alcance del control en materia de Decretos de Necesidad y Urgencia. Estándares actuales. *Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, (4), 123.
- Castro Videla, S., Vivacqua, L. E., Santiago, A. y Veramendi, E. (2024). *Balance comparativo de los DNU desde 1994 hasta el fin del mandato de Alberto Fernández (10 de diciembre de 2023)*. Observatorio de Decretos sujetos a Control Legislativo de la Universidad Austral. <https://www.austral.edu.ar/wp-content/uploads/2024/03/DNU-Informe-profesores-UA-Balance-y-comparativos-desde-la-Reforma-del-94-hasta-diciembre-de-2023.pdf?x20229&x20229>.
- Consejo para la Consolidación de la Democracia. (1986). *Reforma Constitucional. Dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia*. Eudeba. http://www.derecho.uba.ar/academica/catedras_libres/pdf/reforma-constitucional-dictamen-preliminar-para-la-consolidacion-de-la-democracia.pdf.
- Dalla Via, A. (2009). Ponencia presentada en la Jornada Debate Reforma política y sistema de gobierno: ¿es la parlamentarización del presidencialismo una opción? Universidad de Buenos Aires, 17 de noviembre de 2009.
- De la Iglesia Chamorro, M. A. (1998). La “convalidación” parlamentaria del Decreto-Ley en España. *Revista de las Cortes Generales*, (44), 7-61.
- García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T. R. (1988). *Curso de Derecho Administrativo* (4ª ed., Tomo I). Civitas.
- García Lema, A. (1994). *La reforma por dentro. La difícil construcción del consenso constitucional*. Planeta.
- Garrorena Morales, A. (2015). *Escritos sobre la democracia. La democracia y la crisis de la democracia representativa*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Garrorena Morales, A. (2020). *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- González, J. V. (1903). *La reforma electoral argentina*. Didot.
- Linz, J. J. (1998). Democracia presidencial o parlamentaria: ¿qué diferencia implica? En Valenzuela, A. y Linz, J. J. (Coords.), *Las crisis del presidencialismo* (Vol. 1, pp. 25-146). Alianza.
- Martín Rebollo, L. (2015). Uso y abuso del Decreto-ley. Un análisis empírico. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (174), 23-92.
- Mayer, J. (26 de enero de 2012). Exceso de poder, el problema del sistema presidencial. *El Cronista*.
- Midón, M. (2021). *Decretos de necesidad y urgencia* (3ª ed.). Cathedra Jurídica.
- Nolazco, V. (2024). *Diez propuestas de modificación al régimen jurídico de la Ley 26.122*. Ponencia del XIV Encuentro de Jóvenes Profesores de Derecho Constitucional, Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, Argentina, 7 de junio de 2024.
- Parra Gómez, D. (2023). El reforzamiento del Gobierno y de la deriva presidencialista del régimen parlamentario español durante la pandemia. *Revista de Derecho Político*, (116), 105-133.
- Pizzolo, C. (2009). Ponencia presentada en la Jornada Debate Reforma política y sistema de gobierno: ¿es la parlamentarización del presidencialismo una opción? Universidad de Buenos Aires, 17 de noviembre de 2009.
- Puga, M. G. y Ardoy, L. A. (2023). El fallo sobre el Consejo de la Magistratura. Aciertos y debilidades en la decisión de la Corte Suprema. *Revista Jurídica Austral*, 4(1), 207-248. <https://doi.org/10.26422/RJA.2023.0401.pug>.

- Ruiz Robledo, A. (1 de septiembre de 2020). El parlamentarismo difuminado. *El País*.
- Sabsay, D. (2010). DNU e inconstitucionalidad de la ley 26.122. *La Ley*. TR LALEY AR/DOC/930/2010.
- Sagüés, N. (2011). La regulación legislativa de los decretos de necesidad y urgencia (DNU). *La Ley*. TR LALEY AR/DOC/21032/2011.
- Santiago, A., Veramendi, E. y Castro Videla, S. (2019). *El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo*. Thomson Reuters La Ley.
- Sanz Gómez, R. y Sanz Gómez, S. (2020). Análisis cuantitativo del uso del decreto ley en España (1979-2018). *Revista de Estudios Políticos*, (188), 127-158.
- Serrafero, M. D. (1993). *El presidencialismo en el sistema argentino* (Tesis de doctorado). Universidad Complutense de Madrid.
- Serrafero, M. D. (2013). Argentina: tres reformas institucionales del kirchnerismo. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (41-42), 449-468.

EL LARGO CAMINO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA

Pasquale Gianniti

Consigliere della Corte di Cassazione (Italia)

pasquale.gianniti@gmail.com

Recibido: 15/08/2024

Aceptado: 26/10/2024

Resumen

Mirando hacia atrás, pueden identificarse cinco fases en la historia de los derechos de la persona. La fase de la *primera teorización* hunde sus raíces en la cultura grecorromana precristiana y, al situar a la “persona” en el centro del debate jurídico, se extendió por toda la cultura europea en una continuidad sustancial hasta el siglo XVIII. La fase de *codificación* es deudora, a partir del siglo XIII, de las tradiciones constitucionales inglesa y africana y, a partir del siglo XVIII, de las tradiciones constitucionales norteamericana y francesa. Por su parte, la fase de *internacionalización* comenzó con la creación de la Sociedad de Naciones (1919) y condujo gradualmente a la desaparición de la noción predominante hasta entonces de que el tratamiento del individuo correspondía a la “jurisdicción nacional” de cada Estado-nación. La fase de *universalización* comenzó con la creación de la Organización de las Naciones Unidas (1945) y condujo (con la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948) a un nuevo orden internacional, en el que los derechos de la persona tendían a afirmarse no sólo “dentro” de los Estados, sino también “contra” ellos. Por último, la filosofía ingenua inicial de la fase de *globalización* era que el desarrollo del comercio fomentaría por sí mismo la cooperación entre los pueblos y, con ella, la afirmación progresiva de los derechos individuales.

De cara al futuro, es necesario partir del hecho de que la época actual se caracteriza por la dificultad de reunir ordenamientos jurídicos no homogéneos, a falta de un ordenamiento jurídico global unitario, en el que los derechos individuales y los deberes de solidaridad se sitúen en una relación universal y complementaria. En este contexto, el problema de la validez del sistema de protección, afirmado por las Naciones Unidas al final de la Segunda Guerra Mundial, y la necesidad de pensar en un consejo de seguridad organizado de otra manera son más actuales que nunca. Por otra parte, es necesario abordar la llamada “cuestión antropológica” y preguntarse quién es la persona humana, titular de los derechos, que se quiere afirmar solemnemente.

Palabras clave: derechos de la persona, evolución histórica, ONU, Consejo de Seguridad, desarrollo humano integral, cuestión antropológica, sociedad.

The Long Road of Personal Rights

Abstract

Looking back, five phases in the history of human rights can be identified. The phase of *first theorization* is rooted in pre-Christian, Greco-Roman culture and, by placing the “person” at the center of legal debate, spread throughout European culture in substantial continuity until the 18th century. The first phase of codification is tributary, starting in the 13th century, of the English and African constitutional traditions, and, from the 18th century onwards, to the American and French constitutional traditions. The *internationalization* phase began with the creation of the League of Nations (1919) and gradually led to the disappearance of the hitherto predominant notion that the treatment of the individual was a matter for the “national jurisdiction” of each nation-state. The *universalization* phase began with the creation of the United Nations (1945) and led (with the proclamation of the Universal Declaration of Human Rights in 1948) to a new international order, in which the rights of the individual tended to be asserted not only “within” states, but also “against” states. The initial naïve philosophy of the *globalization* phase was that the development of trade would itself foster cooperation between peoples and, with it, the progressive assertion of individual rights.

Looking to the future, it is necessary to start from the fact that the current era is characterized by the difficulty of bringing together non-homogeneous legal systems, in the absence of a unitary global legal system, in which individual rights and duties of solidarity are placed in a universal and complementary relationship. In this context, the problem of the validity of the protection system, affirmed by the United Nations at the end of the Second World War, and the need to think of a Security Council organized in a different way are more topical than ever. On the other hand, it is necessary to address the so-called anthropological question and to ask who is the human person, the holder of the rights that are to be solemnly asserted.

Key words: human rights, historical development, UN and Security Council, integral human development, anthropological question, society.

1. Introducción

Los derechos humanos tienen su fundamento en la propia naturaleza y dignidad de la persona humana:¹ esta es la razón principal de su propio nombre.

1 Los juristas romanos, por boca del jurista Hermógenes (siglo III d.C.), llegaron a afirmar que todo derecho era función de los hombres (*cum igitur hominum causa omne ius constitutum est*).

Según la doctrina romanista dominante, Hermógenes, con esa afirmación pretendía simplemente fijar la finalización del derecho a los hombres como un dato cierto, a partir del cual el podría comenzar su exposición (“Por tanto, todo el derecho se constituyó para los hombres”): la suya era, por así decirlo, una suposición incuestionable, surgida del examen de lo que era el derecho romano, codificado en el edicto del pretor. En definitiva, aunque con la cautela que hay que tener siempre que se transponen conceptos de la modernidad a la antigüedad, en el ordenamiento jurídico romano —al menos desde la época de los juristas del Principado hasta la época de Constantino— ha habido siempre una continuidad sustancial en la consideración de la centralidad y prioridad de la

Su característica esencial reside en que no son otorgados por algún poder, independientemente de cómo quiera considerarse su contenido (sólo jurídico o bien jurídico y moral al mismo tiempo) (Trujillo y Viola, 2014).

Desde su configuración conceptual, los derechos humanos vinieron a recordarnos que la juridicidad preexiste a la organización institucional y a los procedimientos legislativos. En las páginas que siguen, me referiré tanto al pasado como al futuro. Al pasado, porque intentaré reconstruir lo más brevemente posible el largo camino que el pensamiento humano ha recorrido hasta ahora en materia de derechos de la persona. Pero también me volveré hacia el futuro, en la medida en que, en las conclusiones, trataré de identificar algunas perspectivas que, en mi opinión, deberían perseguirse con vistas a un “desarrollo humano integral”.

En pocas palabras, en el ámbito de los derechos de la persona, el camino recorrido hasta ahora ha sido largo y difícil, pero, hay que reconocerlo, no menos largo y difícil es el camino que queda por recorrer.

2. La fase de teorización temprana

En el origen de los tiempos, la primera y última palabra era el “derecho de la fuerza” (Amadio y Checchini, 2020, p. 3). La relación entre los hombres estaba determinada esencialmente por las relaciones de poder, que podían variar entre una situación de supremacía absoluta de uno sobre otro y una situación de equilibrio. La forma en la que se puso en práctica esta relación de fuerza influyó directamente en la posibilidad concreta de satisfacer los intereses de unos y otros. En esencia, se creó una jerarquía de intereses que se protegían en mayor o menor medida según las normas de relación establecidas entre quienes pasaban a formar parte del grupo.

En una etapa posterior, la toma de conciencia de la relación existente entre los miembros del grupo, basada en el poder conquistado por unos y la capacidad de imponerlo, condujo a un uso sistemático de reglas que establecían, en hipótesis individuales de conflicto, cómo debía comportarse un sujeto frente a otro.

En las sociedades primitivas, las normas de comportamiento se refieren inicialmente al uso de determinados bienes o territorios, a la vida o a la integridad

persona humana en todo el derecho. Y aunque no pueda decirse que el derecho romano haya conocido situaciones subjetivas que puedan remontarse a las que hoy denominamos derechos humanos, sí puede afirmarse con certeza que el derecho romano ha construido sobre el nexo persona-derecho una experiencia y una civilización jurídica que ha llegado hasta nuestros días.

física de la persona. Por ejemplo, se establece que entre dos sujetos en conflicto por el uso de una cosa debe prevalecer el que primero tomó posesión de ella. O, en el conflicto entre el interés del individuo y el interés del grupo social, en una circunstancia determinada (por ejemplo, cuando está en juego la defensa del grupo), se decide que prevalezca el interés de la comunidad aun a costa de la vida del individuo.

A medida que la sociedad se hace más compleja, se producen normas que guían la vida de toda la comunidad, así como las relaciones entre los individuos: primero, normas sobre la elección de líderes y normas que prohíben determinados comportamientos por el bien de la sociedad; después, normas sobre cómo formar nuevas reglas.²

Puede decirse que en esta época nació un primer embrión de derecho³ (entendido como un conjunto de normas conocidas y respetadas por las personas) y, con él, se estableció el anhelo de que el “derecho de la fuerza” fuera sustituido por la “fuerza del derecho”. En esta perspectiva, el derecho aparece ante todo como un fenómeno social destinado a garantizar la coexistencia en un grupo ordenado de varios sujetos portadores de intereses distintos (Cotta, 1991, pp. 64, 69, 169-186).⁴

Aparte de los textos sagrados (los Vedas hindúes, el Tanáj judío, la Biblia cristiana, el Corán islámico y los Diálogos confucianos figuran entre los escritos más antiguos que abordan la cuestión de los derechos humanos y los deberes y responsabilidades), el reconocimiento más antiguo de los derechos humanos, del que queda algún rastro, se remonta al año 539 a. C., cuando Ciro “el Grande”, rey de Persia (actual Irán), conquistador de la ciudad de

2 Según Hart (2002), esto “no sólo es un paso importante, sino que puede considerarse con razón el paso del mundo prejurídico al mundo jurídico” (p. 51). Y, en palabras de Norberto Bobbio (1994), la transición de la normatividad social a la normatividad jurídica da lugar a la institución de “normas de segunda instancia o metanormas, cuya función es regular aquellos actos humanos particulares que son los actos productores de normas” (p. 203).

3 En nuestros tiempos también se recurre al uso de la fuerza, pero dicho uso sólo es un recurso extremo al cual acudir cuando no se respetan las normas de convivencia: la aplicación de sanciones, por tanto, está sujeta a normas determinadas.

4 El autor sostiene que la observación más elemental del fenómeno jurídico empírico nos permite ver que se constituye para satisfacer necesidades existenciales fundamentales de la persona humana: la seguridad frente a los demás, la cooperación con los demás y la duración a través de los demás; y, para verificar la anterior afirmación, examina a modo de ejemplo cuatro instituciones jurídicas (la propiedad, la sucesión, la asociación y la sentencia, entendida esta última como la decisión de los litigios contenciosos), que, aunque con diferentes determinaciones formales y sustantivas, se encuentran en las más variadas culturas y, por tanto, puede decirse que son típicas de la experiencia jurídica en general.

Babilonia (actual Irak), conocido como gobernante ilustrado y ejecutor de una política libertaria especialmente a favor de los vencidos, reconoció los primeros derechos inviolables.⁵

Su decreto quedó grabado en un cilindro de barro, con escritura cuneiforme en lengua acadia, conocido hoy como el Cilindro de Ciro, que se encontró en 1879 en las ruinas de Babilonia. Los preceptos de Ciro “el Grande” se han traducido a las seis lenguas oficiales de las Naciones Unidas, y los cuatro primeros artículos de la Declaración de 1948 se hacen eco del espíritu y los principios consagrados en las normas dictadas por el gran líder.

Hoy, el Cilindro de Ciro pertenece a la colección del Museo Británico, pero una copia se conserva en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York como advertencia: siempre que la comunidad humana se ha desviado del respeto de los derechos fundamentales e inviolables de la persona, se ha deslizado hacia derivas dramáticas que han marcado los momentos más oscuros y graves de su historia.

2.1 La cultura grecorromana

La primera teorización de los derechos de la persona humana —y, más en general, la afirmación de una ley no escrita, fundamento de los derechos humanos— se coloca en el pensamiento de algunos filósofos y escritores de la cultura griega: Heráclito habla de una ley universal fundada en el *logos* divino (Heraclitus, Leucipo, fr. 2); para Sófocles, las *agrapta nomina*, es decir, las leyes no escritas, pero presentes en el espíritu humano por obra de los dioses, son el último baluarte contra la tiranía (Sófocles, s.f., pp. 454-460);⁶ Epicteto habla de la común y elevada dignidad moral y jurídica del hombre⁷ como criatura de Dios.

En términos más generales, el problema de la diferencia entre orden estatal legítimo e ilegítimo, que sigue siendo relevante hoy en día, fue tratado por Polibio en su Historia de Roma, siguiendo los resultados ya alcanzados por Platón y Aristóteles. En particular, por lo que respecta a la democracia,⁸ Polibio afirmó que no puede decirse que un Estado sea democrático cuando cualquier masa

5 A instancias de Ciro el Grande: se abolió la esclavitud (y, por tanto, se favoreció el regreso de los pueblos deportados a sus patrias, circunstancia que permitió el fin del cautiverio babilónico para el pueblo de Israel), se concedió la libertad de culto, se reconoció la igualdad de razas, se afirmó el respeto a las tradiciones y cultura de los vencidos.

6 Sobre el *agraphos nomos*, véanse también las concisas, pero profundas, reflexiones de D’Agostino, (2011).

7 Confr. Polibio (*Storie*, Diatribai I, 3.1).

8 La democracia es definida generalmente como un sistema constitucional pluralista. La fórmula es

de ciudadanos —incluso mayoritaria— es dueña de hacer lo que le plazca: según Polibio, el fundamento del poder, incluso en una democracia, no reside *sic et simpliciter* en su ejercicio, por muy validado formal y procedimentalmente que esté, sino que depende del contenido de las acciones promovidas, que deben compararse constantemente con las leyes no escritas que preservan el bien humano, promoviendo su auténtico desarrollo.

A la rica tradición griega se unió después la gran tradición doctrinal y jurisprudencial romana:⁹

Ciertamente hay una ley verdadera: es la recta razón; está de acuerdo con la naturaleza; se encuentra en todos los hombres; es inmutable y eterna; sus preceptos llaman al deber y sus prohibiciones alejan del error [...]. Es un delito sustituirla por una ley contraria; está prohibido no practicar una sola de sus disposiciones; nadie tiene entonces la posibilidad de derogarla por completo. (Cicerón, *De re publica*, 3, 22, 33)

afortunada en la medida en que ayuda a comprender que la democracia no es otra cosa que la constitucionalización de la regla del pluralismo, que permite que la diversidad (social, política, cultural, etc.) sea productiva a través de sus contrastes. Sin embargo, la democracia se limita a regular la dinámica del pluralismo y a resolver los conflictos que de él se derivan. Queda el problema de cómo establecer qué es el bien común para una sociedad de ciudadanos libres y, en particular, si el mero número de votos es suficiente.

En las Constituciones modernas, el control de la legitimidad de las leyes, en virtud del principio de razonabilidad, permite declarar la ilegitimidad constitucional de disposiciones legales intrínsecamente irrazonables por incongruentes, contradictorias e injustas. Así, la ley no es legítima por el mero hecho de estar legalmente formada como expresión de la voluntad soberana de una mayoría parlamentaria, sino que encuentra un límite infranqueable en la razonabilidad de lo que promulga: la mayoría no puede, por el mero hecho de serlo, imponer leyes arbitrarias, incongruentes, incoherentes, injustas y lesivas de valores fundamentales de la civilización jurídica. En este aspecto, aunque limitado, el constitucionalismo moderno restablece esa conexión entre derecho y justicia, sobre cuya base nació el derecho.

- 9 A Roma hay que atribuirle la primera ordenación de la libertad y el primer sistema de protección de los particulares en sus relaciones con el poder público. Ya la ley de las Doce Tablas (451 a. C.) puede considerarse una forma temprana de texto constitucional, pues tuvo el mérito de definir con certeza las normas del *Ius Quiritium*, permitiendo la accesibilidad y el conocimiento a todos (antes, la ley estaba envuelta en sacralidad y misterio y se confiaba exclusivamente a la memoria de los pontifices, expresión de grupos oligárquicos restringidos que pretendían imponer su hegemonía a los plebeyos y a los pueblos patricios contrarios). Bajo el emperador Trajano (98-117), se encomendó al *Curator Civitatis* la protección de la infancia: a Trajano se debe la *lex institutio* alimentaria en favor de los niños necesitados de la Italia romana (las fuentes narran que el emperador tomó de su patrimonio personal las sumas necesarias para garantizar un futuro sereno a cientos de niños necesitados, legítimos e ilegítimos, especialmente en el campo). Con el emperador Valentiniano (364-375), se creó el Defensor *Civitatis* para defender a los plebeyos de los abusos cometidos contra ellos por los *honorati* (es decir, los que tenían o habían tenido cargos públicos), especialmente en materia de recaudación de impuestos.

Así, desde la antigüedad grecorromana está claro que la democracia sólo puede existir si la mayoría respeta ciertas premisas básicas del orden social, entre ellas, los derechos inviolables del hombre.¹⁰

2.2 El advenimiento del cristianismo

El advenimiento del cristianismo y su difusión por el mundo han conservado todas las adquisiciones de la *recta ratio* de la filosofía moral y de la ciencia jurídica de la cultura grecorromana,¹¹ desarrollándolas y enriqueciéndolas.¹²

Basta mencionar aquí que, para el cristianismo —y, en cierta medida, para todas las religiones monoteístas—, la persona humana no sólo es el ser más elevado en la escala de la vida por la inteligencia y la libertad de que goza, sino que también es el único ser que ha sido creado para sí mismo¹³ y que en ningún caso puede ser tratado sólo como un medio, sino que siempre debe ser tratado como un fin: en este sentido, existe plena correspondencia entre el cristianismo y la lección kantiana (Kant, 1995).¹⁴

10 El derecho romano consideraba al concebido aún no nacido (el *nasciturus*) como un ser humano o individuo que, como tal, era sujeto de derechos, e incluso podía ser destinatario de bienes testamentarios. Así, la *Digesta* de Justiniano reconoce la condición jurídica del *nasciturus* como ser humano (*Qui in utero sunt [...] intelliguntur in rerum natura esse*, D.1.5.26); por tanto, debía ser considerado titular de derechos como si hubiera nacido (*Nasciturus pro iam nato habetur*, D.1.5.7) cuando se trataba de su ventaja (*commodum*).

El *ius civile* de la antigua Roma supuso un cambio cualitativo en toda la civilización jurídica. De hecho, el niño por nacer fue considerado jurídicamente como un ser humano a lo largo de los siglos siguientes en muchos códigos constitucionales y civiles de áreas geográficas y culturales muy distantes: no sólo en el mundo latino, romano e ibérico (Italia, España, Argentina, Brasil, Uruguay, Perú, Chile, etc.), sino también en el derecho germánico (véase, por ejemplo, la sentencia de 28 de mayo de 1993 del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania) e incluso en el Código Civil de Japón (art. 721).

11 Los lógicos medievales llamaban *ratio* a la relación entre el *verbum*, es decir, el *signum*, la palabra, y la *res* identificada por ella. *Recta ratio* dice se refiere a la relación justa, la coincidencia entre la imagen de la cosa y la cosa misma. Cada palabra, en efecto, puede ser una imagen verdadera o una imagen deformada de lo real: el riesgo de nuestros razonamientos es el de hacernos vivir en un mundo de fantasmas, de imágenes irreales e inconsistentes; el hecho es que no son nuestros razonamientos, es decir, nuestras ideas, la medida de las cosas, sino, al contrario, son las cosas las que miden en sí mismas la bondad o no de nuestros razonamientos e ideas.

12 Para no repetir consideraciones ya hechas, cabe recordar lo expresado por Gianniti (2024, pp. 351-377).

13 Juan Pablo II, en *Evangelium vitae* (1995), afirmó que “la razón más alta de la dignidad del hombre consiste en su vocación a la comunión con Dios” (n. 19).

14 “Actúa de tal modo que trates a la humanidad, tanto en tu persona como en la de los demás, siempre como un fin y nunca simplemente como un medio” (p. 88).

2.3 La continuidad del discurso sobre los derechos de la persona humana en Occidente

Confirman la continuidad en Occidente¹⁵ del discurso sobre los derechos del hombre y en el hombre los italianos Giovanni Pico della Mirandola y Antonio Rosmini,¹⁶ así como los españoles Francisco de Vitoria y Bartolomé de las Casas.

Pico della Mirandola (1463-1494), en su célebre discurso *De Dignitate Hominis* ([1486] 1994), considerado el manifiesto del Renacimiento italiano, imagina a Dios que, primero, se propone crear el Cosmos con plantas, animales y toda clase de criaturas vivientes; y, después, como la Cadena del Ser había sido llena por los ángeles (que, ascendiendo de grado en grado por sus cualidades, se unieron a Él), dio origen al género humano. Según Pico della Mirandola (1994), el hombre, valiéndose de sus capacidades intelectuales, puede ser creador de su propio destino, bien ascendiendo en la Cadena mediante el estudio y la filosofía, bien pensando en cosas inútiles, convirtiéndose así en un vegetal ignorante: precisamente en estas capacidades intelectuales del hombre se basa el concepto de dignidad humana, cualidad suprema que sólo el hombre ha recibido de Dios.

Bartolomé de las Casas (1474-1566) llegó en 1502 a las Indias (actual Centroamérica) para ocuparse de los intereses coloniales de la familia. Fue testigo de los acontecimientos del cuarto viaje de Cristóbal Colón, cuyo “Cuaderno de bitácora” leyó y transcribió en los diversos viajes que realizó. De fe cristiana, su lectura de la Biblia acabó enfrentándolo a los conquistadores en defensa de los nativos americanos y de los indígenas en particular. Ordenado sacerdote en 1507, ingresó en la orden dominica en 1515 e inició una extenuante batalla cultural en favor de los indígenas y de sus derechos: condenó el colonialismo español sin excepción y cruzó el océano en numerosas ocasiones para llevar sus protestas a España. Con su impulso y gracias a su denuncia del sistema de explotación de los indios, se compilaron las “Leyes Nuevas”, ratificadas por Carlos V en 1542, que abolieron las encomiendas: estructuras organizativas agrarias basadas en un sistema esclavista-feudal, principal causa de explotación de los nativos. Todos sus escritos se caracterizan por un lenguaje lineal y efectis-

15 Occidente, como Europa, no es reducible a un lugar geográfico, sino que identifica un hábitat cultural, que reúne lugares geográficos (en particular, Atenas, Roma y Jerusalén), que han contribuido a la elaboración de una visión del hombre, válida aún hoy.

16 Por tanto, no es del todo cierto que la Ilustración “sea la matriz directa de los derechos humanos” (como, por ejemplo, sostiene Lombardi Vallauri, 2002, X, 18, p. 158). La pretensión, si se formula en relación con las declaraciones de la historia, puede aceptarse, pero no si se formula en relación con el fundamento (filosófico y cultural) de los derechos humanos.

ta, poco habitual en la prosa española de la época. Destacan la *Brevísima relación de la destrucción de las Indias* y la *Historia de las Indias*: la primera es un ensayo histórico escrito en 1542 y publicado en 1552, mientras que la segunda es una obra en tres volúmenes (compuesta en 1553). Ambos escritos no perseguían fines literarios, sino de documentación y testimonio: denunciar las atrocidades perpetradas contra los incas y destacar las cualidades positivas de los miembros de estas poblaciones.

De Vitoria (1483-1546), teólogo dominico español, fue catedrático de la Universidad de Salamanca y uno de los principales protagonistas del acalorado debate teórico que acompañó a la Conquista de Indias: de su doctrina se derivan algunas proposiciones que pueden considerarse a todos los efectos la primera carta de derechos, elaborada a partir del principio evangélico de la igualdad de todos los hombres (como hijos de Dios, creados a su imagen y semejanza) y de la teoría del derecho natural (tal como la concibió Tomás de Aquino, cuyo pensamiento retomó de Vitoria).¹⁷

Por último, Rosmini (1797-1855)¹⁸ desarrolló una concepción del origen y la naturaleza del poder político (que se expresa sobre todo en sus obras tituladas *Filosofía de la política* (2020) y *Filosofía del derecho* (2013)), que considera central a la persona, entendida como centro irradiador de derechos y deberes que toda autoridad está obligada a respetar y promover. De la persona, Rosmini destacó en particular la relación estructural, la interioridad inagotable, la dignidad infinita; además, que la persona no tiene derechos simplemente, sino que —según una de sus famosas definiciones— la persona es el derecho: “es el derecho subsistente, la esencia del derecho”. Desde la dignidad inviolable de la persona humana, el Estado aparece estructuralmente limitado en sus pretensiones despóticas: no puede decidir sobre los derechos y deberes fundamentales, sólo puede regular el modo de su ejercicio.

17 Los derechos naturales —que De Vitoria les reconoce a los indios como hombres, es decir, criaturas hechas a imagen y semejanza de Dios— son los presentes en las declaraciones modernas: derecho a la vida, libertad de formar una comunidad y de elegir sus propios gobernantes, libertad religiosa, seguridad, etc.. Para profundizar, véase: Pereña (1996) (incluye una amplia reconstrucción biobibliográfica del pensamiento de F. de Vitoria realizada por el editor, Lamacchia), Trujillo (1997), Fazio (1998).

18 Rosmini también merece ser recordado porque, estando personalmente implicado en el proceso de elaboración constitucional que se inició en Italia con los levantamientos de 1848, fue el redactor de los primeros proyectos de constitución, inspirados en términos generales en el constitucionalismo liberal y en sus valores básicos: reconocimiento de las libertades fundamentales de los ciudadanos, separación y equilibrio de los poderes del Estado, seguridad y estabilidad social.

2.4 El personalismo en la primera mitad del siglo XX

El personalismo, en sentido amplio, constituye un aspecto de la cultura europea, en la que la idea de persona¹⁹ siempre ha transmitido no sólo elementos jurídicos, sino también antropológicos, psicológicos, éticos y políticos.

Sin embargo, en sentido estricto, cuando se habla de “personalismo” se suele hacer referencia a un movimiento cultural heterogéneo²⁰ (y no a una escuela o doctrina) (Maritain, 1963),²¹ que se afirmó entre finales del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX y que, al recordar la centralidad de la persona,²² tenía como denominador común presentarse como una tercera vía frente al idealismo (es decir, frente a la primacía absoluta de la autoconciencia y el historicismo) y al positivismo (o sea, frente a la reducción de toda realidad a la dimensión sensible y el naturalismo).

Una expresión particular del personalismo en la primera mitad del siglo XIX se desarrolló en Francia: en ese contexto, el término “personalismo” fue utilizado por primera vez por Charles Renouvier (1903) en su ensayo “Le personnalisme”. El término fue retomado más tarde por Emmanuel Mounier: primero,

19 La noción de persona se heredó de la tradición clásica. El teatro griego y el derecho romano contribuyeron a determinar su contenido en sus orígenes y, más tarde el cristianismo y la cultura secular europea, al menos a partir del siglo XVIII. Los elementos esenciales de la historia de la noción de persona pueden encontrarse, admirablemente esbozados, en Cotta (1989, pp. 59 y ss.).

20 Por lo que se refiere al contexto cultural italiano, puede ser útil recordar el memorable ensayo *La persona umana nel Comunismo* (1945), escrito por el intelectual siciliano Concetto Marchesi, en respetuosa polémica con Benedetto Croce, quien en 1942 había compuesto el igualmente memorable ensayo *Perché non possiamo non dirci “cristiani”* (que apareció por primera vez en *La Critica* el 20 de noviembre de 1942; y luego recogido en el volumen *Discorsi di varia filosofia*, vol. II, p. 1). En Alemania, una figura importante del personalismo fue el filósofo Max Scheler (1874-1928), cuyo pensamiento se sitúa tradicionalmente dentro de la fenomenología. Su ética también pretendía ser una respuesta a la ética personalista cristiana. En particular, Scheler contrapuso los bienes y fines de la ética tomista a los valores, lo que le permitió elaborar una concepción de la persona como “lugar de valores”.

21 “Nada sería más falso que hablar de ‘personalismo’ como de una escuela o de una doctrina. Es un fenómeno de reacción contra dos errores opuestos (el totalitarismo y el individualismo), y es inevitablemente un fenómeno muy mixto. No hay doctrina personalista, sino que hay aspiraciones personalistas y una buena docena de doctrinas personalistas, que lo único que tienen en común es la palabra ‘persona’, y de las cuales algunas tienden más o menos hacia uno de los errores contrarios, entre los cuales se sitúan” (p. 8).

22 El personalismo, así entendido, se caracteriza por: (a) por su crítica a todas las formas de dualismo y, en particular, tanto al idealismo como al fisicalismo como perspectivas incapaces de describir y comprender plenamente la realidad natural o incluso la vida humana (en sus dimensiones individual, social, política y moral); (b) por su reivindicación de un “realismo de la persona”, según el cual las personas interpretan la realidad, pero no son menos reales que la realidad misma y tampoco la agotan; (c) por su reconocimiento de la persona como sujeto con su propia dignidad y responsabilidad por la vida en la tierra.

en octubre de 1932, cuando publicó el primer número de la revista *Esprit*, en el que presentaba el manifiesto del personalismo (proponiéndolo como respuesta a la gran crisis de cultura y civilización, pero también económica y política, que atravesaba Europa en la década de 1930); después, en 1950, cuando publicó el volumen *Le personnalisme*.

El personalismo, apoyado por Mounier y por los intelectuales reunidos en torno a *Esprit* —entre ellos, Jacques Maritain (1963)—, se presentaba como una forma de realismo que se oponía, por un lado, a la abstracción idealista y, por el otro, al reduccionismo positivista. Un elogio bastante tardío del personalismo sería cantado más tarde en la misma revista *Esprit* por Paul Ricoeur (1983).

3. La fase de codificación

La teorización de la existencia de los derechos humanos, por tanto, hunde sus raíces en la filosofía clásica, pero sólo empezó a adquirir relevancia jurídica autónoma en la historia moderna (europea y americana) a partir de finales del siglo XVIII.

En la historia de los derechos fundamentales, cabe mencionar las tradiciones inglesa, africana, estadounidense y francesa.

3.1 La tradición inglesa

La tradición inglesa se remonta al período anterior a finales del siglo XVIII²³ y se caracteriza por una fuerte continuidad: las garantías más importantes de los derechos (por ejemplo, la libertad personal) se construyeron gradualmente (teniendo un origen consuetudinario) y se fijaron en documentos solemnes,

23 El ordenamiento jurídico británico es el único en el que los derechos fundamentales aún no están codificados en una constitución propiamente dicha. Sin embargo, desde 1998, existe en el Reino Unido un documento que cumple parcialmente la función de catálogo constitucional de derechos: el Human Right Act, de hecho, reproduce el Convenio Europeo de Derechos Humanos (precisando las condiciones de su incorporación al derecho británico). En particular, el artículo 3 del Human Right Act establece que los jueces británicos, si se encuentran aplicando una norma legislativa que entra en conflicto con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) (y, por tanto, con el Human Right Act mismo), deben intentar primero interpretarla de manera conforme con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (y, por tanto, si es susceptible de varias interpretaciones, deben elegir la que sea compatible con el Convenio). Si esto no es posible, los tribunales deben aplicar la ley británica, aunque sea incompatible con la CEDH. Sólo algunos tribunales supremos (mencionados en el art. 4.5) están facultados para emitir “declaraciones de incompatibilidad” entre la legislación británica y el Convenio, pero estas declaraciones no afectan la validez de la ley: cualquier derogación de la norma británica contraria al CEDH queda reservada al Parlamento.

como la *Magna Charta* de 1215, el *habeas corpus* de 1679²⁴ y luego las diversas *bill of rights* (en particular la aprobada en 1689 tras la Segunda Revolución Inglesa, que supuso la derrota definitiva del intento de los Estuardo de establecer un régimen absolutista similar al que se estaba consolidando en la mayor parte del continente europeo).²⁵

Estos documentos escritos —en su mayoría concebidos como confirmaciones de derechos ya existentes (que habían sido cuestionados en ciertos momentos de confrontación política y se reafirmaban solemnemente, pero no se proclamaban *ex novo*)—, más que constituciones en el sentido moderno eran pactos o contratos de dominación (primero entre el rey y los nobles y después entre el rey y la representación parlamentaria) para establecer derechos y deberes recíprocos.²⁶

La ausencia de una generalización de los derechos exponía a estos pactos a favorecer a tan solo una parte de la población: en esencia, no proporcionaban derechos, sino privilegios. Tales actos, por tanto, se limitaban²⁷ a conceder ciertas libertades a determinados súbditos o grupos en virtud de su rango o condición social, circunscribiendo al mismo tiempo el poder absoluto del soberano. Sin embargo, es evidente que con estas concesiones surgía una nueva relación entre el poder de la autoridad política y los espacios de libertad de los sometidos a ella, según una lógica de autolimitación que Carl Schmitt (1984), por ejemplo, considera esencial para el fenómeno jurídico de los derechos fundamentales: “Los derechos fundamentales en sentido propio son esencialmente los derechos del hombre individual libre y precisamente los derechos que éste tiene frente al Estado” (p. 220).

Sólo en los siglos siguientes el concepto de libertad individual se fue desvin-

24 El *Habeas corpus* de 1679 reconocía específicamente ciertas garantías individuales: llevaba el título de Ley para garantizar mejor la libertad del Sur y evitar el envío de prisioneros a través del mar. Movido por la preocupación de impedir que el rey ordenara detenciones arbitrarias, estipuló que toda persona detenida (fuera de los casos previstos por la ley y sin el cumplimiento de las formalidades legales) debía ser puesta en libertad previa denuncia ante el magistrado competente.

25 La Carta de Derechos o *bill of rights*, promulgada en Inglaterra en 1689, en una fase de transición de un Estado absoluto a un régimen parlamentario, se caracterizó por la presencia de numerosas limitaciones a las prerrogativas reales, entre ellas: la prohibición de imponer fianzas, multas excesivas, castigos crueles e inusuales, la imposición de multas y confiscaciones antes de que se demostrara la culpabilidad del delito y la restricción de la libertad de expresión y de debate en el Parlamento.

26 También se pueden encontrar ejemplos de pactos de este tipo en otros ordenamientos jurídicos: considérese la garantía de derechos aprobada por las Cortes del Reino español de León en 1188, la llamada Joyeuse Entrée de Brabante de 1356, el Erik Klippungs Handfaesting danés (1282) y la Union of Utrecht neerlandés (1579).

27 Véase, entre otras muchas, la reconstrucción genealógica de Schmitt (1984).

culando de la pertenencia a grupos sociales y, durante los siglos XVIII y XIX, se impuso la convicción de que los súbditos de un Estado tienen derecho a esperar de él un compromiso para mejorar sus condiciones de vida. Una influencia decisiva en esta evolución la ejercieron las reflexiones teológicas y filosóficas de los intelectuales (laicos y religiosos) a raíz del descubrimiento de América: un acontecimiento que tuvo una importancia considerable en la conciencia europea²⁸ y que obligó a pensadores y gobernantes a abordar la cuestión de la dignidad humana de los indios (y, en consecuencia, la existencia de derechos universales basados en la naturaleza común de conquistadores y conquistados).²⁹

La filosofía jurídica de la Ilustración —liberándose, al menos en parte, de la perspectiva teísta que sustentaba las tesis de De Vitoria (así como de De las Casas, Suárez y, en cierta medida, también del holandés Grocio y los alemanes Thomasius y Pufendorf)— fue el antecedente inmediato de las primeras declaraciones de derechos humanos, no en el centro-sur del continente americano, sino en el norte, cuya historia de conquista fue radicalmente distinta.³⁰

3.2 La tradición africana

Lo que rara vez se conoce en Occidente sobre la historia de África³¹ es lo que ocurrió durante la gran colonización que tuvo lugar entre los siglos XVI y XIX, cuando más de diez millones de personas —nativos africanos— fueron desarraigados, en su mayoría violentamente, de sus lugares de origen y cruzaron el océano en lo que fue una de las mayores deportaciones de la historia de la humanidad.

28 Sobre este tema, *ex multis*, véase Todorov (2007).

29 Benedicto XVI (2015), donde se lee que la concepción de los derechos humanos “adquirió una importancia fundamental al comienzo de la edad moderna con el descubrimiento de América. Todos los nuevos pueblos con los que se tropezaba no estaban bautizados, por lo que se planteaba la cuestión de si tenían derechos o no. Para la opinión dominante sólo se convertían en sujetos de derecho con el bautismo. El reconocimiento de que eran imagen de Dios en virtud de la creación —y seguían siéndolo incluso después del pecado original— significaba que incluso antes del bautismo ya eran sujetos de derecho y, por tanto, podían reclamar respeto por su humanidad. Me parece que aquí se reconocieron los ‘derechos humanos’, que preceden a la adhesión a la fe cristiana y a cualquier poder estatal, cualquiera que sea su naturaleza específica”.

30 Jellinek (1895) reflexiona sobre ello con aguda síntesis en el ensayo *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*.

31 El término “África”, como sabemos, es una mera denominación geográfica de conveniencia: se trata de un continente extraordinariamente vasto, constituido por realidades ambientales (desde el desierto hasta la sabana y la selva tropical), por etnias y poblaciones, por historias y culturas muy diferentes entre sí

En general, poco se sabe del periodo anterior, inmediatamente posterior y posterior al Egipto más antiguo y conocido de los faraones, Nubia, el África púnica o romana y la Etiopía de Axum. Sin embargo, este periodo intermedio, al menos en el África Occidental subsahariana, fue de gran esplendor,³² primero bajo el imperio de Ghana y después bajo los imperios de Malí y Songhai.

En el contexto de la cultura subsahariana del siglo XIII se sitúa la llamada Carta de Manden. Esta debe su fortuna al rey Sundiata Keita (1190-1255), quien, tras un largo período de guerras fratricidas,³³ decidió en 1236 crear un cuerpo de normas jurídicas, que fue proclamado en Kourougan Fuka y que, además de estar destinado a regular la vida política y social del nascente nuevo imperio maliense, contenía el reconocimiento y la declaración de ciertos derechos totalmente equiparables, por los valores que expresaban, a los que hoy llamamos “derechos humanos”.

La Carta de Manden es una expresión de la cultura africana, de una cultura que durante muchos siglos no conoció la escritura, sino que se basó en la tradición oral.³⁴ De hecho, fue transmitida en forma oral por los malinké, un grupo iniciático de cazadores, y por los griot, los juglares africanos, hasta que fue reconstruida íntegramente en un seminario, celebrado en Kankan del 3 al 12 de marzo de 1998, que reunió a comunicadores tradicionales de la zona mandinga, a comunicadores contemporáneos y a estudiosos de diversas disciplinas en la Radio Régulière de Guinea.

En los años inmediatamente posteriores a este acontecimiento, la histori-

32 Cuando llegaron los portugueses a finales del siglo XV, África occidental, con sus ricas y evolucionadas civilizaciones, llevaba varios siglos en estrecho contacto cultural y comercial con el mundo islámico (y con Egipto en particular) y, a través de él, también con Europa y China. En aquellos siglos, los imperios africanos basaron su grandeza en el comercio internacional del oro: era África la que proporcionaba a los países del resto del mundo la materia prima en la que basaban sus sistemas monetarios. El esplendor de los imperios de la Edad Media africana queda atestiguado en los Manuscritos de Tombuctú (es decir, en unos 700000 manuscritos árabe-islámicos, algunos de los cuales datan del siglo XIII).

33 Cuenta la leyenda que Nare Magan, padre de Sundiata Keita, había aceptado casarse con una mujer jorobada llamada Sologon Konde para cumplir una profecía que anunciaba el nacimiento de un gran hombre fruto de esa unión. El niño nació jorobado e inválido. Tras la muerte de su padre, un hermanastro, Sumaouru Kante, se hizo con el trono. Sundiata y su madre se exiliaron a la aldea de Nema, en el pequeño reino de Manden, formado por cuatro familias (los Sarakole, los Soso, los Traore y los Manden). Sundiata consiguió superar su discapacidad y se convirtió en un gran guerrero. Al final de un conflicto con su hermanastro, se proclamó emperador de los Manden y fundó el poderoso Imperio Malí, que controló gran parte de África occidental durante varios siglos.

34 Así ocurrió también con los aborígenes australianos, con los indígenas americanos, pero también en la antigua Grecia con los aedi y rapsodas, cantantes profesionales que tuvieron su apogeo entre los siglos V y IV a. C.

dad de la Carta de Manden apenas fue reconocida en Occidente, pero en 2009 fue inscrita por la Unesco en la lista representativa del patrimonio cultural inmaterial de la humanidad. Su historicidad quedaba así definitivamente establecida y se reconocía y confirmaba la posibilidad de una forma diferente de desarrollar la cultura, de igual dignidad que la de Occidente y que cualquier otra cultura del mundo.

La Carta —que consta de 44 Edictos, divididos en 4 secciones,³⁵ y que, en cierto modo, constituye el precedente histórico de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (adoptada en junio de 1981 en Nairobi, a instancias de la Organización para la Unidad Africana)— proclama principios como la paz social en el respeto de la diversidad la inviolabilidad del ser humano, el derecho a la vida, la educación de la persona, la centralidad de la familia, el valor de la solidaridad, el respeto y la aceptación del extranjero, la desaprobación de la esclavitud, la libertad de expresión, la libertad de comercio, la prescripción de los delitos, la protección del medioambiente y la igualdad ante la ley.

Su existencia induce a reflexionar sobre el hecho de que algunas convicciones muy extendidas no se corresponden con la verdad: que las sociedades que carecen de normas escritas por esta misma razón están desprovistas de derecho, que la proclamación de los derechos más importantes y el reconocimiento de garantías son conquista y patrimonio de la cultura occidental y que en el contexto actual es imposible configurar unos derechos humanos, caracterizados por su universalidad. En relación con este último aspecto, es significativo que la Carta de Manden exprese, promueva y proteja valores que tienen notables puntos de contacto con los que, siglos más tarde, también el mundo occidental, partiendo de otras premisas y de otra trayectoria cultural, elaborará de forma autónoma.

3.3 La tradición estadounidense

Los documentos de referencia de la tradición estadounidense son la Declaración de Independencia de Estados Unidos, del 4 de julio de 1776, y las constituciones de las trece antiguas colonias británicas aprobadas antes y después de su independencia.

35 Precisamente, la primera sección (edictos 1 a 31) se refiere a la organización social; la segunda (edictos 32 a 36), a los derechos de propiedad; la tercera (edictos 37 a 39), a la protección del medioambiente; la cuarta y última (edictos 40 a 44), a la responsabilidad personal. A este respecto, compare: Conti (2021, pp. 73 y ss.).

Entre ellas, la más famosa es la Declaración de derechos del Estado de Virginia, del 12 de junio de 1776,³⁶ que en su primer artículo proclama:

Todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y poseen ciertos derechos innatos, de los que, al incorporarse a la sociedad, no pueden privarse a sí mismos ni a su posteridad; y estos derechos son la base de la vida y la libertad, con los medios para adquirir y poseer bienes, y la búsqueda y consecución de la felicidad y la seguridad.

Conceptos similares pueden encontrarse en las Declaraciones de Derechos de Pensilvania (Art. 1) y de Massachusetts (Art. 2), que tienen sus raíces históricas en los movimientos político-religiosos de la Inglaterra de los siglos XVI y XVII y en la tradición del derecho consuetudinario o común (*common law*).

La Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787, que entró en vigor en 1789, no contenía una declaración de derechos, los cuales serían incluidos recién en las nueve primeras enmiendas, aprobadas en 1791 (conocidas como *bill of rights*), en las que se reconocían: la libertad de religión, la libertad de expresión, la libertad de reunión, el derecho de petición (1ª Enmienda), el derecho a portar armas (2ª Enmienda), el derecho a tener una audiencia (3ª Enmienda), el derecho a la seguridad de la persona, el domicilio y la correspondencia (4ª Enmienda), el derecho a un juicio penal “justo” (5ª, 6ª y 8ª Enmiendas), el derecho a juicio con jurado (7ª Enmienda).

En términos generales, a la hora de identificar los derechos garantizados, la tradición estadounidense está en continuidad con la británica, en particular por su reconocimiento de un papel importante por parte del juez en la garantía de las libertades. Sin embargo, en la experiencia británica, los jueces no pueden anular o inaplicar las leyes que consideren contrarias a los derechos fundamentales, mientras que en Estados Unidos cada juez tiene el poder/deber de inaplicar las leyes inconstitucionales: entre las causas de inconstitucionalidad, la violación de los derechos fundamentales desempeña tradicionalmente un papel crucial.

La experiencia constitucional estadounidense se ha caracterizado sobre todo por el reconocimiento, desde 1803, de la garantía de los derechos incluso frente

36 La Declaración de Virginia representa la primera declaración de derechos humanos de la era moderna. Redactada por George Mason y adoptada por la Convención de Virginia el 12 de junio de 1776, fue seguida en gran medida por Thomas Jefferson para la Declaración de los Derechos del Hombre, que acompañó a la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América el 4 de julio de 1776.

a las legislaturas democráticas, estatales y federales. En efecto, la tradición estadounidense ha desarrollado el control de constitucionalidad de las leyes,³⁷ que hunde sus raíces en la sentencia *Marbury vs Madison*, adoptada en 1803 por la Suprema Corte, en la que el máximo tribunal lo afirmó por primera vez.

3.4 La tradición francesa

La contribución francesa a la historia de los derechos fundamentales consiste, ante todo, en una serie de declaraciones aprobadas durante el periodo revolucionario, la primera y más importante de las cuales es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Constituyente el 26 de agosto de 1789.³⁸ A esta Declaración le siguieron otras, generalmente aprobadas con ocasión de la adopción de nuevas constituciones.³⁹ En particu-

37 En la Europa continental, en cambio, la justicia constitucional no se introdujo hasta el siglo XX y, con algunas excepciones precarias (Austria y Checoslovaquia en 1920, República de Weimar a partir de 1925, España en los años 1931-36), sustancialmente después de la Segunda Guerra Mundial.

38 Influida por el pensamiento ilustrado y las declaraciones de derechos elaboradas en Norteamérica, la Declaración francesa de 1789 partía de la afirmación de que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos” (art. 1) y de que “el fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre”, que son “la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión” (art. 2). La Declaración contenía varias afirmaciones generales de la teoría del Estado: el principio de la soberanía de la nación, en el art. 3; la proclamación, en el art. 4, de que “la libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás” con los únicos límites dirigidos a garantizar el disfrute de los derechos de los demás, definidos por la ley, que —según el art. 5— “sólo puede prohibir acciones perjudiciales para la sociedad”; la definición de la ley como “expresión de la voluntad general” y la de la constitución como acto que garantiza los derechos de los ciudadanos y establece la separación de poderes. Además, establecía expresamente el derecho de todos los ciudadanos a participar en la formación de la ley a través de sus representantes y su igualdad de elegibilidad para cargos electivos (art. 6), la libertad de detención (art. 7), la legalidad de las penas (art. 8), la presunción de inocencia (art. 9), la libertad de opiniones religiosas (art. 10) y de comunicación de pensamientos y opiniones (art. 11), el derecho a participar directamente o por medio de representantes en la deliberación de los asuntos públicos (arts. 13 y 14) y el derecho a la propiedad (art. 17).

39 La proclamación de derechos en declaraciones especiales, externas a los textos constitucionales, dio lugar a la aparición de una distinción que marcó el constitucionalismo europeo durante más de un siglo entre la Constitución propiamente dicha (por ejemplo, la Constitución francesa de 1791, que contenía, sin embargo, algunas disposiciones sobre derechos, en particular en el Preámbulo), destinada a regular la relación entre los poderes políticos supremos del Estado, y la declaración de derechos, destinada a regular —con disposiciones que durante mucho tiempo no se consideraron jurídicamente vinculantes— la relación fundamental entre el Estado y el ciudadano. Posteriormente, algunas declaraciones se incluyeron en los textos constitucionales, pero quedaron relegadas a los Preámbulos, partiendo de la base de que eran políticamente vinculantes, pero no jurídicamente vinculantes: es el caso, por ejemplo, de la Constitución francesa de 1946, que regula los derechos en el Preámbulo. Incluso la actual Constitución de 1958 no contiene una carta de derechos, sino que se remite al Preámbulo de la Constitución de 1946.

lar, a la Declaración de 1789, de corte liberal-clásico, le siguió la de 1793, deseada por los jacobinos (y basada en el Acta Constitucional de 1793).

Además de la historia de Francia,⁴⁰ la tradición francesa es relevante por haber sido exportada después de 1796 a varios países europeos a punta de bayonetas de Napoleón: entre otras cosas, incluso en Italia, los primeros documentos sobre los derechos nacieron en este contexto. En algunos países europeos se produjo una contaminación entre las ideas revolucionarias francesas sobre los derechos y las tradiciones jurídicas locales. Así ocurrió en España con la Constitución de Cádiz de 1812.⁴¹

Sin querer restarle importancia a la Revolución francesa en la historia moderna, hay que señalar, sin embargo, que no situó a la persona humana en el centro de sus reivindicaciones, sino a la propiedad.⁴² Es significativo que en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 no hubiera ninguna referencia a la dignidad de la persona humana,⁴³ ni siquiera a las diferentes formaciones sociales en las que suele manifestarse.

3.5 Comparación de las tradiciones estadounidense y francesa

La Declaración de Independencia de Estados Unidos (de 1776) y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (redactada en Francia entre 1789 y 1793) coinciden en que

40 Francia siempre ha mantenido como fundamento de su Constitución la Declaración de los Derechos Humanos de 1789. También se puede encontrar una referencia a esta en la actual Constitución de la V República (del 28 de septiembre de 1958).

41 La Constitución de Cádiz de 1812 es un documento (de más de 300 artículos) que no contiene una declaración detallada de derechos, sino que regula diversos derechos (a obtener empleo municipal, art. 23; a participar en las juntas parroquiales para la elección de las Cortes, arts. 35 y ss., 373; garantías de la libertad personal, art. 287 y ss.; publicidad del proceso, art. 302; prohibición de la tortura, art. 303; educación pública, art. 366 y ss.) y deberes (amar a la patria, observar las leyes y respetar a las autoridades constituidas, contribuir a los gastos del Estado en proporción a sus bienes y defender la patria con las armas, arts. 6-9) dispersos a lo largo de su texto. Se trata de un documento de indudable importancia también porque en muchos aspectos actuó como “puente” entre el pensamiento constitucional europeo y el naciente constitucionalismo de América Latina (en algunos países, como México, la carta estuvo realmente en vigor, aunque sólo por breves períodos).

42 Perlingieri (1972, pp. 30-33) observa y explica que, en el período de la Revolución francesa, la defensa de la persona humana acabó instrumentalizándose para conseguir situaciones económicas de privilegio, con la consecuencia de que la declaración de derechos no constituyó la defensa del ciudadano o del hombre, sino sólo la protección de los ciudadanos franceses más ricos. Con la doble aclaración de que no todos los hombres eran ciudadanos y no todos los ciudadanos tenían la misma dignidad ante la ley. Por otra parte, es significativo que las formaciones sociales intermedias no tuvieran cabida en la Declaración de la Revolución Francesa.

43 Véase Facchi (2007, pp. 52 y ss.).

- Ambas surgieron de conflictos, sostenidos para derrocar el poder autocrático y establecer gobiernos basados en el consentimiento de los gobernados.
- Ambas expresan una cultura individualista de libertades: la concepción de la sociedad, que sustentaban las dos declaraciones, era que el individuo aislado, independiente de todos los demás, es el fundamento de la sociedad; la idea de un estado de naturaleza, tal como se reconstruyó desde Hobbes hasta Rousseau, como un estado presocial, así como la construcción artificial del *homo oeconomicus*, elaborada por los primeros economistas, habían contribuido a la formación de esta concepción. En ambas declaraciones, se parte del hombre individualmente considerado; los derechos que proclaman pertenecen a los individuos, que los poseen antes de entrar en cualquier sociedad.
- Ambas dieron origen al lenguaje moderno de los derechos, aunque cada uno con sus propias particularidades.⁴⁴ Asimismo, ejercieron una amplia influencia en el continente europeo: varias constituciones redactadas en Europa a finales del siglo XIX y principios del XX establecían, junto a los derechos clásicos, responsabilidades precisas de los Gobiernos en materia de trabajo, seguridad social, sanidad y educación. El primer intento de proclamar los derechos sociales entre los derechos humanos, dado por la Constitución de Weimar (Alemania, 1919), fracasó rápidamente, dejando el camino abierto a la involución totalitaria. Pero la semilla permaneció, de modo que prácticamente todas las constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial llevan su impronta social, confirmando la hipótesis evolutiva de John Humphrey Marshall (2002).

Sin embargo, existen profundas diferencias entre la experiencia revolucionaria estadounidense y la francesa:⁴⁵

- El “beneficio común” sólo se invocaba en el documento francés para

44 Desde el principio, el lenguaje de los derechos adoptó dos expresiones diferentes. La primera, influida por los pensadores europeos continentales (en primer lugar, Rousseau), dejaba más espacio al concepto de igualdad y fraternidad, atemperando los derechos con límites y deberes. En cambio, la formulación angloamericana del lenguaje de los derechos hacía hincapié en la libertad y la iniciativa individual (más que en la igualdad o la solidaridad social) y se acompañaba de una mayor desconfianza hacia el Gobierno. A pesar de las diferencias (en grado y énfasis), el espíritu de ambas tradiciones influyó posteriormente.

45 La relación entre ambas declaraciones ha sido inmediatamente objeto de interés entre los historiadores. Incluso A. Manzoni (2015), en su ensayo sobre *La rivoluzione francese del 1789 e la rivoluzione italiana del 1855*, abordó el tema de la comparación entre las revoluciones americana y francesa, partiendo de la comparación entre la Constitución americana de 1787 y la Declaración del 89.

justificar posibles “distinciones sociales”, mientras que casi todas las cartas americanas hacían referencia directa a la finalidad de la asociación política (identificándola con la del *common benefit*, como en el caso de Virginia; o con la expresión *good of the whole*, como en el caso de Maryland; o con el *common good*, como en el caso de Massachusetts). En definitiva, mientras que los constituyentes americanos habían vinculado los derechos del individuo con el bien común de la sociedad, los constituyentes franceses pretendían afirmar, ante todo y exclusivamente, los derechos de los individuos.

- La tradición constitucional francesa, a diferencia de la estadounidense, ha insistido siempre en el papel de la ley —expresión de la voluntad general, según la fórmula de Jean-Jacques Rousseau, recogida en el art. 6 de la Declaración de 1789— como sede del reconocimiento y garantía de los derechos y como acto delegado —para definir los límites entre los derechos garantizados. Por esta razón, la cultura de las libertades expresada por la tradición francesa es estatista (en el sentido de que la ley desempeña un papel central en ella) y antihistoricista (en el sentido de que considera la historia como una fuente de privilegios que hay que demoler, no de derechos que hay que preservar). Personajes estos que no parecen reconocibles ni siquiera en la cultura de las libertades expresada en la tradición inglesa y norteamericana.
- El control constitucional de la constitucionalidad de las leyes fue introducido en Francia, con estrictas limitaciones,⁴⁶ por la Constitución de 1958. La reforma constitucional de 2008 vinculó el control de constitucionalidad de las leyes al poder judicial, permitiéndoles a los jueces de elevar en vía incidental la llamada *question prioritaire de constitutionnalité* (Art. 61-1 Const.), mediante la cual una duda sobre la constitucionalidad de una ley, surgida en un caso concreto, puede someterse al Consejo Constitucional, que ahora está facultado para anular una ley incluso después de su promulgación.
- A diferencia de las declaraciones americanas (en las que la libertad religiosa ocupaba un lugar central), la declaración revolucionaria francesa era programáticamente antirreligiosa:⁴⁷ incluso Jellinek, en su ensayo anticipatorio sobre las declaraciones de derechos (Jellinek, 1895), había subrayado este

46 Dichas limitaciones se superaron en la década de 1970. En efecto, la decisión N° 71-44 DC del Conseil Constitutionnel sobre la libertad de asociación data del 16 de julio de 1971, con la que el Consejo Constitucional empezó a utilizar el Preámbulo de la Constitución de 1946 como parámetro para sus decisiones, mientras que la reforma constitucional, con la que se introdujo el recurso de las minorías parlamentarias (60 diputados o 60 senadores) al Consejo Constitucional, data de 1974.

47 La Declaración francesa también proclama que todos los hombres nacen libres e iguales, y que el propósito de todo Gobierno es proteger las libertades naturales del hombre, pero lo afirma in-

elemento diferencial, que tiene que ver con la historia concreta de las dos declaraciones.

- El mismo valor de los derechos fundamentales de la persona humana se interpretó de forma diferente en las declaraciones de derechos angloamericanas y en los posteriores sistemas constitucionales europeos continentales.
- La anterioridad y consiguiente inviolabilidad de los derechos fundamentales frente a cualquier poder positivo del Estado, incluido el poder constitucional: en las declaraciones angloamericanas de derechos, éstos han representado siempre la piedra angular sobre la que se ha construido todo el edificio estatutario; mientras que, en los sistemas constitucionales europeos continentales —desde la Revolución francesa— han sido frecuentemente relativizados en términos de derecho positivo y de actividad política a través de leyes destinadas a regular (y a veces limitar, cuando no suspender) el ejercicio de estos derechos.⁴⁸
- La categoría de los derechos subjetivos —elaborada por la dogmática jurídica liberal— en los sistemas constitucionales angloamericanos, si bien puso de relieve un cambio de enfoque doctrinal con respecto al realismo jurídico propio de la cultura jurídica clásica (el *suum cuique tribuere*, la *res iusta*), no representó un momento de discontinuidad con el pasado. De hecho, los grandes movimientos ideales predominantes en esos sistemas (en particular, el naturalismo y el contractualismo) coincidieron en reconocer que la inviolabilidad de los derechos subjetivos fundamentales reside en el hecho de que se trata de derechos innatos, es decir, enraizados en la propia naturaleza humana, y que esos derechos son, en principio, bienes no negociables y, por tanto, no susceptibles de ser objeto de pactos sociales y, menos aún, de poderes políticos, establecidos sobre la base de esos mismos pactos.
- En la declaración francesa, la “felicidad” no figura entre los objetivos a

spirándose en el llamado *iusnaturalismo moderno* (bastante lejano y, por tanto, incompatible con aquel *iusnaturalismo* de Aristóteles y de Santo Tomás): la nueva *ley natural* es más bien el respeto de los *derechos naturales* del hombre natural (que empezó a entenderse como el hombre en estado de naturaleza, a partir de los experimentos mentales sobre el origen del derecho y del Estado llevados a cabo por Thomas Hobbes, John Locke y más tarde también, en diferente medida, por Jean-Jacques Rousseau). Sobre las paradojas del derecho natural moderno, véase la monografía dedicada al pensador ginebrino por Spaemann (2009).

48 Este fenómeno, consecuencia del positivismo jurídico decimonónico y de su concepción relativista de la racionalidad de las leyes se vio agravado en el siglo XX por las aberraciones jurídicas contra la dignidad de la persona humana, características de los regímenes políticos totalitarios y, en los regímenes democráticos, por la creciente influencia de ideologías filosóficas y políticas marcadas por el relativismo moral y el permisivismo libertario.

alcanzar (la expresión “felicidad de todos” sólo aparece en el preámbulo),⁴⁹ mientras que esta había sido una palabra clave en las cartas americanas, empezando por la de Virginia (1776), conocida por los constituyentes franceses: en esa carta se protegían ciertos derechos *inherent* (término traducido con cierta fuerza, “inherente”) porque permitían la búsqueda de la “felicidad” y de la “seguridad”.

- La revolución de las trece colonias tuvo una influencia, incluso inmediata, en Europa, donde se formó rápidamente el mito americano; sin embargo, en el continente europeo, fueron sobre todo los principios del 89 los que tuvieron una fuerza expansiva subterránea e inmediata.⁵⁰

3.6 La Constitución española de Cádiz

La Constitución de Cádiz de 1812 (también conocida como “La Pepa”, ya que fue promulgada el 19 de marzo, festividad de San José), fue promulgada por las Cortes (el parlamento ibérico) en oposición a la ocupación napoleónica y al régimen de José Bonaparte (no fue, por tanto, una constitución “octriada”, es decir, otorgada por el soberano, sino una constitución “votada”). Preveía una estricta separación de poderes en un sistema unicameral, en el que las Cortes tenían encomendado el Poder Legislativo, mientras que el rey y sus ministros ostentaban el Poder Ejecutivo.

Al igual que en la constitución francesa de 1791, la soberanía en la constitución gaditana residía (ya no en el rey, sino) en la nación, entendida en aquella época como un conjunto de individuos que comparten un destino político común por tradición de vida asociada, formada por una comunidad de factores, entre ellos, la lengua, el territorio, la religión, la raza y las costumbres sociales y jurídicas.

Sin embargo, la Constitución de Cádiz —que constaba de 384 artículos en total—, por su adhesión al modelo unicameral, se distanció de la matriz ilustrada francesa. A diferencia de ésta, las disposiciones sobre la religión católica (que

49 Los filósofos debatieron qué era la “felicidad” y cuál era la relación entre la felicidad y el bien público, pero a medida que fue tomando forma la figura del Estado liberal y del Estado de derecho, se abandonó por completo la idea de que era deber del Estado procurar la felicidad de sus súbditos.

50 De la fuerza expansiva subterránea e inmediata que la Revolución Francesa tuvo en Europa, Norberto Bobbio (2000) recordaba “la espléndida imagen de Heine, que comparaba el temblor de los alemanes al oír las noticias de lo que ocurría en Francia con el murmullo que sale de las grandes conchas, que se ponen en la repisa de la chimenea como adorno, incluso cuando hace tiempo que se han alejado del mar”.

se consideraba “la única verdadera”, por lo que “la nación la protege con leyes sabias y justas y prohíbe el ejercicio de cualquier otra”) tenían una importancia considerable. También fueron relevantes las disposiciones sobre el gobierno local, la milicia, la educación, los impuestos y la posibilidad de una reforma constitucional.

En general, la Constitución de Cádiz fue el resultado de un compromiso entre liberales y conservadores partidarios del *ancien régime*. Fue una Constitución de síntesis entre tradición y modernidad, ya que su texto era a la vez revolucionario (en el sentido de que afirmaba la soberanía nacional y abrazaba el principio de la división de poderes) y de tradición conservadora (en el sentido de que reafirmaba la legitimidad de la monarquía y seguía considerando a la religión católica como la religión del Estado). Duró poco, ya que fue abolida el 4 de mayo de 1814 por el rey Fernando VII (que la consideraba ilegítima, al haber sido aprobada por las Cortes en su ausencia). Sin embargo, precisamente por ser considerada menos jacobina que la francesa, fue tomada posteriormente como modelo por gran parte de los soberanos europeos (en primer lugar, Carlos Alberto, que la adoptó en 1821 como príncipe regente de Saboya-Carignano).

3.7 Contractualismo, derecho natural y positivismo

A pesar de sus profundas diferencias, la idea de fondo común de las experiencias constitucionales del siglo XIX ha sido que las diversas disciplinas que regulan la convivencia social son fruto de un “pacto social”, entendido como un intercambio solemne de prestaciones recíprocas celebrado por hombres naturalmente libres. Sin embargo hay ciertos derechos que no pueden entrar en la negociación por ser la base de la propia negociación social: como tales, estos derechos no están disponibles para los hombres que entran en la negociación social (y, en consecuencia, tampoco están disponibles para los poderes constituidos sobre la base de dicha negociación).

Para dar un fundamento lógico a la inviolabilidad de estos derechos, puede haber muchas alternativas teóricas en abstracto, pero de todas ellas las más seguidas han sido el derecho natural y el positivismo: los derechos inviolables, para el primero, están dotados de una validez independiente de las opciones particulares del sistema positivo en cuestión (en el que, por tanto, deben ser reconocidos, identificados, revelados), mientras que, para el positivismo, sólo son jurídicamente concebibles si se fundan, en cuanto a su valor, en normas o disposiciones de derecho positivo estricto.

Diversas corrientes de pensamiento se remontan al derecho natural. Una primera forma de derecho natural es aquella según la cual los derechos inviolables tienen eficacia directa en los ordenamientos jurídicos positivos, bien porque están inscritos por Dios en la conciencia de cada hombre (por ejemplo, los neoagustinos y Locke), bien porque los hombres participan a prorrata de la naturaleza divina (por ejemplo, los neotomistas) o del orden racional y necesario de la naturaleza (por ejemplo, Spinoza). Otra forma de derecho natural moderno es aquella según la cual los “derechos inviolables”, aunque independientes y anteriores a la experiencia positiva individual, son sin embargo producto de la razón (impersonal) común a todo hombre (universal), en cuanto representan las condiciones *a priori* que hacen posible un régimen jurídico positivo ordenado de manera racional (entre los principales exponentes de esta corriente de pensamiento se encuentran Grocio, Coke, Hobbes, Pufendorf, Althusius, Kant).⁵¹ La forma más reciente del derecho natural, surgida bajo la influencia de la filosofía de los valores, la fenomenología y el cristianismo, es el personalismo (por ejemplo, de Mounier o Maritain), que parte del reconocimiento de la centralidad del concepto de persona, entendida como unidad ontológica fundadora de acciones materiales que se correlacionan con valores e irradian un contenido normativo en todos los niveles de la acción humana.

El positivismo, por su parte, se remonta a la concepción (de la que hay rastro, por ejemplo, en las obras de Grocio, que la planteó en términos de ser humano) de la persona. Por otro lado, puede remontarse a la concepción (de la que hay rastro, por ejemplo, en las obras de Grocio, quien se refiere a ella, aunque de forma crítica, citando incluso a autores de la antigüedad clásica) que hace coincidir los derechos inviolables con los garantizados por normas internacionales generalmente reconocidas o por declaraciones particulares de derechos promulgadas por naciones concretas: se trataría de una especie de *ius gentium*, que incluiría derechos que, precisamente por ser universalmente aceptados, son superiores a los ordenamientos jurídicos nacionales individuales (los cuales serían, por tanto, inviolables).

51 Según Antonio Baldassarre (1997), con una distinción: “Mientras que algunos de ellos (Grocio, Coke, etc..), partiendo de una concepción de la razón como criterio infalible para el descubrimiento de verdades objetivas y absolutas, creen que los derechos producidos por la *recta ratio* son absolutamente inatacables e inmodificables, otros en cambio (como Hobbes o Hume), concibiendo la razón como guía utilitaria de la acción propia de cada hombre y por tanto como criterio falible, sostienen que los ‘derechos naturales’ son ‘derechos hipotéticos’, que los soberanos de cualquier régimen positivo (pueblo, asambleas, monarcas) pueden reconocer si desean perseguir el ‘buen gobierno’, es decir, el objetivo de una sociedad racionalmente organizada” (p. 12).

También se puede rastrear en el positivismo la concepción moderna que considera los derechos inviolables (o al menos algunos de ellos: la libertad de expresión del pensamiento, la libertad personal, el derecho de voto, el derecho de asociación o reunión, el derecho a la información y a la igualdad) como la piedra angular, el cimiento funcional sobre el que se construye todo el edificio de la democracia pluralista (por ejemplo, Meiklejohn y Dahl), así como la concepción igualmente moderna que sitúa al individuo como tal en el centro, es decir, como portador de libertades esencialmente negativas (por ejemplo, la libertad frente a la interferencia de otros) y como ser dotado de independencia natural (por ejemplo, Dworkin). Parece seguro afirmar que el positivismo, en las tres formas mencionadas, sitúa el consenso universal, la democracia pluralista y la autodeterminación e independencia individuales (es decir, el individualismo absoluto), respectivamente, en la cúspide de los valores.

En definitiva, los derechos inviolables han sido interpretados a lo largo del tiempo de diversas maneras: en consonancia con la cultura imperante, la tradición, el derecho natural o ciertas ideas madre (persona, autodeterminación, libertad negativa, etc.) han sido puestas en su fundamento de tiempo en tiempo. Tampoco han faltado épocas históricas en las que los derechos inviolables se han asociado al derecho de resistencia que todo ser humano tiene frente a las autoridades constituidas responsables de violaciones abiertas de principios situados por encima de su poder. En cualquier caso, con independencia del enfoque metodológico seguido, toda concepción de los derechos inviolables toma como fundamento un modelo ideal (principios normativos superiores, valor comunitario, valores individuales o personales).

4. La fase de internacionalización

En el derecho internacional clásico, y hasta el final de la Segunda Guerra Mundial, se consideraba que el tratamiento del hombre —considerado singularmente en su calidad, primero de súbdito y luego de ciudadano— era competencia exclusiva de los ordenamientos jurídicos internos y que todo el asunto era competencia de la jurisdicción interna de cada Estado.

4.1 La Sociedad de Naciones

Esta concepción comenzó a desvanecerse tras la Primera Guerra Mundial,⁵² cuando la Sociedad de Naciones —organización internacional de carácter general y universal que pretendía responder a la necesidad, profundamente sentida por los pueblos afectados por la guerra, de garantizar la paz de forma duradera— le dio un impulso particular a la creación del sistema contemporáneo de derechos fundamentales, tratando de institucionalizar las relaciones de fuerza entre los Estados.

El acta fundacional de la Sociedad —el llamado Pacto de la Sociedad de Naciones— se estipuló durante la Conferencia de Paz de París de 1919 y se incluyó en los textos de los tratados de paz que definieron el nuevo orden internacional tras la guerra. Sus competencias eran muy amplias e incluían el mantenimiento de la paz, la reducción de armamentos, la administración de territorios coloniales para su independencia, así como el desarrollo de la cooperación internacional en diversos campos, principalmente la protección de los derechos humanos.

Sin embargo, ya debilitada por la no adhesión de Estados Unidos, la Organización fracasó al cabo de unos años debido a la inercia que mostró ante acontecimientos bélicos como el ataque de Italia a Etiopía (1931), la invasión japonesa de China y Manchuria (1935) y fundamentalmente por el estallido de la Segunda Guerra Mundial (1939).

4.2 Los juicios de Núremberg

Cuando la Segunda Guerra Mundial también llegó a su fin el 8 de mayo de 1945, Alemania quedó reducida a un inmenso campo de escombros: el Estado nazi ya no existía y estaba ocupada por las tropas aliadas (estadounidenses, soviéticas, británicas y francesas).

Ya en 1943, los aliados estadounidenses, soviéticos y británicos habían publicado una declaración conjunta en la que anunciaban un juicio contra los autores nazis de esta guerra una vez finalizada.⁵³

52 En 1919 también se creó la Organización Internacional del Trabajo (OIT), cuyo objetivo era mejorar las condiciones y la calidad de vida de los trabajadores. En particular, elaboró y aprobó el Convenio N° 182 el 17 de junio de 1999 para combatir al menos las peores y más extremas formas de trabajo infantil.

53 Del 18 de octubre al 11 de noviembre de 1943 se celebró en Moscú la Tercera Conferencia Tripartita. Al término de la reunión, se redactó un documento en el que los tres líderes de la coalición (Franklin Delano Roosevelt, Stalin y Winston Churchill) se comprometían a que, al final de la guerra, los criminales nazis serían juzgados según las leyes del país en el que se hubieran cometido los

En agosto de 1945, los aliados, de los que también formaban parte los franceses, acordaron crear un tribunal internacional⁵⁴ (con ocho jueces, dos de cada uno de los países aliados), que debía llevar a cabo un juicio contra 24 altos cargos del Estado nazi.⁵⁵ Además de este, hubo otros 12 juicios con un total de 185 acusados: médicos y juristas, miembros de la policía y de las SS, líderes industriales, ministros y altos cargos del Estado nazi.⁵⁶

El juicio de los 24 debía celebrarse en Berlín, pero en las ruinas de la capital no había ningún edificio adecuado para ello. Así que se eligió la ciudad de Núremberg, donde el palacio de justicia y la prisión adyacente habían permanecido casi indemnes a la destrucción de la guerra. Núremberg también tenía un gran valor simbólico para el Estado nazi: era aquí donde Hitler había celebrado los congresos del partido nazi y la ciudad era considerada la capital ideológica del nazismo.

Los Juicios de Núremberg fueron un acontecimiento que no sólo sacudió profundamente la conciencia de los alemanes,⁵⁷ sino que también tuvo una gran influencia en el desarrollo del derecho penal internacional. En particular,

crímenes. En la posterior Conferencia de Teherán, celebrada del 28 de noviembre al 1 de diciembre del mismo año, se amplió el concepto de delito nacional y se superó el de punibilidad nacional.

- 54 El procedimiento seguido (desde el nombramiento de los jueces hasta los resultados de las decisiones) ha sido cuestionado en varias ocasiones. Por ejemplo, Kelsen (1944), aunque estaba a favor de la celebración de un juicio para castigar los crímenes nazis, expresó su preocupación por la composición del tribunal, observando: “No cabe duda de que un tribunal internacional es mucho más adecuado para esta tarea que un tribunal nacional civil o militar. Sólo un tribunal constituido por un tratado internacional en el que son parte no sólo los vencedores, sino también los vencidos, no encontrará esas dificultades con las que debe lidiar un tribunal nacional” (p. 111). En respuesta, A. L. Goodhart (1946), profesor de la Universidad de Oxford, señaló: “Aunque este argumento puede sonar atractivo en teoría, ignora el hecho de que va en contra de la administración de la ley de cualquier nación. Si fuera cierto, ningún espía podría tener un juicio legal, porque su caso siempre lo llevan jueces que representan a la nación enemiga. Sin embargo, nadie en estos casos argumentó nunca que se debía convocar a un jurado neutral. Los presos tienen derecho a pedir que sus jueces sean justos, pero no que sean neutrales. Como señaló Lord Writ, el mismo principio se aplica al derecho penal ordinario porque ‘un ladrón no puede quejarse de ser juzgado por un jurado de ciudadanos honrados’”.
- 55 Además de los 24 acusados, también iban a ser juzgados Adolf Hitler, canciller de Alemania y principal responsable de todos los crímenes, Heinrich Himmler, jefe de las SS y de la policía, y Joseph Goebbels, jefe de propaganda nazi, pero éstos se suicidaron una semana antes del final de la guerra.
- 56 En realidad, también estaba previsto un juicio separado contra Benito Mussolini, pero, como dijo Churchill (2000) en sus memorias, “el asesinato de Mussolini nos ahorró un Núremberg italiano” (p. 1256).
- 57 Muchos alemanes se enteraron por primera vez por una fuente oficial de las terribles crueldades que se habían cometido en nombre de Alemania y de la llamada “raza aria”. Otros sólo obtuvieron la confirmación de lo que ya sabían (o suponían) desde hacía tiempo. Para todos los alemanes fue motivo de profunda vergüenza, que dejaría una marca indeleble en la conciencia colectiva.

en 1949 se firmaron los cuatro Convenios de Ginebra.⁵⁸ En 1950, la Comisión de Derecho Internacional, a petición de la Asamblea General de las Naciones Unidas, elaboró un informe titulado “Principios de Derecho Internacional Reconocidos en el Capítulo del Tribunal de Núremberg y en las Sentencias del Tribunal”. Posteriormente, la misma Comisión propuso la creación de un tribunal penal internacional y la elaboración de códigos penales internacionales. Así, en 1998 se creó en La Haya la Corte Penal Internacional,⁵⁹ que tiene jurisdicción —complementaria a la de los Estados individuales (ya que sólo puede intervenir si éstos no actúan)— sobre crímenes internacionales (genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, a los que se ha añadido más recientemente el llamado “crimen de agresión”).

4.3 Las Naciones Unidas

La idea de que los derechos humanos son competencia interna de cada Estado se redefinió al final de la Segunda Guerra Mundial, cuando se fundó la Organización de las Naciones Unidas en San Francisco el 26 de junio de 1945.

Su Carta fundacional, tras reafirmar “la fe en los derechos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres” (Preámbulo, párr. 2), incluye entre los fines de la organización la promoción y el fomento del respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, lengua o religión (art. 1.3).

Sin embargo, la Carta no define los derechos humanos, ni enumera su

58 Los cuatro Convenios de Ginebra versaban, respectivamente, sobre: la mejora de las condiciones de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I); la mejora de las condiciones de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Convenio II); el trato a los prisioneros de guerra (Convenio III); y la protección de las personas civiles (Convenio IV). A se sumaron posteriormente dos protocolos de 1977, que introdujeron la regulación de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y los conflictos armados internos (Protocolo II) bajo el impulso de las guerras coloniales de independencia y la labor de las Naciones Unidas.

El derecho internacional humanitario, cuyo corpus jurídico se ha ampliado mediante convenios sobre temas específicos (por ejemplo, el uso de armas químicas), tiene claros puntos de contacto con el derecho internacional de los derechos humanos: ambos protegen la dignidad humana, con la diferencia de que el derecho internacional de los derechos humanos protege la dignidad humana en tiempos de paz, mientras que el derecho internacional humanitario la protege específicamente en tiempos de conflicto.

59 La Corte Penal Internacional —que no debe confundirse con la Corte Internacional de Justicia de la ONU, también con sede en La Haya— no es un órgano de la ONU (aunque mantiene algunos vínculos con ellas: por ejemplo, el Consejo de Seguridad tiene la facultad de remitir a la Corte situaciones que, de otro modo, no serían de su competencia).

contenido ni les impone a los Estados miembros obligaciones específicas de protección de los derechos fundamentales, sino que se limita a establecer, aunque de manera general, que el incumplimiento de los principios y propósitos enunciados en la Carta conlleva la no admisión (art. 4) o la expulsión (art. 6) de un Estado de la organización, en ambos casos, por decisión de la Asamblea General y previa propuesta del Consejo de Seguridad.

Las competencias atribuidas a las Naciones Unidas para contribuir al desarrollo progresivo de la protección de los derechos humanos en el ámbito internacional son múltiples y consisten esencialmente en la predisposición: a) de actos normativos que creen normas universales de respeto de los derechos fundamentales; b) de un sistema de control destinado a verificar el respeto por parte de los Estados de los derechos protegidos en la ONU; c) de medidas de asistencia.

En particular, la acción normativa se concreta en la adopción de recomendaciones,⁶⁰ declaraciones de principios⁶¹ y convenios.⁶²

Entre los actos más importantes, producidos en el seno de la organización, cabe citar —además de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Nueva York, 10 de diciembre de 1948), de la que se hablará más adelante— el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 16 de diciembre de 1966), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Nueva York, 21 de diciembre de 1965), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (Nueva York, 18 de diciembre de 1979), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984), la Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 20 de noviembre de 1989) y la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (Nueva York, 18 de diciembre de 1990).

60 Las recomendaciones son actos que, aunque no tienen fuerza vinculante, desempeñan un papel decisivo en la elaboración y el desarrollo progresivo del derecho internacional, ya que las indicaciones que contienen, si corresponden a la práctica general de los Estados y van acompañadas de la *opinio juris ac necessitatis*, pueden convertirse en auténticas normas internacionales consuetudinarias.

61 Las Declaraciones de Principios son “actos no vinculantes emitidos por la Asamblea General” que se dirigen a la generalidad de los Estados y contienen un conjunto de normas que rigen las relaciones entre los Estados y entre éstos y los nacionales y extranjeros. Suelen reproducir normas internacionales ya existentes, incluidas las consuetudinarias; si contienen normas ya presentes en el Estatuto y equiparan su violación a una violación del propio Estatuto, asumen fuerza vinculante.

62 Los convenios son vinculantes para las partes contratantes y pueden ser de carácter general o especial (en este último caso, pretenden proteger determinadas categorías o condenar violaciones específicas).

También ha sido copiosa hasta ahora la producción de “resoluciones dedicadas a la protección de los derechos humanos” por parte de la Asamblea General (que se reúne cada septiembre en el Palacio de Cristal para escuchar a los dirigentes de los 193 países asociados y a los dos observadores: el Vaticano y Palestina),⁶³ a veces para reiterar y precisar ciertos derechos ya enunciados en actos normativos.

4.3.1 La Declaración Universal de los Derechos Humanos

Sobre la base del artículo 68 de la Carta, se creó la Comisión encargada de redactar la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Los trabajos preparatorios comenzaron el 16 de febrero de 1946, con el ambicioso objetivo de redactar un documento aceptable para todas las religiones, ideologías y culturas; en ellos participaron personalidades del mundo de la cultura de todas las partes del planeta, como Mahatma Gandhi y Benedetto Croce, a partir de una consulta promovida por la UNESCO, y juristas de varios países, entre ellos, el francés René Cassin, a quien debemos la redacción de la mayor parte del documento.

Gracias a la colaboración entre los diferentes componentes políticos y culturales, finalmente fue posible alcanzar un compromiso para la aprobación de un documento unitario:⁶⁴ la Declaración fue adoptada en París por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948 con 48 votos a favor, 8 abstenciones⁶⁵ y ningún voto en contra.

63 Entre las resoluciones más recientes se encuentran: la resolución del 23 de febrero de 2023, presentada por 75 países (entre ellos, Italia) sobre el conflicto ruso-ucraniano, que fue aprobada con 141 votos a favor, 7 en contra (además de Rusia, Siria, Bielorrusia, Eritrea, Corea del Norte, Nicaragua y, por primera vez, Mali) y 32 abstenciones; la resolución del 27 de octubre de 2023, presentada por Jordania sobre el conflicto entre Israel y Hamás, que fue aprobada con 120 votos a favor, 14 en contra y 45 abstenciones, incluida la de Italia.

64 Benedicto XVI, durante su discurso ante la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de abril de 2008, afirmó que la Declaración Universal de los Derechos Humanos “fue el resultado de una convergencia de tradiciones religiosas y culturales, todas ellas motivadas por el deseo común de situar a la persona en el centro de las instituciones, leyes y actividades de la sociedad, y de considerar a la persona humana esencial para el mundo de la cultura, la religión y la ciencia” (párr. 6). Los derechos humanos se presentan cada vez más como el lenguaje común y el sustrato ético de las relaciones internacionales.

65 Se abstuvieron: los países socialistas, aunque habían obtenido la inclusión de ciertos derechos económicos y sociales, porque la Declaración no enunciaba también el derecho de autodeterminación de los pueblos y no preveía medidas específicas de garantía; Arabia Saudita, que, a diferencia de otros países musulmanes, consideraba que ciertos principios entraban en conflicto con la tradición islámica; Sudáfrica, donde el régimen de *apartheid* entonces vigente entraba en claro conflicto con el principio de igualdad de todos los hombres proclamado en la Declaración.

La Declaración consta de 30 artículos que incluyen derechos políticos y civiles (las llamadas libertades negativas, ya que corresponden a una obligación de no hacer por parte del Estado) y derechos socioeconómicos (que, por el contrario, requieren que el Estado adopte instrumentos que permitan su disfrute efectivo).⁶⁶ Proporciona una primera lista orgánica de derechos, colmando la laguna de contenido del Estatuto de la ONU y recogiendo el consenso de los Estados miembros, que estaban, al menos en parte, a favor de limitar el principio de jurisdicción interna.

Técnicamente, la Declaración es una resolución, es decir, una recomendación adoptada en forma de declaración de principios que, como tal, no es vinculante para los Estados firmantes. Por otra parte, debido a su solemnidad y a la importancia de los principios que contiene, ha adquirido un valor ético-político innegable: por primera vez en la historia, Estados pertenecientes a diferentes áreas geopolíticas han identificado un núcleo esencial de derechos pertenecientes a todo hombre y a todo Estado, iniciando un proceso de universalización de los derechos.⁶⁷

Sólo desde mediados de la década de 1980 —también sobre la base de los pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia,⁶⁸ así como de los tribunales y cortes supremas occidentales⁶⁹— se puede afirmar que, al menos para

66 Observa Vittorio Possenti (Didonato, 2020) que, en un futuro no muy lejano, se producirá una integración del dictado de la Declaración Universal de 1948 en dos líneas distintas: “[S]u ampliación con respecto a los deberes, casi ausentes entonces; una especificación con respecto a la ecología, la cuestión de la responsabilidad hacia las generaciones venideras, el agotamiento de los recursos, el problema de la paz y los el armamento nuclear (párr. 19) (traducción propia).

67 El adjetivo universal en la Declaración de los Derechos Humanos engloba varios significados: expresa la aspiración a algo universalmente humano, a inspirarse en la acción; indica la voluntad de la Declaración de dirigirse a todos los pueblos de la tierra partiendo del supuesto de que puede ser universalmente comprendida y universalmente apreciada; implica la confianza en que lo que afirma puede traducirse en acciones y comportamientos que correspondan a realidades culturales diferentes y a determinaciones locales específicas; afirma que los contenidos expresados en la Declaración, por muy susceptibles de crítica que sean, que mejoran su significado y su aplicación, son irreversibles, en el sentido de que representan un resultado del que no hay vuelta atrás. Así se afirma en la Declaración de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, celebrada en Viena en 1993: “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí [...] [Por lo tanto], aunque debe tenerse presente el valor de las condiciones históricas, culturales y religiosas particulares y variables, es obligación de los Estados, teniendo en cuenta sus sistemas políticos, económicos y culturales, promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

68 Por ejemplo, la importante sentencia sobre el problema de los rehenes americanos en Irán, en la que se afirmó que existe, como parte integrante del derecho internacional vinculante para todos, un conjunto de principios que pueden extraerse de la Declaración Universal de 1948.

69 Por ejemplo, el histórico pronunciamiento del Tribunal de Casación francés a mediados de la

una serie de disposiciones relativas a los derechos fundamentales, las normas de la Declaración forman parte del derecho internacional general como derecho consuetudinario en el que se reconocen todos los países.

4.3.2 El Tribunal Internacional de Justicia

Denominado en el artículo 92 del Estatuto “órgano judicial principal de las Naciones Unidas”, es el designado para dirimir controversias⁷⁰ relativas a la interpretación y aplicación del derecho internacional entre Estados miembros de las Naciones Unidas que hayan aceptado su jurisdicción (ya sea antes o después de que se produzca el caso sometido a revisión por el Tribunal):⁷¹ a través de sus pronunciamientos, el Tribunal no sólo ha contribuido significativamente a la protección y promoción de los derechos humanos y a la progresiva erosión de los límites de la jurisdicción nacional en este ámbito; también ha hecho más efectivas diversas obligaciones de los Estados al reconocer explícitamente su carácter consuetudinario.⁷²

En términos generales, el Tribunal puede ser competente para conocer de

década de 1980 sobre el caso *Barbie*.

- 70 Cabe recordar que el acceso al principal órgano jurisdiccional de las Naciones Unidas está vedado a los particulares; de hecho, el Tribunal sólo ejerce su jurisdicción, en un contexto contencioso, contra los Estados y, en un contexto consultivo, únicamente a petición de órganos o institutos especializados de las Naciones Unidas.
- 71 En numerosas circunstancias, el Tribunal ha proporcionado hasta ahora orientaciones inequívocas sobre la interpretación de determinadas normas, declarando explícitamente que ciertas conductas entran en claro conflicto con las obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos. El Tribunal, por ejemplo, en su dictamen de 1971 sobre el caso de la *presencia continuada de Sudáfrica en Namibia*, condenó la práctica del *apartheid* como violación flagrante de la Carta de las Naciones Unidas; en su sentencia del 24 de mayo de 1980 sobre el caso del personal diplomático y consular estadounidense en Teherán, consideró la toma de rehenes como una práctica manifiestamente incompatible con los principios fundamentales de protección de los derechos humanos. En un dictamen emitido el 9 de julio de 2004 en relación con las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en los territorios palestinos ocupados, afirmó explícitamente que dicha construcción constituía un grave impedimento para que el pueblo palestino ejerciera su derecho a la autodeterminación y que, al llevar a cabo este proyecto, el Gobierno israelí había cometido violaciones del derecho internacional humanitario e incumplido varias obligaciones derivadas de los dos pactos de la ONU y de la Convención sobre los Derechos del Niño.
- 72 Cf. la Opinión Consultiva de 28 de mayo de 1951 (emitida en el caso de las reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio), en la que el Tribunal declaró que el genocidio, como negación del derecho a la vida de grupos enteros está prohibido por un principio general vinculante para todos los Estados; también el caso *Barcelona Traction* (1970), en el que el Tribunal reconoció las obligaciones derivadas de determinados derechos fundamentales para la protección de la persona humana (como la prohibición de la esclavitud o la discriminación racial) como obligaciones *erga omnes*, ya que todos los Estados tienen un interés jurídico en su protección.

reconvenciones relativas a la aplicación e interpretación de normas de *ius cogens* (es decir, normas imperativas de derecho internacional general, por utilizar la expresión introducida por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969), como las que prohíben la tortura, la esclavitud, el genocidio, el apartheid, la contaminación masiva de los mares y la atmósfera, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, y la que defiende el principio de autodeterminación.

No hay que olvidar los *límites* que el propio Tribunal encuentra en el desempeño de su labor. Una primera limitación objetiva es el hecho de que, en el ejercicio de su competencia contenciosa, el Tribunal sólo puede ser llevado ante él por los Estados, que generalmente tienen poca inclinación a llevar ante los tribunales internacionales los litigios relativos a la supuesta violación de los derechos humanos fundamentales dentro de sus fronteras. Además, el Tribunal no dispone de medios coercitivos para imponer sus decisiones a los Estados.

5. La fase de universalización

La firma del Estatuto de las Naciones Unidas⁷³ el 26 de junio de 1945 marcó el inicio del proceso de transición hacia un nuevo orden internacional, en el que los derechos humanos tendían a afirmarse no sólo en el seno de los Estados y en función de sus acciones, sino también, en su caso, contra los Estados (Trujillo y Viola, 2014), sobre la base de un principio cada vez más reconocido de primacía de la persona sobre la institución, que remite, a su vez, a una concepción del poder como servicio (y no como mera fuerza al servicio de las armas y los intereses del príncipe). Además, la protección de los derechos humanos ya no es sólo un requisito vinculado a los intereses de uno o varios Estados, sino una de las condiciones esenciales para mantener la paz y la seguridad internacionales.

5.1 Las declaraciones fundacionales de un nuevo orden mundial

En el mismo marco temporal de la Declaración Universal de los Derechos Hu-

73 En el Preámbulo del Estatuto, que entró en vigor el 24 de octubre de 1945, se especificaba que la decisión “reafirma la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”. Aquí, por tanto, los derechos fundamentales (afirmados sin distinción y sin enumeración alguna) se basan en la dignidad y el valor de la persona humana: toma forma la concepción de la persona humana como valor unitario, que postula la igualdad entre hombres y mujeres y entre naciones pequeñas y grandes.

manos y de la celebración de los Juicios de Núremberg, se aprobaban en Europa las nuevas cartas constitucionales de algunos Estados⁷⁴ y se ultimaban los tratados que pusieron en marcha un proceso de integración europea destinado a proyectarse progresivamente por todo el Continente. En particular:

- El 22 de diciembre de 1947, la Asamblea Constituyente aprobó la Constitución de la República Italiana.
- El 23 de mayo de 1949 se promulgó la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania.
- El 18 de abril de 1951, los Gobiernos de seis países europeos (entre ellos, Italia) firmaron en París el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, primer paso del proceso de integración europea.
- El 25 de marzo de 1957, los mismos Estados fundadores firmaron en Roma el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

Podríamos seguir enumerando las numerosas declaraciones fundacionales de un nuevo orden constitucional a todos los niveles —nacional, regional y mundial— que se sucedieron en el corto espacio de unos pocos años: de hecho, el reconocimiento de un amplio abanico de derechos fundamentales y la identificación de instrumentos y órganos específicos para su protección también pueden encontrarse en las constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial de áreas culturales y geográficas distintas de Europa, como América Latina y África.

Pero lo que más interesa destacar aquí es precisamente esa progresiva e imparable afirmación de un nuevo modelo de poder, supranacional y centrado en la protección de los derechos y libertades fundamentales de los seres humanos, tan profundamente cuestionado en los primeros cincuenta años del “siglo corto”.

El impulso hacia la construcción de un nuevo mundo une todos estos (y muchos otros) actos constitutivos aprobados tras el fin del conflicto. En efecto, la segunda mitad del siglo XX inauguró una nueva era en la historia de la hu-

74 En el contexto europeo, la protección de los derechos humanos en el ámbito internacional ha obtenido resultados sin parangón en otros lugares, lo que ha provocado un rápido declive del principio de no injerencia. Esta tendencia queda patente en una Declaración Política adoptada en Viena el 20 de marzo de 1985 por los Estados miembros del Consejo de Europa, en la que se reafirmaba la convicción de que “la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales constituye un interés legítimo y urgente de la comunidad internacional y de sus miembros” y que “las manifestaciones de interés por la observancia de estos derechos y libertades por parte de un Estado determinado no pueden considerarse una ‘injerencia en los asuntos internos de dicho Estado’”.

manidad,⁷⁵ cuya fisonomía se trazó y cuyos cimientos se sentaron en el espacio de unos pocos años, los mismos en los que se adoptó la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La paz, la prosperidad y, sobre todo, la primacía de la persona humana son las palabras clave del nuevo orden, que los hombres y mujeres de entonces querían transmitir a las generaciones futuras. Entre los escombros de los horrores de dos guerras mundiales y las atrocidades sin precedentes de los totalitarismos de la época, los hombres y mujeres de aquella generación quisieron sembrar una semilla de esperanza.

5.2 Hacia un sistema europeo de protección integrada de los derechos fundamentales

Tras la Segunda Guerra Mundial, todos los países de Europa occidental elaboraron cartas constitucionales que afirmaban los derechos fundamentales y preveían tribunales supremos para garantizar su observancia.

Sin embargo, por temor a que los sistemas nacionales de protección volvieran a dejar de funcionar algún día, se firmaron:

- El Tratado Constitutivo del Consejo de Europa (Londres, 5 de mayo de 1949), que inicialmente estaba formado por diez Estados europeos. Su estatuto reafirmaba la adhesión incondicional a los ideales de libertad y democracia (como patrimonio común de los Estados europeos) y el compromiso mutuo de cooperación para lograr una integración cada vez más estrecha destinada a salvaguardar y seguir promoviendo estos ideales.
- El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950),⁷⁶ en el marco del Consejo de Europa, con el objetivo de reforzar la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a sus autoridades nacionales mediante el control externo del CEDH.

Las Altas Partes Contratantes, que se han adherido al CEDH, no han cedido ninguna parte de su soberanía al sistema del CEDH (y, en particular, no le han confiado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos [TEDH] una función unificadora en la regulación de los derechos constitucionales).

Un argumento diferente se aplica al sistema de la UE. Los seis Estados fundadores, al ceder parte de su soberanía, les confiaron a las comunidades econó-

75 Llamada la Edad de los Derechos por Norberto Bobbio (1992).

76 Se ha señalado que el CEDH es un catálogo de derechos administrado por una jurisprudencia *ad hoc*, detrás de la cual no hay ningún sistema político, ninguna institución política representativa.

micas europeas (y, para ellos, al Tribunal de Justicia) una función unificadora en ámbitos específicos de sus respectivos ordenamientos jurídicos, motivados por la necesidad de garantizar la protección de sus intereses económicos comunes específicos: las Comunidades europeas nacieron como una organización internacional con un ámbito de actuación esencialmente económico.

Los derechos fundamentales —ya garantizados por el CEDH de 1950, del que eran signatarios todos los Estados fundadores de las comunidades europeas— siguieron sin mencionarse en los tratados durante mucho tiempo. Sólo más tarde se modificaron progresivamente los tratados para anclar la Unión en la protección de los derechos fundamentales.

En la actualidad, la Unión Europea, gracias a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007), que tiene el mismo valor jurídico que los tratados, ha superado los confines originales de la exclusiva dimensión económica y se ha encaminado hacia el difícil objetivo de la unidad política.

Como consecuencia de la evolución legislativa mencionada,⁷⁷ el ordenamiento jurídico de cualquier país europeo —que sea, a la vez, Alta Parte Contratante del CEDH y Estado miembro de la Unión Europea— se caracteriza actualmente por la coexistencia de tres sistemas de protección de los derechos fundamentales: cada uno de estos sistemas tiene su propio catálogo (la Constitución nacional, el CEDH, la Carta de los Derechos Fundamentales) y su propio órgano jurisdiccional supremo (Tribunal Constitucional, CEDH, Tribunal de Justicia), pero, al mismo tiempo, interactúa con los demás.

El sistema jurídico de cualquiera de estos países es el ordenamiento jurídico nacional, en la medida en que sea compatible con el sistema unitario europeo y con el sistema del Convenio: el ordenamiento jurídico nacional, el sistema del Convenio y el ordenamiento jurídico europeo son ordenamientos jurídicos distintos, pero que se comunican entre sí.⁷⁸

77 La próxima etapa de esta evolución debería ser la adhesión de la Unión al CEDH, ya que este último es el instrumento originalmente previsto tras el final de la Segunda Guerra Mundial para la protección de los derechos fundamentales en Europa, y se adhieren a él no sólo los Estados que (antes miembros de las Comunidades Económicas Europeas) son ahora miembros de la Unión Europea, sino también los Estados que nunca han sido miembros de la Unión o que, aun habiendo sido miembros, ahora no lo son. La adhesión de la UE al CEDH significará que también la UE, como ya ocurre con los Estados miembros (que también son Estados contratantes del Convenio), tendrá que someterse de alguna manera al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (es decir, un órgano jurídico externo a la Unión) en lo que respecta al respeto de los derechos fundamentales. Tras la adhesión, no sólo los ciudadanos de la UE, sino también los nacionales de terceros países presentes en el territorio de la UE, podrán impugnar actos jurídicos adoptados por la UE directamente ante el TEDH sobre la base de las disposiciones del CEDH, del mismo modo que ambos pueden actualmente impugnar actos jurídicos adoptados por los Estados miembros de la UE.

78 Así se desprende claramente de la legislación italiana, que, tras la reforma del Título V de la Con-

Se ha creado así un sistema de vasos comunicantes, un proceso de ósmosis entre los sistemas: en él, la protección de un derecho fundamental individual, otorgada por el derecho convencional o europeo, se erige en una red de protección mínima, es decir, en un sistema de protección que no excluye una protección más intensa a escala nacional.

Esto explica por qué en los países europeos que son partes del CEDH y en los Estados miembros de la UE se ha constituido desde hace años un “sistema multinivel”⁷⁹ en el ámbito de los derechos fundamentales, que evoluciona progresivamente hacia un sistema europeo de protección integrada.

5.3 El sistema interamericano

El inicio del sistema interamericano de derechos humanos se remonta tradicionalmente⁸⁰ a la Primera Conferencia Internacional Americana, celebrada en Washington (Estados Unidos) del 2 de octubre de 1889 al 19 de abril de 1890. Participaron 18 países que acordaron establecer la Unión Internacional de Repúblicas Americanas, con fines comerciales y sede en Washington.

Las conferencias internacionales posteriores contribuyeron a la adopción de acuerdos fundamentales. En particular:

- a. La Novena Conferencia, que tuvo lugar en Bogotá (Colombia) en 1948, aprobó: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Carta de la Organización de Estados Americanos, que entró en vigor en 1951 y fue modificada posteriormente por los Protocolos de Buenos Aires en 1970, Cartagena en 1985, Washington en 1992 y Managua en 1993, y que estableció el primer ordenamiento jurídico entre las naciones del continente americano.⁸¹

stitución en 2001, establece que “El poder legislativo es ejercido por el Estado y las Regiones dentro del respeto de la Constitución, así como de las limitaciones derivadas del régimen de comunidad y de las obligaciones internacionales”. La modificación del artículo 117 de la Constitución, en cuanto a la relación entre el derecho nacional y el derecho europeo, se limitó a dar relevancia expresa a una restricción que ya había sido afirmada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Constitucional; pero, en cuanto a la relación entre el derecho nacional y el derecho convencional, tal y como aclararon las Sentencias Núm. 348 y 349 de 2007 de nuestro Tribunal Constitucional, ha supuesto que las normas del CEDH integren ahora, como normas interpuestas, el parámetro de constitucionalidad constituido por el artículo 117 de la Constitución.

79 La afortunada expresión fue ideada por Ingolf Pernice (1999, pp. 703 y ss.).

80 Sobre el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, véase Santiago y Bellocchio (2018).

81 La Organización —que inicialmente estaba formada por 21 Estados, pero que ahora incluye a los 35 estados del continente americano— firmó la Convención Interamericana de Derechos Humanos en 1969 y se dotó de dos órganos (la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos), a los

- b. La Décima Conferencia, que tuvo lugar en Caracas (Venezuela) en 1954, aprobó la llamada Resolución XXI por la que se creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- c. La Decimotercera Conferencia, celebrada en San José (Costa Rica) en 1969, en la que se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

A continuación, me limitaré a realizar algunas observaciones.

5.3.1 La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en abril de 1948 en Bogotá, constituye el primer instrumento internacional de protección de los derechos humanos a nivel mundial.⁸² Consta de 37 artículos divididos en dos capítulos.

El primer capítulo (art. 1-28) está dedicado a los derechos de la persona humana. A este respecto, se establece que los derechos esenciales de la persona derivan no de su pertenencia a un Estado y, por tanto, de su nacionalidad, sino de su atributo como ser humano. De este principio se desprende que la legislación de un Estado en materia de derechos fundamentales ni crea ni concede derechos, sino que sólo los reconoce en virtud del hecho de que estos derechos existen independientemente de la existencia de un Estado. Lo especial de este primer capítulo es que los derechos enumerados en él incluyen no sólo derechos civiles y políticos, sino también derechos económicos, sociales y culturales (es decir, propiedad, cultura, trabajo, ocio y seguridad social).

El segundo capítulo (arts. 29-37) está dedicado a los deberes de la persona humana. Estos deberes incluyen las obligaciones para con la sociedad, los hijos y los parientes, la obligación de recibir educación, de votar, de obedecer la ley, de servir a la comunidad y a la nación, de cooperar para la seguridad social y el bienestar, de pagar impuestos, de trabajar y de abstenerse de actividades políticas en un país extranjero que por ley estén restringidas a los ciudadanos de ese país. Lo especial de este segundo capítulo es que enumera los deberes de los individuos hacia la sociedad y dentro de ella.

La Declaración Americana se adoptó como un instrumento no vinculante:

que se confía la protección internacional como subsidio a la ofrecida por los órganos nacionales de cada país miembro.

82 La Declaración Universal de los Derechos Humanos, de hecho, se adoptaría en diciembre de ese mismo año, es decir, ocho meses más tarde.

debía servir de pauta para el desarrollo del nuevo sistema interamericano inaugurado con la creación de los Estados Americanos, coherente con sus principios fundacionales (entre ellos, el respeto a los derechos fundamentales de la persona sin distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo).

Sin embargo, con el paso del tiempo, el sistema interamericano se ha desarrollado dotándose de otros instrumentos para la protección de los derechos humanos.⁸³ En este marco, la Comisión y la Corte Interamericana, así como la Asamblea General de la OEA, han reconocido que la Declaración constituye una fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la OEA.

5.3.2 La Convención Americana sobre Derechos Humanos

El 22 de noviembre de 1969 se firmó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (también conocida como Pacto de San José de Costa Rica) en una Conferencia Internacional Extraordinaria celebrada en San José de Costa Rica.

La Convención consta de 82 artículos y está dividida en tres partes: la primera (Art. 1-32), sobre los deberes de los Estados y los derechos protegidos; la segunda (Art. 33-73), sobre los medios de protección; la tercera (Art. 74-83) contiene disposiciones generales y transitorias.

Alcanzado el número necesario de ratificaciones, la Convención entró en vigor el 18 de julio de 1978 y constituye el principal instrumento de protección y promoción de los derechos humanos en el sistema interamericano.

Hasta hoy, 25 Estados han ratificado la Convención:⁸⁴ Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Jamaica, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela (Trinidad y Tobago renunció a la Convención el 26 de mayo de 1998, mientras que Venezuela lo hizo el 10 de septiembre de 2012).

A la Convención Americana le siguieron dos protocolos adicionales (ins-

83 En este sentido, cabe recordar: a) la Resolución 314 del 22 de junio de 1977, en la que los Estados le encomendaron a la Comisión la elaboración de un estudio para presentar sus obligaciones derivadas de los compromisos adquiridos mediante la firma de la Declaración; b) la Resolución 370 del 1 de julio de 1978, en la que se hizo referencia a los compromisos internacionales de un Estado miembro de respetar los derechos reconocidos en la Declaración; c) la Resolución 371, también del 1 de julio de 1978, en la que la Asamblea General reafirmó su compromiso de promover el cumplimiento de la Declaración.

84 Por lo tanto, los Estados miembros de la OEA que aún no han ratificado la Convención son: Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Canadá, Cuba, Estados Unidos, Guyana, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y las Granadinas y Santa Lucía.

trumentos internacionales que tienen por objeto incluir otros derechos y libertades en el régimen de protección de la Convención): el Protocolo adicional relativo a los derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (firmado el 7 de noviembre de 1988) y el Protocolo sobre la abolición de la pena de muerte (firmado el 8 de junio de 1990). Estos prevén expresamente la competencia de la Comisión y del Tribunal.

5.3.3 La Corte Interamericana de Derechos Humanos

El proyecto de desarrollar un instrumento convencional para la protección de los derechos humanos a nivel regional comenzó a gestarse ya en 1948.

En 1959 se creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La Comisión —que encuentra su fundamento jurídico en el artículo 106 de la Carta de Bogotá, por la cual se establece la OEA, y tiene su sede en Washington— tiene diversas funciones, en particular la de aceptar y examinar las denuncias presentadas por individuos, grupos de individuos y organizaciones no gubernamentales sobre presuntas violaciones de los derechos fundamentales.

Veinte años después de la creación de la Comisión, se creó también la Corte Interamericana de Derechos Humanos: su Estatuto fue aprobado mediante la Resolución N° 448, adoptada por la Asamblea General de la OEA en La Paz (Bolivia) en octubre de 1979 (y, por tanto, pocos meses después de la entrada en vigor de la Convención Americana).

La Corte tiene su sede en San José (Costa Rica), pero puede celebrar sus reuniones en cualquier otro Estado miembro de la OEA.

Según el artículo 2 del Estatuto, la Corte ejerce funciones jurisdiccionales (reguladas por los artículos 61 a 63) y consultivas (reguladas por el artículo 64): mientras que estas últimas se ejercen a petición de cualquier Estado miembro de la OEA sobre la interpretación de la Convención Interamericana, de otros tratados de derechos humanos y de la compatibilidad de estos últimos con cualquier ley interna, las funciones jurisdiccionales se ejercen únicamente respecto a los Estados parte de la Convención Interamericana que hayan reconocido la competencia de la Corte.⁸⁵

85 Así, para que un caso pueda ser presentado ante la Corte contra un Estado Parte, éste debe haber reconocido la competencia de la Corte. En resumen: de los 35 países que componen la OEA, 25 han ratificado la Convención Americana, y de los 25 países que han ratificado la Convención Americana, 20 reconocen actualmente la competencia de la Corte Interamericana (se trata de Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay). Por lo tanto, la actividad de la Corte tiene actualmente influencia en la vida de tres de

La Corte sólo puede conocer de los casos que le remita la Comisión y una vez concluido el procedimiento ante ésta. Si la Corte considera que se ha violado un derecho o libertad protegidos por la Convención Americana, puede ordenar que se garantice al perjudicado el disfrute de la situación jurídica violada, así como una reparación e indemnización. Sin embargo, no existe ningún mecanismo coercitivo que garantice el cumplimiento de las sentencias de la Corte: el Estado que desafía la decisión de la Corte no es objeto de sanción alguna, pero su conducta es mencionada en el Informe Anual de la OEA.

Cabe añadir que desde la creación de la Corte se han producido dos innovaciones de importancia fundamental. En primer lugar, en 2001, cuando entró en vigor el Cuarto Reglamento de la Corte, que reconoció un autónomo *locus standi in judicio*, en los procedimientos ante la Corte, a los representantes de los individuos cuyos derechos se alegan vulnerados. En segundo lugar, en 2006, cuando la Corte, con la sentencia dictada el 26 de septiembre en el asunto *Almonacid Arelano y otros c. Chile*, introdujo el llamado “control de convencionalidad”, es decir, les reconoció a los órganos judiciales nacionales la posibilidad de activar la intervención del Tribunal para verificar la compatibilidad de las normas internas, susceptibles de aplicación en un caso concreto, con las disposiciones del Convenio.

5.4 El sistema africano

Comparado con los sistemas europeo e interamericano, el africano es el más reciente y complejo de los sistemas de protección internacional de los derechos humanos. A ello han contribuido: el yugo colonial (que perduró en el continente hasta la década de 1960), la escasa consistencia del vínculo unitario entre los nuevos Estados africanos (surgidos a instancias de los Estados colonizadores) y la confluencia de diferentes tradiciones jurídicas (con la consiguiente superposición del derecho de base religiosa y del derecho consuetudinario indígena sobre el derecho positivo, de matriz estatalista).

La primera organización internacional africana fue la Organización para la Unidad Africana,⁸⁶ creada en 1963 y bajo cuyo impulso se adoptó en 1981 en Nairobi la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.⁸⁷

las principales regiones políticas de las Américas (a saber: América Central, la Región Andina y el Cono Sur), pero no en América del Norte (Canadá y Estados Unidos) y tampoco en el Caribe.

86 La actual Unión Africana, por su parte, nació oficialmente en el vértice de Durban (Sudáfrica) el 9 de julio de 2002.

87 La Carta Africana es el primer instrumento moderno de derecho internacional que combina derechos con deberes (hacia la familia, la sociedad, el Estado y la comunidad internacional).

En la actualidad, el sistema africano de protección le está encomendado a dos órganos: la Comisión Africana, creada por la Carta Africana en 1981, y el Tribunal Africano, instituido por un Protocolo adoptado en 1998.

5.5 Los derechos humanos en Oriente Medio

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 fue el punto de partida de un replanteamiento global de los derechos humanos fundamentales en la tradición islámica: en 1948, de los 58 Estados miembros, sólo 6 eran Estados árabes (Arabia Saudita, Egipto, Irak, Líbano, Siria y Yemen) y 4 eran Estados no árabes de mayoría islámica (Afganistán, Irán, Pakistán y Turquía). La declaración fue votada a favor por 48 de los 58 estados mencionados, pero entre los 10 restantes⁸⁸ sólo Arabia Saudita se abstuvo con razones oficiales expuestas en un Memorándum del Ministerio de Asuntos Exteriores, que cuestionaba el derecho de una mujer musulmana a casarse con un no musulmán, el derecho a cambiar de religión y el derecho a la huelga y a formar sindicatos.⁸⁹

A pesar de la dificultad de adherirse a la Carta de la ONU en parte del mundo árabe, la vía de los derechos humanos también se ha desarrollado en esta parte del mundo.

Así, desde la década de 1980 se han tomado iniciativas en el seno de la Liga de Estados Árabes (LEA) y de la Organización de la Conferencia Islámica (OCI) para constituir una alternativa islámica a la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU (las Conclusiones y Recomendaciones de la Conferencia de Kuwait de 1980, la Declaración sobre los Derechos Humanos en el islam de 1981 del Consejo Islámico de Europa, la Declaración sobre los Derechos Humanos en el islam de 1990, la Carta Árabe de Derechos Humanos de 1994, la Declaración de Marrakech de 2016).

La cuestión relativa a la definición de un conjunto de derechos fundamen-

88 De los diez Estados que no votaron a favor de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ocho se abstuvieron (Unión Sudafricana, Unión Soviética, Bielorrusia, Ucrania, Checoslovaquia, Polonia, Hungría, así como Arabia Saudita), mientras que Yemen y Honduras se ausentaron de la votación.

89 Por su parte, el representante de Pakistán dijo que el islam puede adaptarse a las necesidades de una sociedad liberal y que la Declaración de la ONU era compatible con las enseñanzas del Corán. Las posiciones de Arabia Saudita y Pakistán representan respectivamente las “dos voces distintas” de las reacciones del musulmanas: por un lado, la oposición frontal de algunos Estados árabes a la Declaración de 1948 y, por otro, la reacción constructiva de un enfoque “islámico” de los derechos fundamentales mediante el intento de codificación de los derechos humanos según el modelo de la Carta de la ONU.

tales, pertenecientes al hombre como tal, y el consiguiente reconocimiento de su universalidad, constituyen uno de los ámbitos de confrontación entre la tradición islámica y la cultura occidental en la época contemporánea.

Los países musulmanes en particular cuestionan la concepción occidental del derecho natural, según la cual los derechos humanos encuentran su fundamento en el hombre mismo y no en Dios. En efecto, para el islam, los derechos humanos están consagrados por la ley divina, que, como tal, es superior a cualquier legislación humana y más adecuada para protegerlos porque no está sujeta a cambios inspirados en consideraciones materialistas o contingentes.

No cabe duda de la “diversidad” del mundo islámico con respecto a la forma occidental de entender la convivencia civil: considérese, por ejemplo, la concepción de la mujer,⁹⁰ la poligamia,⁹¹ la forma de entender la relación entre religión y política, el trato reservado a quienes pertenecen a otras confesiones religiosas, el papel reconocido (o no) a la libertad religiosa,⁹² la diferente forma de entender la relación entre fe y razón,⁹³ etcétera.

Sin embargo, en lo que aquí interesa, la perspectiva que ve una clara divergencia entre el islam y el mundo occidental se refiere al derecho y a la persona humana.

En la perspectiva islámica, el derecho debe entenderse no como el derecho de la persona, sino como el derecho de la comunidad (*ummah*). El islam

90 En los países islámicos, el estatus de la mujer en el matrimonio es bastante particular: no tiene los mismos derechos en materia de repudio/divorcio (en ciertos casos, sólo el hombre puede iniciar el divorcio, la mujer no), los hijos e hijas pertenecen al padre (también en materia de religión), la tutela legal de los hijos se confía al padre o a un pariente masculino, la mujer no tiene los mismos derechos que el hombre en materia de herencia, el hombre puede casarse con un no musulmán, pero la mujer musulmana tiene prohibido casarse con un no musulmán, la exclusión de la mujer de la vida social y política se extiende también a la educación, de modo que en las sociedades musulmanas la tasa de analfabetismo entre las mujeres es bastante elevada. La discriminación de la mujer con respecto al hombre en el derecho procesal, en el derecho de sucesiones y en el derecho matrimonial tienen su base en el propio Corán y están más o menos codificadas en las leyes de todos los países de inspiración islámica.

91 En los países musulmanes, una mujer sólo puede casarse con un hombre, pero un hombre puede tener hasta cuatro novias legítimas, además de concubinas.

92 En particular, en los países de mayoría islámica, no está permitido abandonar la propia fe islámica para adherirse a otra fe religiosa: la conversión a otra fe religiosa se sanciona con penas de prisión o de muerte. Lo que se subraya en los países islámicos es, se recalca de nuevo, la dimensión colectiva de la comunidad islámica, según la cual la apostasía de sus miembros repercute necesariamente en detrimento de toda la comunidad. Por el contrario, el principio que se aplica en los ordenamientos jurídicos occidentales contemporáneos —de clara inspiración cristiana— es la libertad de conciencia.

93 La concepción de Dios y del hombre es muy diferente en el cristianismo y en el islamismo. En el primero, el hombre está llamado a la comunión con Dios en la filiación adoptiva (en la que clamamos *Abba*, Padre: Rm 8, 15); en el islamismo, se le considera *abd* (“siervo”) o, como mucho,

ni siquiera conoce la palabra “persona”; su sinónimo es *fard* (individuo). El *fard* es parte integrante y dependiente de la gran sociedad islámica (la *ummah*, precisamente). Dentro de la *ummah*, tiene derechos y deberes. El individuo, si abandona la religión por ateísmo o conversión a otra religión, pierde todos sus derechos; es más, puede ser condenado a muerte por traición. Por tanto, en los países de mayoría islámica, la fuente de los derechos individuales es la comunidad islámica: en última instancia, es ésta la garante de los derechos y deberes que el Corán y la ley islámica, la Sharia, reconocen, conceden y niegan.

Por el contrario, en la experiencia del mundo occidental, fruto de una cultura que ha crecido sobre raíces cristianas y evangélicas, se ha establecido una concepción del derecho vinculada a la persona humana. Esta es la razón fundamental por la que la Declaración Universal de los Derechos Humanos no es reconocida en los países y grupos que pretenden aplicar la ley islámica.

La cuestión de fondo, se reitera, sigue siendo la propia persona humana. En efecto, el humanismo islámico sitúa al hombre en el centro de la esfera religiosa y política en la medida en que, por sus facultades y aptitudes psicofísicas, constituye un testigo y una representación de lo divino. Sin embargo, el individuo no puede ser representado fuera de su comunidad: los derechos y deberes, por tanto, se realizan y agotan siempre en el seno de la *ummah*. Lo relevante no es tanto el derecho del individuo, sino el derecho de la comunidad islámica.

Una dimensión colectiva tan marcada, si bien tiene el mérito de hacer hincapié en el reconocimiento de los derechos sociales y los deberes de solidaridad, determina sin embargo diversas limitaciones en la protección de los derechos individuales, que la concepción occidental encuentra difíciles de aceptar.

5.6 Los derechos humanos en el Sudeste Asiático

Hay que partir de la premisa de que Asia —entendida como unidad cultural, política, económica e histórica— no existe. Es sabido que, desde un punto de vista geográfico, lo que tradicionalmente llamamos “continente asiático” se extiende desde Filipinas hasta Oriente Medio, pasando por Japón, el Sudeste Asiático, Indonesia, China e India, es decir, países entre los que no sólo no se distingue

halifah (“siervo califal”), que invoca a Dios llamándole *rabb* (“Señor”), *rahmn* (“clemente”) y *rahfm* (“misericordioso”), pero siempre con el *radice rabb* “Señor”. Entre los 99 nombres de Dios que la tradición islámica ha asumido o inferido del Corán, se excluye estrictamente el nombre de “Padre” (un atributo que se considera incompatible con el Dios coránico y que el propio Corán niega), que en cambio es el protagonista de la oración enseñada por Jesús a sus discípulos.

una traducción jurídica común, sino tampoco una tradición cultural común. En resumen, el llamado “continente asiático” consiste en una zona muy extensa y densamente poblada que no es homogénea desde ningún punto de vista: ni cultural, ni económico ni político.

Aunque no existe un concepto unificado de Asia, sí hay valores asiáticos compartidos: la primacía de los intereses colectivos sobre la comunidad y la armonía social individual; el respeto por los mayores, el cuidado del orden y la estabilidad, por el interés de la familia y los parientes, la nación y la comunidad; el valor de la frugalidad, el ahorro y el trabajo duro; la voluntad de sacrificarse y sacrificar los propios deseos por la familia, el aplazamiento de la gratificación presente por el beneficio a largo plazo; el valor del compromiso con la educación.

Los valores asiáticos también han incluido los siguientes: la no creencia en el individualismo “occidental”, el trabajo en equipo nacional, la importancia del contrato social entre el pueblo y el Estado, la importancia de un medioambiente moralmente intacto, la creencia de que la libertad no es un derecho absoluto, la familia tradicional como modelo de sociedad, el respeto de las jerarquías, el consenso en lugar de la contestación y la prevalencia de las obligaciones sobre los derechos.

Se ha argumentado que la existencia de los llamados “valores asiáticos” haría que los derechos humanos fueran inaplicables en Asia.⁹⁴ La tradición asiática, en concreto, sería incompatible con los derechos humanos de corte occidental basados en el individualismo, ya que privilegia los deberes de los individuos para con la colectividad sobre sus derechos y, en cualquier caso, privilegia los derechos colectivos sobre los individuales. En esta jerarquía, los derechos colectivos de carácter social y cultural, como el derecho de la nación al desarrollo económico, prevalecen sobre los derechos privados a la libertad y la participación política.

Quizás sólo puedan hacerse consideraciones diferentes para el Sudeste Asiático: precisamente en esta zona opera desde 1967 la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN). Además de los cinco Estados fundadores (Indonesia, Malasia, Filipinas, Singapur y Tailandia), esta organización reúne a otros cinco Estados: Brunei Darussalam (desde el 8 de enero de 1984), Vietnam

94 Existen numerosas declaraciones de representantes gubernamentales de países asiáticos que reiteran la singularidad del enfoque asiático de los derechos humanos. Especialmente significativas son las declaraciones realizadas por algunos Gobiernos asiáticos durante la Conferencia de Viena de junio de 1993.

(desde el 28 de julio de 1995), Laos y Myanmar (desde el 23 de julio de 1997) y Camboya (desde el 30 de abril de 1999). En total, los 10 países de la ASEAN tienen una población de más de 500 millones de habitantes.

Es un hecho que, a finales del siglo pasado, algunos Estados de la zona adoptaron nuevas constituciones (Corea del Sur y Filipinas en 1987, Laos en 1991, Vietnam en 1992, Camboya en 1993, Tailandia en 1997), mientras que otros Estados llevaron a cabo profundas revisiones constitucionales (Indonesia).

Sin embargo, hay que señalar que el concepto de Constitución en el Sudeste Asiático es muy diferente del que se ha desarrollado en Europa y Norteamérica como medio de hacer valer los derechos a través de la limitación del poder, por lo que, a pesar de las declaraciones de principios, incluso en los países del Sudeste Asiático, los derechos humanos, lejos de configurarse como antecedentes del Estado y límites a su poder, se reconstruyen actualmente en términos de derivación del propio Estado.

5.7 El lenguaje moderno de los derechos

Se ha dicho que la Declaración de Independencia de Estados Unidos (de 1776) y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (redactada en Francia entre 1789 y 1793), aunque con diferencias, dieron origen al lenguaje moderno de los derechos.

No obstante, hay que señalar que las “cartas de derechos” del primer constitucionalismo europeo y del constitucionalismo norteamericano son muy diferentes de las constituciones del siglo XX (es decir, posteriores a la Constitución de Weimar).

En efecto, en el constitucionalismo liberal tradicional, la ley del parlamento era el centro en torno al cual giraba el sistema político: se le pedía a la sociedad civil una especie de poder en blanco mediante el proceso electoral en favor de un órgano representativo que gestionara concretamente los asuntos públicos, en una tendencia a desvincularse del cuerpo electoral. Sin embargo, En el constitucionalismo contemporáneo, el Parlamento también está constantemente subordinado a la Constitución y el Tribunal Constitucional tiene la tarea de garantizar esta subordinación, recibiendo incluso el poder de invalidar la ley parlamentaria. Con la consecuencia fundamental de que, en la concepción tradicional, la constitución era una especie de esquema enunciativo de principios abstractos que siempre necesitaban ser operativizados por la ley para su aplicación concreta. El constitucionalismo moderno modifica en gran medida

este planteamiento, ya que la Constitución se impone con fuerza al legislador: el juez puede utilizar directamente sus normas y el juez constitucional es responsable de su protección puntual.

Además, en las constituciones de los siglos XVIII y XIX abundan las proposiciones filosófico-políticas que culminan en la enunciación de ciertas libertades medidas sobre figuraciones individuales abstractas, mientras que en las constituciones contemporáneas no hay nada elitista y la dimensión volitiva cede el paso a una dimensión cognitiva, en la que la sociedad civil asume un papel protagonista.

Son esclarecedoras a este respecto las palabras expresadas por Paolo Grossi (2014) en referencia a las declaraciones de derechos del siglo XIX y a la Constitución italiana de 1948:

Esto es lo que hicieron los Padres Constituyentes (*Padri Costituenti*): leyeron atentamente en el tejido de la sociedad italiana regenerada tras las tragedias de la dictadura y la guerra, identificando valores radicales ampliamente compartidos y traduciéndolos en principios. El principio era el instrumento adecuado para transformar un valor en un criterio ordenador de la realidad social y dotarlo de relevancia jurídica propia, haciendo que se convirtiera en el sistema nervioso mismo (y su sostén) del ordenamiento jurídico. Al contrario de lo que había ocurrido en el elitista Estado de derecho del recién instaurado reino unificado de Italia (donde todo se quería desde arriba y tenía una dimensión puramente potestativa respecto a una sociedad civil amorfa y pasiva), el proyecto constituyente italiano se centra en el protagonismo de la sociedad, pretendiendo darle voz. La profunda inmanencia de nuestra Constitución en el ordenamiento jurídico italiano —que se hace cada vez más evidente a medida que pasa el tiempo y nos alejamos del momento “heroico” de la inmediata posguerra— radica en que es una lectura de la sociedad italiana, pero no una lectura estilizada y abstracta, sino una lectura objetiva de una realidad históricamente concreta, que aparece fielmente recogida en los principios formalmente expresados en la “carta”. Es un pueblo concreto de “personas”, es decir, de criaturas relacionales inmersas en su vida cotidiana que encuentran en ella un formidable breviario jurídico en las fatigas de la existencia. Los constituyentes se sitúan, como dice Capograssi, “desde el punto de vista de la conciencia común”, tomando como figura/guía “al hombre común con sus intereses y la dureza de sus intereses”. El punto de apoyo que hay que destacar, [...], es una Constitución nacida desde abajo, un breviario de valores/principios no concebidos en los confines de un instituto científico o de un gabinete político, sino constatados y anotados como la voz viva de una experiencia viva. (Nota al pie 4)

En definitiva, las constituciones del siglo XX difieren de las de los siglos XVIII y XIX (Marinelli, 2014, número 3, pp. 639, 643): estas últimas proponían una sociedad monoclasiista, protegían únicamente a la burguesía, se desinteresaban de los cuerpos intermedios, expresaban valores abstractos —ya que se referían a un hombre abstracto (a un individuo que vive en una sociedad monoclasiista)— y, en cualquier caso, se circunscribía a identificar los límites móviles de las libertades individuales, mientras que las constituciones contemporáneas (las de la segunda mitad del siglo XX) se refieren a un Estado que contiene toda la riqueza de una sociedad multiclasista, en la que el individuo es una persona. Por otra parte, no son sólo documentos que establecen los límites del poder, sino que también son, ante todo, un gran proyecto de convivencia civil.

6. La fase de globalización y su crisis actual

Dentro del marco descrito anteriormente, se encuentra la fase de globalización de los derechos humanos.

Una de las principales características de la sociedad contemporánea, como sabemos, es la llamada “globalización de la producción y los mercados”, así como de las propias relaciones humanas, hasta el punto de que se habla del mundo mismo como de una *aldea global*.⁹⁵

95 El término “globalización” se ha incorporado al lenguaje común. Fue el semiólogo canadiense Marshall McLuhan, en la década de 1960, quien utilizó por primera vez el adjetivo “global” en sentido moderno; mientras que fue el historiador francés Fernand Braudel, estudiando los inicios del capitalismo en la sociedad de los años 1500 y 1600, quien señaló el carácter estructural de las interdependencias que trae consigo el comercio internacional. Sin embargo, sigue siendo controvertido el significado del término (en la variante francesa, *mondialization*): “globalización”, en efecto, debe entenderse, según algunos, como “el proceso por el cual los Estados-nación y su soberanía están condicionados y conectados transversalmente por actores transnacionales, sus posibilidades de poder, sus orientaciones, identidades y redes” (Beck, 1999, p. 24) y, según otros, como “la integración y fusión de las economías nacionales como resultado de las actividades transnacionales de las empresas” (Clark, 2001, p. 43).

Los resultados y la evaluación del fenómeno también son controvertidos: según la opinión común, la globalización debería evaluarse en términos positivos por los valores de libertad que parece aportar, pero también hay quienes sostienen (véase, por ejemplo, entre muchos otros, Sen, 2002, p. 11) que el fenómeno conduce a una fragmentación cada vez mayor y, como tal, debería evaluarse en términos negativos en su conjunto (porque aumenta las diferencias, los desequilibrios, la explotación).

El debate es obviamente muy articulado y bastante complejo, tanto en el aspecto económico y político como en el sociocultural: pero aquí basta con subrayar su impacto duradero en la teoría y la práctica de los derechos humanos. Para algunas reflexiones importantes, inspiradas en parte en David Held, véase Amato Mangiameli (2004).

6.1 Las principales líneas de desarrollo del proceso contemporáneo

Existen varias líneas peculiares de desarrollo del proceso de globalización contemporáneo:⁹⁶

- La ampliación de la sociedad internacional: una primera línea en el desarrollo de la globalización puede verse en la ampliación de la sociedad internacional: después de la Guerra Fría, tras la descolonización y la formación de nuevos Estados, la participación en la vida de la sociedad internacional ha crecido considerablemente. Basta considerar que el número de Estados miembros de la ONU en 1945 era de 49, mientras que hoy son unos 200.⁹⁷
- La revolución informática y de las comunicaciones: la globalización recibió un fuerte impulso de la revolución de la información y la comunicación, que se afianzó en Estados Unidos ya en 1980. Es este carácter peculiar el que ha hecho que la globalización contemporánea vaya más lejos, más deprisa y a costes más bajos que la de finales del siglo XIX (Scanni, 2008). Gracias a las nuevas tecnologías, las barreras temporales han caído y es posible la comunicación en tiempo real. Todo (no sólo las personas, sino también los jefes, las ideas, los bienes y las mercancías, tanto tangibles como intangibles) está en condiciones de moverse inmediatamente (o, en todo caso, rápido) a través de las fronteras y por encima de ellas.
- La globalización de los fenómenos económicos y financieros: otro aspecto del desarrollo de la globalización se refiere a los perfiles económicos y financieros. La protagonista del nuevo mundo globalizado es la empresa multinacional, que sabe explotar las ventajas presentes en cada país:⁹⁸ producir allí donde los costes son menores, ya que la mano de obra es más barata, las materias primas son más accesibles o los impuestos son más bajos. Esto tiene otra consecuencia: los operadores individuales o los grupos económi-

96 Para un comentario ágil sobre las “cinco fracturas” señaladas por Robert Dahl, véase Amato Mangiameli (2004).

97 Es cierto que sólo unos pocos Estados, de antigua formación, siguen siendo los protagonistas de la política y la economía internacionales, pero también lo es que, junto a ellos, han aparecido en la escena internacional multitud de nuevos Estados, titulares de los mismos derechos: la era del colonialismo (y de la división del mundo entre pueblos “dominantes” y “dominados”), al menos en el plano formal, ha sido superada con la afirmación del principio de autodeterminación de los pueblos y del principio de igualdad entre las distintas comunidades que componen la sociedad internacional.

98 A partir de la segunda mitad de la década de 1980, las multinacionales muestran una tendencia a concentrar su actividad en uno o unos pocos sectores (*core business*), en los que alcanzan dimensiones globales, considerando el mercado mundial como el lugar natural para su expansión. La empresa debe estar dispuesta a deslocalizarse, manteniendo sus competencias básicas en la empresa matriz, para ser competitiva en los mercados de los países ricos (especialmente Estados Unidos, Europa y Japón).

cos pueden buscar un refugio cómodo en ciertos países del mundo donde la ley (incluida la ley penal) ofrece menos resistencia.

- Delincuencia transnacional: debido a las asimetrías normativas⁹⁹ que favorecen el desplazamiento de la actividad delictiva a lugares donde el delito es menos arriesgado, los delitos transnacionales típicos suelen producirse como delitos deslocalizados, es decir, sin una “localización geográfica precisa”.¹⁰⁰ Es el caso, por ejemplo, del ámbito fiscal de ciertos Estados, comúnmente denominados “paraísos fiscales”, donde un impenetrable secreto bancario y una normativa cómoda pueden favorecer la localización de empresas y actividades económicas, así como la gestión de activos y servicios financieros, incluso de origen ilegal. Pensemos también en la lucha contra la delincuencia internacional:¹⁰¹ el avance de la amenaza terrorista, en una perspectiva global, ha obligado progresivamente a la comunidad internacional a reconocer la necesidad de que los Estados actúen conjuntamente para combatirla y a establecer una cooperación internacional eficaz en la materia.
- Contaminación ambiental y emergencia pandémica: además de la delincuencia, otros problemas importantes de la sociedad contemporánea trascienden los estrechos límites de los Estados individuales para afectar a comunidades de territorios pertenecientes a varios países: pensemos, por ejemplo, en la protección del medioambiente frente a la contaminación, pero también, en la actualidad, en la lucha contra la pandemia del COVID-19.

99 Durante una conferencia organizada por el Consejo de Europa sobre la lucha contra la delincuencia económica y financiera, en una entrevista realizada el 20 de septiembre de 2005, el magistrado Renaud Van Ruymbeke expresó su profunda preocupación por la presencia de leyes nacionales que podrían obstaculizar la actuación de las autoridades policiales en un sector tan sensible (la nota informativa está disponible en www.coe.int).

100 La expresión figuraba en el tercer considerando del Acuerdo, por el que se establece el Tribunal de Núremberg (Acuerdo entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, el Gobierno de los Estados Unidos de América, el Gobierno Provisional de la República Francesa y el Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas para el enjuiciamiento y castigo de los principales criminales de guerra de las potencias europeas del Eje, firmado en Londres el 8 de agosto de 1945).

101 El derecho penal moderno ya no puede seguir funcionando con instrumentos territorialmente limitados: la elusión de estos instrumentos es ahora fácil y la comunidad internacional sigue sin disponer de medios para intervenir en aquellas legislaciones nacionales que, por las razones más diversas, siguen ofreciendo cierta impunidad penal. Desde este punto de vista, por tanto, una perspectiva válida podría ser no tanto la de adaptar el derecho penal nacional al derecho penal de los demás países de la Unión Europea, sino más bien la de globalizar el derecho penal, es decir, encontrar instrumentos para transformar el derecho penal de un derecho coincidente con la soberanía nacional de los Estados individuales en un derecho perteneciente a la propia comunidad internacional.

6.2 Las repercusiones de la globalización en el mundo del derecho

El fenómeno de la globalización no sólo afecta a la sociedad civil, sino también al mundo del Derecho, que es una expresión de la sociedad civil.

Como señaló Francesco Galgano (2009a), “a la globalización de los mercados corresponde [...] otra forma noble de globalización [...] que podemos definir como la globalización de los derechos humanos” (p. 890).¹⁰² Puesto que el ejercicio de los derechos proclamados por las distintas convenciones supranacionales está estrechamente vinculado a los procedimientos adoptados para hacerlos valer (los derechos de primer grado —vida, libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, libertad de circulación y de reunión, etc.— no son nada sin un derecho de segundo grado: el “derecho al derecho”, a través del acceso a procesos adecuados), el reconocimiento generalizado de la universalidad de los derechos humanos va acompañado de la difusión de tribunales supranacionales para proteger estos derechos (y la consiguiente erosión gradual del concepto de soberanía de los Estados-nación).

La cuestión es que los derechos humanos son, por su propia naturaleza, derechos universales, que trascienden las fronteras políticas de cada Estado y están más allá del poder de disposición inherente a su soberanía. Son derechos fundados, no derechos creados por los Estados; son derechos del hombre como tal, no del hombre como ciudadano. (Galgano, 2009a, pp. 891-892)¹⁰³

En resumen: el fenómeno de la globalización se extiende de la economía a las estructuras constitucionales, de los mercados financieros al conjunto de los derechos fundamentales del individuo, haciendo de este último una moneda única ideal, con valor jurídico en la mayoría de las jurisdicciones.

Es necesario añadir que la globalización tenía una filosofía subyacente: que el desarrollo del comercio fomentaría la distensión internacional y la cooperación entre los pueblos. Se suponía que la era de la globalización, tal y como se

102 Y, más concretamente, Galgano (2009b, p. 177).

103 En la contribución, el jurista boloñés, tras señalar que el art. 2 de la Constitución reconoce y garantiza los derechos humanos precisamente en consideración a su condición universal, observó que “el nuevo apartado 1 del artículo 117 de la Constitución debe leerse a la luz del artículo 2: las convenciones que, por acuerdo entre los Estados, identifican los derechos humanos individuales son intangibles por acto legislativo tanto del Estado como de las Regiones. Y son intangibles aunque se trate de convenios ratificados por el derecho común. Si la naturaleza de la ley de ratificación, como ley ordinaria, fuera relevante en algún momento, no tendría sentido el apartado 1 del artículo 117, que obliga al legislador nacional a ‘respetar’ dichos convenios, ya que una ley ordinaria, como la ley de ratificación, siempre puede ser modificada por una ley ordinaria posterior”.

concibió en los primeros años del tercer milenio, se caracterizaría por un comercio cada vez más libre a escala planetaria, por unas relaciones entre Estados nación basadas en normas acordadas y por el papel de garantía desempeñado por las organizaciones internacionales.

Esta filosofía, sin embargo, sufrió un duro golpe como consecuencia de la guerra ruso-ucraniana (y la consiguiente escasez de gas ruso y trigo ucraniano). Se comprendió que el comercio no basta para fomentar las relaciones internacionales. Por el contrario, pensando en el futuro abastecimiento energético, se vio la necesidad de volver a la producción dentro de las fronteras nacionales, revisar la lista de fuentes alternativas y, puesto que era necesario recurrir a otros países, diversificar los proveedores.

6.3 Síntomas de una crisis profunda

Actualmente, la globalización atraviesa una profunda crisis, de la que quedan huellas:

- a. Como consecuencia de la caída de las fronteras y la difusión de la red, parece casi afianzarse la idea de un nuevo hombre global que, olvidando el pasado, se proyecta hacia el futuro.
- b. Asia se ha convertido de repente en la fábrica del mundo y la contaminación ha alcanzado un nivel sin precedentes.
- c. El colapso demográfico de Occidente (y, con él, la conversión del sexo humano de la responsabilidad al placer y la mutación de la familia tradicional y el individualismo).
- d. El vaciamiento de la democracia con el auge de las finanzas.
- e. El modesto papel de los gobernantes de Occidente, muy alejado del perfil de los estadistas de principios de la posguerra.
- f. La pandemia no sólo ha tenido efectos sanitarios, sino que ha sembrado la incertidumbre, el miedo y la alienación entre los pueblos.
- g. Una guerra bárbara librada sin las reglas de la guerra.

Occidente (pero, en general, todo el mundo) puede y debe volver a comprender que la vida ya no puede estar marcada por derechos sin deberes, dominada por el mercado, limitada a la dimensión del tiempo instantáneo, sino que debe extenderse de nuevo al mundo de los valores.

7. Conclusiones

Del examen histórico realizado hasta ahora, se intentan extraer dos conclusiones en relación con la coyuntura histórica actual.

7.1 La necesidad de pensar en un consejo de seguridad organizado de otra manera

La primera conclusión es la siguiente.

En el mundo globalizado, la internacionalización y universalización de los derechos humanos han tenido una serie de consecuencias de importancia fundamental.

En primer lugar, los individuos gozan ahora de derechos individuales en virtud de las normas del derecho internacional y, por tanto, deben ser considerados sujetos de este ámbito del derecho, superando definitivamente la teoría tradicional, que identificaba a los Estados y a las organizaciones internacionales como los únicos sujetos del derecho internacional.

Además, si la persona humana es reconocida por el derecho internacional como titular de la facultad de hacer valer sus derechos frente al Estado (responsable de su violación), ello supone, por un lado, la erosión de la soberanía de los Estados-nación y, por otro, la configuración del ordenamiento jurídico internacional como tendencialmente superior a los ordenamientos jurídicos nacionales.

Y de nuevo: los derechos humanos se han convertido hoy en un factor importante en la configuración de las relaciones internacionales, contribuyendo en una medida determinante al establecimiento de un orden público internacional. En esta prospectiva, los instrumentos internacionales destinados a garantizar su justiciabilidad adquieren plena relevancia y eficacia concreta.

A pesar de los mencionados efectos beneficiosos de la globalización, persiste el problema de cómo conciliar diferentes ordenamientos jurídicos en un contexto, como el mundial, caracterizado por la ausencia de un ordenamiento jurídico unitario, la presencia de disposiciones no vinculantes y los antagonismos entre disposiciones vinculantes. En palabras de Cassese (2009) y Rodotà (2012), la sociedad globalizada es una Torre de Babel¹⁰⁴ en la que no está claro

104 Según la conocida historia bíblica, nuestros antepasados habían desafiado a Dios erigiendo una torre cada vez más alta en Babel (posiblemente Babilonia, en Mesopotamia). Dios había respondido al desafío privándoles de la lengua única que habían hablado hasta entonces. Así, los hombres, incapaces ya de comunicarse, interrumpieron la gran construcción y se dispersaron por toda la Tierra. Un poema sumerio muy antiguo, anterior incluso a la Biblia, hablaba de la Torre de Babel. Heródoto y escritores de la época romana también hablaron de ella más tarde. El relato bíblico quizá se inspiró en el mayor y más importante zigurat de Babilonia, llamado Etemenanki, una enorme construcción edificada por los babilonios precisamente para ascender al cielo. La construcción del Etemenanki fue una gran hazaña, repetida varias veces, porque fue derribado varias veces. Incluso Alejandro Magno,

quién es el soberano y dónde están los jueces.¹⁰⁵

En la complejidad del sistema jurídico actual, la solución a este problema debe buscarse sobre todo en el plano político y, en particular, en la validez del sistema de protección de derechos afirmado por las Naciones Unidas al final de la Segunda Guerra Mundial.

Esto es, la Declaración Universal de Derechos Humanos está referenciada en prácticamente todas las sucesivas cartas de derechos:¹⁰⁶ existe una estrecha y clara interconexión entre el sistema de protección de la ONU y los sistemas internacionales de protección actualmente vigentes (el europeo, el interamericano y el africano). Por ello, la vigencia y funcionamiento del primero influye profundamente en la vigencia y funcionamiento de los otros. Nadie duda de que la Organización de las Naciones Unidas es la respuesta jurídica y política adecuada al momento histórico, caracterizado por la superación de las distancias y las fronteras por la tecnología y, aparentemente, de cualquier límite natural a la afirmación del poder.

Ya desde los postulados del Preámbulo y los primeros artículos de su Carta Constitucional, queda claro que el fin último de la Organización es la promoción del desarrollo humano,¹⁰⁷ que, para ser integral, sólo puede incluir la soberanía de la ley y el respeto de los derechos del individuo.

Sin embargo, no faltan las cuestiones críticas. En particular, dentro de la Organización de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad es el órgano

que quedó deslumbrado por la belleza de Babilonia, arrasó el zigurat, que ya debía de estar en ruinas, con la promesa de reconstruirlo, pero no llegó a tiempo, porque murió en Babilonia. Así, durante muchos siglos, los restos del zigurat permanecieron enterrados. Los arqueólogos han encontrado en Babilonia lo que podría ser la base de una torre, de 91x91 metros cuadrados, situada en el centro de un área de 500 metros, exactamente como la describieron los antiguos. Hoy, sólo quedan algunos ladrillos de arcilla cubiertos de tierra, pero la historia bíblica sigue viva.

105 Rodotà (2012, p. 3) plantea la cuestión, refiriéndose a Cassese (2009).

106 Por ejemplo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos hace referencia a la Declaración Universal en los párrafos primero, segundo y quinto del Preámbulo. Las acciones de la Unión Europea también se han enraizado siempre en el marco general de la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los dos Pactos de Derechos Humanos de 1966, que constituyen el paradigma del sistema internacional de protección de los derechos humanos. Basta recordar los artículos 3.5, 21, 34 y 42 del Tratado de la Unión, el Protocolo 10 y las Declaraciones 13 y 14.

107 En esta perspectiva, se hace hincapié en: el acceso efectivo, práctico e inmediato de todos a los bienes materiales y espirituales indispensables (vivienda adecuada, trabajo decente y debidamente remunerado, alimentación y agua potable suficientes, libertad religiosa y, más en general, libertad de espíritu y de educación, etc.); la protección del medioambiente; la lucha contra toda exclusión, etc. Pero, en primer lugar, la salvaguarda de las generaciones futuras del azote de la guerra y el respeto absoluto al derecho a la existencia de la propia naturaleza humana (y, con ello, el respeto absoluto a la vida en todas sus fases y dimensiones) pasan a primer plano.

central (previsto en el Art. 7.I de la Carta) que tiene la “responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales” (Art. 24).

El Consejo se compone actualmente de 15 miembros, de los cuales 5 son permanentes con derecho de veto (China, Francia, Gran Bretaña, Rusia¹⁰⁸ y Estados Unidos) y 10 son no permanentes (elegidos cada dos años por la Asamblea General, no renovables inmediatamente), repartidos entre las agrupaciones geográficas de la ONU (3 escaños para África, 2 para Asia-Pacífico, 2 para los países del grupo occidental, 2 para los países de América Latina y el Caribe, 1 para los países de Europa del Este) y todos sin derecho de veto.

La composición actual del Consejo de Seguridad sigue reflejando el equilibrio de poder surgido tras la Segunda Guerra Mundial,¹⁰⁹ pero resulta completamente anacrónica por dos razones. En primer lugar, desde 1945, año de nacimiento de la ONU, el número de Estados miembros independientes de la organización ha pasado de 51 a 193. Esto implica la necesidad de garantizar una mayor representatividad de los Estados miembros. Esto implica la necesidad de garantizar una mayor representatividad de sus órganos y, en particular, del Consejo como órgano supremo de toma de decisiones.

Además, en los últimos 80 años, el equilibrio mundial ha cambiado profundamente. El “peso” de los llamados países del sur global ha crecido no sólo demográficamente, sino también económicamente: basta pensar en aquellos países (como India, Brasil o Nigeria) que antes figuraban en la lista de países “en vías de desarrollo” y que hoy han alcanzado un nivel comparable al de los países más industrializados. Por otra parte, incluso dentro de estos últimos países, algunos (como Gran Bretaña y Francia) han perdido poder económico y/o influencia política; mientras que otros (como Alemania y Japón) son hoy mucho más ricos e influyentes que hace ochenta años. El hecho es que hay unos sesenta países que nunca han tenido un escaño hasta la fecha y hay zonas enteras del mundo que están poco o nada representadas. Además, las organizaciones regionales y continentales (la Unión Europea, la Unión Africana, la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños, la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático) no tienen sitio.

108 El hecho de que la Federación Rusa heredó la sede permanente de la Unión Soviética no se discute en general. Sin embargo, hay que señalar que en la Carta de la ONU figura la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas como miembro permanente del Consejo de Seguridad, mientras que la actual Federación Rusa ya no es una unión, ni soviética ni socialista.

109 Como es bien sabido, los cinco miembros permanentes con derecho de veto son las potencias que salieron victoriosas de aquella guerra.

Por tanto, es necesaria una reforma valiente del Consejo de Seguridad de la ONU. En primer lugar, se necesita una ampliación significativa del Consejo de Seguridad para garantizar una representación más justa de los 193 Estados miembros y, en particular, para remediar la actual infrarrepresentación regional¹¹⁰ de África, Asia-Pacífico y América Latina. El único criterio de elegibilidad formalmente establecido en la Carta de la ONU es “la contribución de los miembros de la organización al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales” (art. 23). Este criterio puede mantenerse, pero, al menos en perspectiva, debe reconocerse a todos los países, sin excepción, una participación y una influencia reales y equitativas en la toma de decisiones.

Además, deben mejorarse los métodos de trabajo del Consejo para hacerlo más transparente e inclusivo, no sólo frente a la Asamblea General y otros órganos de la ONU, sino también frente a los Estados miembros y las organizaciones regionales.

Por último —el verdadero punto delicado—, el mantenimiento del poder de veto requiere una cuidadosa consideración: el Consejo de Seguridad queda institucionalmente paralizado cada vez que se atenta contra los intereses de uno de sus cinco miembros permanentes (China, Francia, Reino Unido, Rusia y Estados Unidos) con este poder. Como mínimo, debería establecerse que, en caso de atrocidad masiva en la que esté implicado un miembro permanente, se suspenda su participación hasta que las atrocidades hayan terminado.

Soy plenamente consciente de que se trata de una propuesta utópica. De hecho, cambiar la composición actual del Consejo de Seguridad exigiría modificar el artículo 23 de la Carta de la ONU, que, como es bien sabido, es una “constitución rígida”, para la que se requiere una mayoría determinada.¹¹¹

110 Ciertamente, la creación de un puesto europeo en el Consejo de Seguridad es difícilmente viable (al menos en la actualidad): tanto porque los países europeos que ocupan un puesto permanente —Francia y Gran Bretaña— se oponen firmemente a ello, ya que no quieren renunciar a su posición privilegiada, como porque la Carta de la ONU no prevé que las organizaciones regionales —como la UE— se conviertan en miembros, requisito indispensable para poder tener un puesto en el Consejo, y además porque en muchas cuestiones de política exterior los países de la Unión no tienen una posición común: mientras no cambie la regla de la unanimidad en política exterior, la propuesta de un puesto europeo seguirá pareciendo poco realista.

111 Sólo existe un precedente de modificación de la composición del Consejo de Seguridad: en 1963, cuando el número de Estados miembros pasó a 117 como consecuencia del proceso de descolonización. Ese año, el número de miembros no permanentes se incrementó de 6 a 10, y el número de permanentes permaneció invariable en 5 miembros. Así, el número total de miembros pasó de 11 a 15. Este cambio fue aprobado por la Asamblea General (por mayoría de 2/3), a pesar del voto en contra de dos miembros permanentes del Consejo de Seguridad (Francia y la Unión Soviética) y de la abstención de otros dos (Gran Bretaña y Estados Unidos). China fue el único miembro permanente del Consejo

Más concretamente, una enmienda a la Carta puede adoptarse: por el voto a favor de 2/3 de los Estados que componen la Asamblea General de la ONU o por el voto a favor de la mayoría —incluidos nueve miembros del Consejo de Seguridad— de los Estados miembros que voten en una conferencia general convocada especialmente por la Asamblea General para llevar a cabo una revisión de la Carta. En ambos casos, para la posterior entrada en vigor de la enmienda adoptada, se requiere el voto afirmativo de 2/3 de los Estados miembros, incluidos los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad.

En última instancia, se le concede a cada uno de los miembros permanentes el derecho a vetar la entrada en vigor efectiva de cualquier enmienda a la Carta de la ONU, aunque cuente con el apoyo de una amplia mayoría de la Asamblea General.

Ninguno de los miembros permanentes estaría dispuesto a dar su consentimiento a una enmienda de la Carta que ya no incluyera su derecho de veto. Sin embargo, es insensato pensar que un Estado implicado en la violación de los principios de la Carta de la ONU pueda ser al mismo tiempo miembro del Consejo de Seguridad, dotado del poder de veto.

Como ya se mencionó, el Consejo de Seguridad no opera institucionalmente cada vez que se atenta contra los intereses de uno de sus cinco miembros permanentes (China, Francia, Reino Unido, Rusia y Estados Unidos) con poder de veto:¹¹² el voto negativo de uno de los cinco miembros permanentes (el llamado veto) es suficiente para anular la decisión.

Incluso ante la invasión de Ucrania, el Consejo de Seguridad de la ONU mostró su impotencia. El 26 de febrero de 2022, se reunió para debatir una resolución contra la agresión rusa, pero no adoptó ninguna; el 5 de abril, se

de Seguridad que votó a favor. Sin embargo, la decisión fue ratificada posteriormente por todos los miembros permanentes, por lo que pudo entrar en vigor en 1965. De este modo, la mayoría necesaria para la toma de decisiones pasó de 7 de 11 miembros a 9 de 15 miembros.

- 112 Desde 1945, los miembros permanentes han utilizado el derecho de veto unas 300 veces. En particular, en 2011, ante la represión de Bashar Assad contra la oposición en Siria, algunos países presentaron una resolución para condenar las “graves y sistémicas violaciones de los derechos humanos” y amenazar con tomar medidas, pero la resolución fracasó debido al veto de Moscú y Pekín. En 2014, la condena de la anexión rusa de Crimea fracasó debido al veto de Moscú. Desde 1972, sobre el conflicto Israel-Palestina y los territorios ocupados, Estados Unidos ha vetado 29 resoluciones, mientras que en los últimos 30 años Rusia ha ejercido su veto 17 veces sobre cuestiones de Oriente Medio y Siria. En total, el Consejo de Seguridad sólo ha permitido su intervención en una situación de crisis grave en ocho ocasiones: dos de ellas antes de la caída de la Unión Soviética (en Corea del Sur, que había sido invadida por Corea del Norte en 1950; y en Kuwait, que en 1990 había sido invadido por la Irak de Saddam Hussein) y los demás desde entonces (en Somalia, en 1992; en Bosnia Herzegovina, en 1993; en Haití, en 1994; en Afganistán, en 2001; en Irak, en 2002 y 2003; en Libia, en 2011).

reunió para condenar la masacre de Bucha, pero no llegó a ninguna condena formal. En ambos casos, el tema de debate afectaba al Gobierno de Moscú, uno de los cinco miembros permanentes del propio Consejo.

La proliferación de crisis y conflictos impone la urgente responsabilidad de hacer del Consejo el órgano adecuado para hacer frente al alto nivel de compromiso requerido, a menos que se quiera pensar en el colapso de las Naciones Unidas y la creación de una nueva organización intergubernamental, como ocurrió tras la Segunda Guerra Mundial con la Sociedad de Naciones.

7.2 La necesidad de abordar la cuestión antropológica

En mi opinión, hay que tener el valor de abordar la llamada “cuestión antropológica”.

A nadie se le escapa la complejidad del abigarrado contexto histórico actual (multiétnico, multicultural y multirreligioso) y el hecho de que, en nuestros días, en el plano de los derechos fundamentales de la persona humana, se están produciendo “dinámicas de época”: en referencia tanto a las relaciones entre ciudadanos y autoridades como a las relaciones entre distintos tipos de orden.

Desde el primer punto de vista, las siguientes consideraciones de Robert Spaemann (s.f.) me parecen incomparables, además de siempre actuales:

Si ante un ser vivo de la especie humana alguien estuviera autorizado a cuestionarse si es realmente sujeto de derechos, esa persona podría privar a otros de sus derechos en virtud de propiedades que no dependen de su libre albedrío (condición evolutiva, color de piel, etc.).

Entonces los derechos humanos no serían derechos inherentes a la condición humana, sino una concesión de la persona o personas que pueden decidir quién es jurídicamente humano.

Si decimos, por ejemplo, que el feto merece protección jurídica a partir del 14º o del 90º día, es evidente que la vida humana quedaría enteramente en nuestras manos, porque sólo llegaría al 14º o al 90º día quien haya sido respetado durante el período anterior. La base del respeto ya no sería la condición humana, sino la aceptación benévola y gratuita por parte de los padres, la sociedad o el Estado. La vida sería entonces una concesión, y ya no un derecho humano inalienable. En este sentido, puede decirse que el modo mismo en que un embrión o feto se convierte en niño, en joven y en adulto implica que debe ser tratado ya de antemano no como una cosa, sino como lo que es: un ser humano. Si hubiera que tratarlo como una cosa hasta que se manifestaran en él los primeros signos de razón, de capacidad de relación o de cualquier otro criterio convencional de humanidad, estos primeros signos nunca se manifestarían.

La idea de derecho humano implica que quien ha sido concebido por una madre humana posee desde el primer instante el derecho a un crédito de humanidad. (pp. 506-512)

En cuanto a las relaciones entre los distintos tipos de ordenamientos jurídicos, los juristas de todo el mundo —mediante la comparación de la jurisprudencia y la legislación de los distintos países—¹¹³ se dedican hoy a la búsqueda de conexiones horizontales que permitan reconstruir una especie de patrimonio común de derechos fundamentales,¹¹⁴ heterogéneamente compuesto por principios deducibles del derecho internacional consuetudinario, de los convenios internacionales multilaterales, de la participación de los Estados en organizaciones supranacionales, de las constituciones nacionales, etcétera.¹¹⁵

Para darnos cuenta del alcance epocal del debate sobre los derechos de la persona, basta considerar que en el ordenamiento jurídico de muchos países se tiende a basar los derechos de la persona en dos principios:¹¹⁶ el de libertad individual, entendido como autonomía y autodeterminación de los individuos en su vida privada (principio de privacidad), y el de no discriminación, entendido como atribución de iguales derechos a quien o quienes son diferentes.

Sin embargo, la libertad de autodeterminación, si se entiende no como libertad frente a limitaciones externas, sino como liberación de toda forma de condicionamiento fáctico y relacional, conduce a la construcción de un concepto de persona humana como individuo abstracto, desvinculado de toda relación.

Invocando el principio pluralista hacia el libre despliegue de la personalidad, se llega a la afirmación de que a la autodeterminación individual y a sus nuevas proyecciones sociales no se les pueden oponer otros límites que los derivados del respeto a la libertad de autodeterminación de los demás.

Detrás de este escenario se vislumbra una “revolución antropológica” a la

113 La comparación reviste una importancia fundamental en la actualidad, como viene subrayando desde hace tiempo una cuidadosa doctrina. Véase, en particular, Repetto (2011).

114 Tal patrimonio común sería, en última instancia, el producto de “convergencias interpretativas” de los jueces de los distintos Estados y jurisdicciones supranacionales sobre determinados valores fundantes que deben considerarse inviolables por su contenido: así, Zagrebelsky (2008, pp. 398, 410).

115 A estas limitaciones se añaden, para los países europeos que son parte en el Convenio CEDH o que son miembros de la Unión Europea, las derivadas del derecho convencional y del derecho europeo, tal como han sido interpretadas respectivamente por el Tribunal del CEDH de Estrasburgo y por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo.

116 Así, M. Cartabia (2011), inspirándose en algunas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el tema de la fecundación asistida y el matrimonio entre personas del mismo sexo, observa que los artículos 8 y 14 de la Convención, especialmente cuando se consideran conjun-

que el pensamiento contemporáneo se pliega a veces como un árbol doblado por el viento impetuoso.¹¹⁷

Sería ingenuo pensar que se puede abordar esta dinámica sin una concepción precisa de la persona, titular de derechos, que se quiere afirmar solemnemente. En esta perspectiva, en mi opinión, debe subrayarse el hecho de que el ser humano es persona en virtud de su naturaleza y, por tanto, no se convierte en persona en virtud ni de la posesión efectiva de determinadas propiedades ni del ejercicio efectivo de determinadas funciones, ni siquiera de la realización (empíricamente constatable) de determinadas acciones.

En otras palabras, para el reconocimiento de la condición de persona sólo es relevante la pertenencia, por nacimiento, a la especie humana, con independencia de la manifestación externa en acto de determinadas características, operaciones y comportamientos.

Es necesario considerar que el valor y los derechos de la persona se basan en la naturaleza humana, con independencia del ejercicio de determinadas funciones, como la función sensorial (en un nivel mínimamente consciente y en un nivel superior autoconsciente) o la función cerebral.

El cigoto,¹¹⁸ el embrión, el feto, el recién nacido son “ya personas”, mientras que el moribundo, el anciano, el demente, el minusválido, el comatoso son “todavía personas”. Las etapas de la “vida temprana” (prenatal y postnatal), la “vida terminal” y la “vida marginal” son expresiones de la “vida personal”, del mismo modo que la “vida adulta normal”. Caer en la tentación de poner entre paréntesis la cuestión antropológica puede ser útil a corto plazo, pero a largo plazo resulta ilusorio.

Varios factores convergen en esta dirección. En primer lugar, hay que tener en cuenta que el lenguaje de los derechos está indeterminado, con la consecuencia de que la actividad interpretativa dirigida a identificar el significado y

tamente, se prestan a ser interpretados como cláusulas abiertas a la producción “potencialmente ilimitada” de nuevos derechos. Concluye afirmando que puede ocurrir que, “en lugar de servir al propósito original de baluarte de la persona humana contra la degeneración del poder, los propios derechos humanos se conviertan —quizás de buena fe— en instrumentos del ejercicio del poder” (pp. 1-19).

117 Así, para P. Donati (2022), “el fundamento de los derechos de la persona ya no es la dignidad humana, basada en la ontología de la persona, de algún modo presupuesta a los hechos empíricos, sino que es la autodeterminación subjetiva. Los dos principios (del derecho a la intimidad y a la no discriminación) conducen hacia una sociedad de individualismo perfecto, donde las relaciones son ciertamente buscadas y deseadas, pero como proyecciones del propio yo” (p. 1672).

118 El cigoto es un ser nuevo: a) humano, en la medida en que posee una estructura biológica esencial (el llamado ADN), que difiere de la de la madre natural y/o del padre natural; b) único, en la medida en que nunca ha existido un ser idéntico en el pasado y nunca existirá en el futuro; c) completo, en la medida en que el código genético (genotipo) del cigoto contiene información sobre todas sus

el contenido de los derechos individuales se caracteriza por una amplia descreatividad y, por tanto, la argumentación justificativa difícilmente puede eludir la cuestión del fundamento racional.

Por otra parte, con el paso de los años y, en particular, con la proliferación de cartas de derechos, éstos se han hecho cada vez más numerosos, con la consecuencia de que los conflictos entre derechos reivindicados por distintos sujetos son cada vez más frecuentes y, por tanto, se impone un acto de ponderación que difícilmente puede eludir el problema del fundamento racional.

Puede entonces ser útil recordar que el ejercicio de cualquier derecho individual (en particular de los derechos sociales) presupone políticas de gasto, que garanticen su protección y que deben justificarse en un contexto democrático: circunstancias que vuelven a plantear la cuestión del fundamento.

De nuevo: la compleja relación entre derechos y democracia, por una parte, y, por otra, las cuestiones vinculadas al multiculturalismo —al plantear cuestiones polifacéticas sobre el número y la titularidad de los derechos, así como sobre la determinación de su contenido— evocan una vez más la reflexión sobre el fundamento racional de los derechos que se desea reconocer y proteger.

Por otra parte, también hay que considerar que, en realidad, un catálogo de derechos fundamentales es difícilmente configurable sin un ordenamiento jurídico que incluya también deberes.¹¹⁹

La política de derechos sitúa la garantía de los derechos personales en el centro de los sistemas democráticos, lo cual es un mérito indudable.

Pero la política de los derechos, si extiende la categoría de los derechos más allá de sus límites hasta hacerla coincidir con todo lo que pueda parecer deseable¹²⁰ y si descuida el papel de los deberes de solidaridad,¹²¹ conduce al paradójico resultado de debilitar la democracia que, en cambio, querría consolidar.

características (estatura, color de ojos, pelo y piel, etc.). En pocas palabras, el cigoto, aunque en miniatura, es un ser humano que empieza a vivir, aunque con un potencial aún no realizado e incapaz de vida independiente: la transformación del embrión de res en persona fue durante mucho tiempo una presunción apodíctica, herencia de prejuicios culturales del pasado, pero ya ha sido superada por las adquisiciones científicas, que hace tiempo que permiten afirmar con certeza que en el genoma humano está ya toda la vida pasada, presente y futura de la persona humana.

119 Sobre el nexo entre derechos y deberes, enraizado en el fundamento mismo de la democracia, se detiene en particular Violante (2015).

120 Empujar el campo de los derechos hasta la frontera de los deseos constituye un intento de dar estatuto jurídico a opciones individuales u orientaciones políticas, a menudo vinculadas a valores constitucionales, pero que no pueden asimilarse a derechos subjetivos con el rigor científico que sería necesario. Ver Ventura (2013).

121 Cada derecho, en efecto, no es una mónada aislada, sino que interactúa con el sistema de derechos

Como se ha observado con agudeza,

los derechos se convierten en instrumentos de la democracia y de la satisfacción de las legítimas reivindicaciones individuales cuando pueden contar con la unidad política y los deberes de solidaridad como valores que sustentan el proceso de civilización del país y garantizan su desarrollo. De lo contrario, se convierten en factores de egoísmo individual, descomposición social y atraso civil. (Violante, 2015, pp. XIV-XV)

Todo ello debe conducir a una reflexividad cada vez mayor.

Nadie duda de que el pluralismo jurídico contemporáneo, con el papel cada vez más importante que asumen los derechos humanos fundamentales, es un fenómeno que debe acogerse con gran satisfacción. Sin embargo, hay que preguntarse qué tipo de sociedad se quiere construir (Perlingieri, 1972, p. 27). No se trata de querer fomentar “temas divisorios”.

Se trata simplemente de tomar conciencia de que sólo si se parte de una visión antropológica precisa, existe una posibilidad real de tener éxito en la construcción de una sociedad mejor.¹²²

Bibliografía

- Amadio, A. y Checchini, G. (2020). *Lezioni di diritto privato*. Giappichelli.
Amato Mangiameli, A. C. (2004). *Stati postmoderni e diritto dei popoli*. Giappichelli.
Baldassarre, A. (1997). *Derechos de la persona y valores constitucionales*.
Beck, B. (1999). *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*. Carocci.
Benedicto XVI. (18 de abril de 2008). *Encuentro con los miembros de la Asamblea General de las*

y deberes propios de cada ordenamiento.

- 122 Me complace terminar recordando el poema “Ningún hombre es una isla”, tomado de un verso de la “Meditación lírica XVII” (“Devotions Upon Emergent Occasions”), compuesta en 1664 por el poeta inglés John Donne sobre el tema de la solidaridad y la importancia de no dejar a nadie solo ante las dificultades: “Ningún hombre es una isla completa en sí misma. Cada hombre es un trozo del continente, una parte de la tierra: si el mar roba una porción de la tierra, toda Europa se encogerá como si fuera un promontorio o la casa de uno de tus hijos o la tuya propia. La muerte de Por tanto, no me preguntes por quién doblan las campanas: doblan por ti”. Donne, recurriendo a una metáfora de gran fuerza representativa (que es precisamente la de la isla en medio del mar, incita al lector a redescubrir el valor de la empatía, incluso cuando nos sentimos completamente solos en el mar de la vida: sentirnos parte del todo, ser solidarios, sentir el dolor ajeno como parte de nuestro propio sufrimiento. Como es bien sabido, el verso final “Por quién doblan las campanas” del poema de Donne fue retomado por Ernest Hemingway en su novela homónima de 1940.

- Naciones Unidas. *Discurso de su santidad Benedicto XVI*. Libreria Editrice Vaticana. https://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es/speeches/2008/april/documents/hf_ben-xvi_spe_20080418_un-visit.html.
- Benedicto XVI. (2015). Elementi per una discussione sul libro di Marcello Pera. En Pera, M., *Diritti umani e cristianesimo*. Marisilio.
- Bobbio N. (1992). *La Edad de los Derechos. Doce lecciones sobre derechos humanos*.
- Bobbio N. (1994). *Contributi ad un dizionario giuridico*. Giappichelli.
- Bobbio N. (2000). *Dal privilegio al diritto*. Apulia.
- Cartabia, M. (2011). I nuovi diritti. *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, (14). <https://doi.org/10.13130/1971-8543/857>.
- Cassese, S. (2009). *I Tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*. Donzelli.
- Churchill, W. (2000). La resa tedesca. En *La Seconda Guerra Mondiale* (Trad. A. Barone, G. Cambon, O. Ceretti Borsini, G. Monicelli). Mondadori.
- Cicerón (s.f.). *De re publica*.
- Clark, I. (2001). *Globalizzazione e frammentazione. Le relazioni internazionali nel XX secolo*. Il Mulino.
- Conti, M. (2021). *La Carta Manden. Diritti e doveri dell'Africa del XIII secolo*. Nardini.
- Cotta, S. (1989). *Persona. Diritto, Persona Mondo umano*. Giappichelli.
- Cotta, S. (1991). *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*. Giuffrè.
- Croce, B. (1942). Perché non possiamo non dirci “cristiani”. En *Discorsi di varia filosofia* (Vol. II). Gius Laterza & Figli.
- D'Agostino, F. (2011). *Corso breve di filosofia del diritto*. Giappichelli.
- Didonato, L. (2020). *Diritti Umani – Intervista a Vittorio Possenti*. Personal al Centro. <https://personalcentro.eu/segnalazioni/articoli-stampa/intervista-a-vittorio-possenti>.
- Donati, P. (2022). Il diritto di famiglia come diritto relazionale. *Il diritto della famiglia e delle persone*, (4).
- Facchi, A. (2007). *Breve storia dei diritti umani*. Il Mulino.
- Fazio, M. (1998). *Due rivoluzionari: F. de Vitoria e J.J. Rousseau*. Armando.
- Galgano, F. (2009a). Danno non patrimoniale e diritti dell'uomo. *Contratto e impresa*, 25(4-5), 883-894.
- Galgano, F. (2009b). Globalizzazione dell'economia e universalità del diritto. *Politica del Diritto*, (2), 177-192.
- Gianniti, P. (2024). Pensamiento social cristiano y derechos de la persona. *Revista Juridica Austral*, 5(1), 351-377. <https://doi.org/10.26422/RJA.2024.0501.gia>.
- Goodhart, A. L. (1946). The Legality of the Nüremberg Trials. *Judicial Review*.
- Grossi, P. (2014). Sull'odierna “incertezza del diritto”. *Giustizia Civile*, (4), 921-955.
- Hart H. (2002). *Il concetto di diritto*. Einaudi.
- Heraclitus. (s.f.). *Leucipo*.
- Jellinek (1895). *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*.
- Juan Pablo II. (1995). *Evangelium vitae*. Libreria Editrice Vaticana. https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html.
- Kant, I. (1995). Fondazione della metafisica dei costumi. En *Scritti morali*. (Trad. P. Chiodi). Rizzoli.
- Kelsen, H. (1944). *Peace through Law*. Chapel Hill.

- Lombardi Vallauri, L. (2002). Diritti dell'uomo e diritto pleromatico, en *Ragion pratica*, (18), 155-157.
- Manzoni, A. (2015). *La rivoluzione francese del 1789 e la rivoluzione italiana del 1855*. Giorgio Pozzi.
- Marchesi, C. (1945). *La persona umana nel Comunismo*. Casa Editrice Realtà.
- Marinelli, F. (2014). Il mugnaio di Sans-souci. La storia come metodo nell'interpretazione giuridica. *Giustizia Civile*, (3), 629-646.
- Maritain, J. ([1947] 1963). *La persona e il bene comune*. Morcelliana.
- Marshall, T. ([1950] 2002). *Cittadinanza e classe sociale* (Trad. S. Mezzadra). Laterza.
- Mounier, E. (1950). *Le personnalisme*. Les Presses universitaires.
- Pereña, L. (1996). *Relectio de Indis. La questione degli Indios* (Trad. A. Lamacchia). Il Levante.
- Perlingieri, P. (1972). *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Pernice, I. (1999). Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited? *Common Market Law Review*, 36(4), 703-750.
- Pernice, I. (2002). Multilevel Constitutionalism in the European Union. *European Law Review*, (5), 511-529.
- Pico della Mirandola, G. (1994). *Oratio de hominis dignitate*. Edizioni Studio Tesi.
- Polibio. (s.f.). *Storie*.
- Renouvier, C. (1903). Le personnalisme. *Revue internationale de l'enseignement*, (47), 368-369.
- Repetto, G. (2011). *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa*. Jovene.
- Ricoeur, P. (1983). Meurt le personnalisme, revient la personne. *Esprit*. <https://esprit.presse.fr/article/paul-ricoeur/meurt-le-personnalisme-revient-la-personne-17473>.
- Rodotà, S. (2012). *Il diritto di avere diritti*. Laterza.
- Rosmini, A. (2013). *Filosofia del diritto* (4 vols., Ed. M. Nicoletti y F. Ghia). Città Nuova.
- Rosmini, A. (2020). *Filosofia della politica* (Ed. G. Cotta). Scholé.
- Santiago, A. y Bellocchio, L. (2018). *Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. La Ley.
- Scanni, G. (2008). *Ordine e disordini nel XXI secolo*. Gli Essay.
- Schmitt, C. ([1928] 1984). *Dottrina della Costituzione* (Trad. A. Caracciolo). Giuffrè.
- Sen, A. K. (2002). *Globalizzazione e libertà*. Mondadori.
- Sófocles. (s.f.). *Antígona*.
- Spaemann, R. (s.f.). Discussions on Life 'Worth Living'. *Culture and Books*, (IV), 506-512.
- Spaemann, R. ([1978] 2009). *Rousseau cittadino senza patria. Dalla 'polis' alla natura* (Trad. L. Allodi, Milán). Ares.
- Todorov, T. (2007). *La scoperta dell'America. Il problema dell'altro* (Trad. y ed. A. Serafini). Franco Angeli.
- Trujillo, I. (1997). *Francisco de Vitoria: il diritto alla comunicazione e i confini della socialità umana*. Giappichelli.
- Trujillo, I. y Viola, F. (2014). *What human rights are not (or not only)*. Nova.
- Ventura, L. (2013). Rigore costituzionale ed etica repubblicana. Distorsione dei principi costituzionali in materia di democrazia e forma di governo. *Forum di Quaderni Costituzionali*. https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0407_ventura.pdf.
- Violante, L. (2015). *Il dovere di avere doveri*. Einaudi.
- Zagrebelsky, G. (2008). *La legge e la sua giustizia*. Il Mulino.

ESCLARECIENDO EL CONCEPTO DE OBJECCIÓN DE CIENCIA¹

Federico G. Menendez

Universidad Austral

fmenendez@austral.edu.ar

Recibido: 26/07/2024

Aceptado: 24/10/2024

Resumen

El presente trabajo explica el concepto de objeción de ciencia, derecho derivado de la libertad de prescripción y reconocido implícita o explícitamente según los ordenamientos, el cual habilita al profesional a rechazar órdenes y prohibiciones dispuestas por las normas jurídicas a fin de garantizar la seguridad del paciente, siempre que existan motivos científicos que justifiquen dicha conducta profesional.

A lo largo del trabajo, se sistematizan las definiciones intentadas por las ciencias de la salud, la bioética y el derecho. Se repasan los ordenamientos deontológicos y legales de Europa, Estados Unidos y Latinoamérica en donde aparece este novedoso concepto. Asimismo, se compara la objeción de ciencia con otros institutos jurídicos similares, tales como la cripto-objeción, la pseudo-objeción, la resistencia al orden jurídico y la tradicional objeción de conciencia (a la cual se dedica un especial apartado).

Palabras clave: objeción de ciencia, libertad de prescripción médica, objeción de conciencia, derecho sanitario.

Clarifying the Concept of “Science Objection”

Abstract

This paper explains the concept of science objection, a right derived from the freedom of

¹ El presente artículo constituye una síntesis del concepto desarrollado en mi tesis doctoral, la cual fue leída el 11 de diciembre de 2023 en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral y puede consultarse en <https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/2581/Menendez%2c%20F.%20Libertad%20de%20actuación%20médica.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Dicha defensa se encuentra disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=huvGRHFftQY>. El entrecomillado en idioma extranjero responde a que, luego de la investigación realizada, no hemos encontrado una expresión inglesa equivalente para el sintagma *objeción de ciencia*.

medical prescription and recognized implicitly or explicitly according to the regulations, which enables the professional to reject orders and prohibitions provided by legal regulations, to guarantee the patient's safety, if there are scientific reasons that justify such professional conduct. Throughout the article, the definitions attempted by health sciences, bioethics and law are systematized. The deontological and legal systems of Europe, the United States and Latin America where this novel concept appears are reviewed. Likewise, science objection is compared with other similar legal concepts such as crypto-objection, pseudo-objection, resistance to the legal order, and traditional conscientious objection (to which a special section is dedicated).

Key words: science objection, freedom of medical prescription, conscientious objection, health law.

1. Cuando se exige una “mala medicina”²

A menudo, los pacientes o las autoridades exigen prestaciones que, según el criterio científico-médico del profesional, no son adecuadas para tratar una patología o resultan inconducentes para restaurar la salud. Esto puede responder a diversas razones, como el carácter experimental de algunos tratamientos, la falta de evidencia científica sólida, la eficacia cuestionable, la posibilidad de daños y secuelas irreversibles o la existencia de alternativas probadas y menos invasivas.

Aunque siempre han existido pacientes que —movidos por la desesperación o la ignorancia— solicitan una terapia inadecuada, en la actualidad el problema radica en que dichas pretensiones se le presentan al médico con un ropaje de legalidad. Lamentablemente, son abundantes los ejemplos que evidencian esta realidad: la solicitud de partos peligrosos —sean domiciliario³ o por cesárea⁴—, la prescripción de compuestos experimentales como el ibuprofeno de sodio⁵ o la ozonoterapia⁶ y la exigencia de terapias irreversibles a temprana edad, como los bloqueadores hormonales en niños, niñas y adolescentes,⁷ entre muchos otros. Ante este dilema, el médico debe tomar una decisión difícil: obedecer las directivas recibidas, comprometiendo al paciente con un tratamiento peligroso,

2 El autor le agradece a Dimas Bosch Dodero por la colaboración en la edición de citas del presente trabajo.

3 Sentencia del Tribunal Constitucional, 66/2022, 2 de junio [España].

4 Tribunal Superior de Río Negro, R.L.S. *c/Hospital Francisco López Lima s/Amparo - Queja*, 29/05/2024.

5 Juzgado Civil y Comercial Federal de Feria, L. J. M. *c/Sanatorio Otamendi y Miroli S. A. s/Amparo de salud*, 07/01/2021.

6 Auto del Juzgado Contencioso Administrativo N.º 1 de Castellón de la Plana, 158/2021 del 13 de agosto [España].

7 Sentencia de la Corte Constitucional, T-218/2022, del 21 de julio [Colombia]. Este fallo consideró arbitrario supeditar a un diagnóstico de disforia de género un tratamiento hormonal en una menor.

o desobedecer dichas exigencias, exponiéndose a sanciones de distinta naturaleza. Frente a estos casos, la *objeción de ciencia* se muestra como un instrumento novedoso y útil capaz de ofrecer una solución al problema.

Desde hace algunos años, este sintagma ha venido acuñándose en disciplinas como la bioética, la filosofía y las ciencias de la salud. De manera incipiente, pero audaz, la doctrina jurídica ha procurado realizar su aporte en su conceptualización. Los autores que decidieron adentrarse en este estudio parecen coincidir en una idea primaria: en cuanto derecho, la objeción de ciencia es una herramienta que protege al galeno de instrucciones externas y lo exime de obrar cuando estas órdenes pudieran refutarse por motivos técnicos o científicos en beneficio del paciente.

A través del presente trabajo, pretendemos dar visibilidad, organicidad y sistematicidad a un concepto que ha sido materia de debate desde distintas áreas del conocimiento. Buscamos reunir en un solo trabajo las definiciones intentadas por los principales autores que trataron la temática, ofreciendo nuestras críticas y procurando esclarecer este novedoso sintagma. A este fin, expondremos algunas aproximaciones realizadas por las distintas ciencias, los elementos que lo componen, su reconocimiento deontológico y finalmente su relación con la tradicional objeción de conciencia y otros institutos semejantes.

2. Primeras aproximaciones al sintagma *objeción de ciencia*

Desde la disciplina jurídica, la objeción de ciencia ha tenido un abordaje disperso y, en muchos casos, inespecífico. Son escasos los trabajos que proponen una definición para este instituto y su tratamiento ha venido a ser como un sucedáneo de la tradicional objeción de conciencia sanitaria. Probablemente, la novedad del instituto y la analogía con otro concepto no exento de debates hayan contribuido a su imprecisión. Nos aventuramos a sostener que el desarrollo más acertado y exhaustivo puede encontrarse en España y Argentina, pues, como daremos fe, son profusos los aportes del Comité de Bioética español y, más recientemente, los de la Academia Nacional de Medicina de Buenos Aires.

En un informe que conserva la frescura de la actualidad, el Comité ha definido la objeción de ciencia como aquel “disenso, de base científica, respecto

En Reino Unido, puede citarse el caso de Keira Bell, por el cual la Corte británica estimó insuficiente el consentimiento de un menor para estas prácticas por resultar una estrategia terapéutica innovadora y experimental. La sentencia completa puede consultarse en: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/12/Bell-v-Tavistock-Judgment.pdf>.

al diagnóstico, pronóstico o tratamiento, más recomendable para abordar la situación del paciente” (Comité de Bioética de España, 2021, p. 11), continuando la línea esbozada años atrás por Palomino (2017), Medina Castellano (2012) y Díez Fernández (2012). Estos autores —entre otros que repasaremos— la han concebido como la oposición de los médicos a la voluntad del paciente, fundada en causas profesionales, *lex artis* o motivos deontológicos, es decir, por resultar contraria a una correcta práctica médica. Por diversas razones, estas definiciones han emergido alrededor del fenómeno médico, sin embargo, ello no ha impedido que algunos autores trasladen sus conclusiones a otras profesiones, como la farmacéutica (Juvenal, 2015).

En Argentina, la Academia Nacional de Medicina de Buenos Aires ha realizado un aporte significativo para el debate. En una reciente declaración, recordó el valor incalculable de este instituto para la defensa de los derechos del médico y expansivamente del paciente. Además, esclarece su alcance, pues ofrece un concepto técnico-jurídico, haciendo propia una definición esbozada por nosotros (2023, p. 418) en un trabajo previo. En efecto, la Academia Nacional de Medicina (2024) recuerda que la objeción de ciencia es aquel

derecho —derivado de la libertad de prescripción y reconocido de manera implícita o explícita— consistente en la facultad del médico de rechazar, voluntaria y pacíficamente, órdenes y prohibiciones dispuestas por las normas jurídicas, sin que dicha inobservancia conlleve un perjuicio directo al profesional. Esta objeción está justificada en el criterio médico y es reconocida con la finalidad de garantizar la libre actuación del profesional y defender la vida y salud del paciente. (párr. 7)

3. Elementos que integran la *objeción de ciencia*

Aunque el concepto es aún reciente y pasible de futuras precisiones, estos intentos de definición resultan valiosos y de ellos pueden extraerse algunos elementos. Como se verá, los autores que trabajaron el tema han puesto el acento en unos u otros al elaborar sus definiciones.

3.1 La conducta de rechazo

Un primer elemento es la conducta de rechazo. La objeción de ciencia consistiría en la negativa de realizar un procedimiento o utilizar un material del que hay razones para estimar perjudicial o inútil para el enfermo (Sánchez y Gon-

zález, 2021). En la misma línea, la objeción de ciencia pretendería “evitar un determinado comportamiento legalmente exigido, acudiendo al dictamen del propio conocimiento científico y técnico que el sujeto posee sobre la materia de que se trata” (Agulles Simó, 2006, p. 99). En estos casos, la objeción actuaría a modo de cobijo legal para que el profesional pueda rechazar aquello que considere inconveniente (López Guzmán, 2007). No desconocemos que algunos autores como Seoane (2014) o Singer (2009) han propuesto una modalidad de objeción que denominan *positiva*, la cual facultaría a los profesionales no ya a abstenerse de lo que la autoridad o el paciente ordenan, sino a obrar en contra de lo prohibido. Debemos advertir que estos estudios se han centrado en la objeción de conciencia y, al menos expresamente, sus conclusiones no han sido extendidas al instituto que estudiamos.

3.2 Las razones técnico-científicas

Un segundo elemento se relaciona con su fundamentación. Los autores parecen coincidir en que la objeción debe basarse en criterios técnico-científicos. Con frecuencia, en estos trabajos hallamos alusiones genéricas a “razones científicas” (Organización Médico Colegial, 2010, p. 174), “motivos científicos” (López Guzmán, 2007, p. 72) o “discrepancia científica” (Casasnovas, 2021, p. 5). Naturalmente, estos criterios profesionales exceden el ámbito de la dogmática jurídica y deben buscarse en publicaciones y protocolos explicitados por autoridades competentes en materia sanitaria. Estos documentos permiten definir y hacer público aquello que la comunidad científica acepta como práctica médica prudente y adecuada para determinados casos clínicos. Sus criterios de actuación, considerados idóneos conforme al estado de la ciencia, son denominados por el derecho y la doctrina científica bajo el nombre de *lex artis* (Rodríguez Lainz, 2016a, p. 332). Así, puede afirmarse que el conocimiento médico y la práctica profesional son elementos insoslayables a la hora de configurar la objeción de ciencia (Comité de Bioética de España, 2021; Herranz, 1995), siendo —desde esta mirada— la *lex artis* su fuente principal y eminente (De Martini, 2012).

3.3 La salvaguarda cautelar de la salud como finalidad

Como tercer elemento, algunos autores han destacado el efecto tuitivo que la objeción de ciencia proyecta sobre el paciente y la profesión médica. Como

afirma Villanueva Cañadas (2019), en tanto finalidad mediata, la objeción busca proteger al destinatario del acto médico, pues, al invocarla, el profesional pretende inhibir la maniobra nociva. Además, como afirman Ramos Vergara y Olivares Osorio (2019, p. 116), desde la segunda finalidad hace posible una protección institucional, pues busca “resistir a la impostura de una malversación corruptora de la *lex artis* y, a la vez, ejercer un papel de concientización que recupere la virtud de la ciencia”. Otros autores —como Moreira et al. (2019)— recogen estas metas y proponen una triple finalidad de este instituto: la protección de la vida y salud del paciente, la defensa de la *lex artis* y la promoción de buenas prácticas médicas.

4. Relación conceptual con la objeción de conciencia

Además de estos conceptos preliminares, deben agregarse otras definiciones, que hemos agrupado según el ámbito donde los autores ubican el innovador instituto: mientras que algunos lo consideran una manifestación particular de la objeción de conciencia, otros auspician su autonomía.

4.1 La objeción de ciencia como especie de la objeción de conciencia

Un primer grupo de autores suscribe la idea de que la objeción de ciencia sólo puede entenderse como una manifestación particular de la cláusula de conciencia. Por ejemplo, Juvenal (2015) afirma que la objeción de conciencia sanitaria permite rechazar una instrucción por razones de índole moral, pero nada obsta que concurran otros motivos —deontológicos o científicos— que permitan juzgar como éticamente dudosa la prescripción médica. Montano (2017) aborda el caso de manera similar, agrupando ambas objeciones bajo el término de *objeciones de conciencia*. El autor afirma que

puede violentarse la conciencia, haciendo actuar contrariamente a lo que se entiende que es una correcta práctica profesional. [...] El médico formado para salvar vidas puede ver gravemente agravada su conciencia cuando se le exige que realice determinada práctica médica. (pp. 118-119)

De la misma manera, Sieira Mucientes (2000) opina que todas las negativas justificadas con elementos religiosos, deontológicos o bioéticos se encontrarían comprendidas en el concepto de objeción de conciencia.

4.2 La objeción de ciencia como instituto independiente de la objeción de conciencia

Un segundo grupo propone —con distinta severidad— escindir los conceptos. Esta parece ser la postura que adoptan los Comités de Bioética español e italiano. Este último ha defendido la idea de que la objeción de ciencia médica no se identifica con una objeción de conciencia, sino con una valoración científica diferente respecto de lo expuesto en un precepto legal (Comitato Nazionale per la Bioetica, 1995). Años más tarde, su par español afirmaría que la objeción de ciencia tiene una naturaleza moral diferente a la de conciencia, pues en la primera no existe un auténtico imperativo legal, sino que pueden existir dudas relacionadas con la evidencia científica disponible para el caso concreto (Comité de Bioética de España, 2021).

En lo que respecta a la doctrina, algunos autores afirman que la definición misma de *objeción* debería revisarse y niegan que la objeción de ciencia pueda ser calificada como tal. Desde esta atalaya, la posición de Abellán García Sánchez (2016) es categórica:

No debe confundirse la objeción de conciencia con la denominada objeción de ciencia, es decir, con el supuesto en que se discrepa de la estrategia clínica con un paciente. Las inevitables discrepancias producidas por una determinada aplicación científica o técnica no deben ser expuestas como modos de objeción ya que no tienen el mismo fundamento. (p. 64)

Otros, como Macía Morillo (2018) o Hanna de Rosa (2015), abordan ambos institutos como objeciones, pero plantean que la diferencia principal se encuentra en el fundamento para entablarlas. A su turno, López Guzmán (2011) la propone como una especie de objeción de legalidad “aplicada a supuestos sanitarios, cuando existe una base científica para avalar la opción” (p. 94), siendo el criterio científico-profesional la piedra de toque para distinguir la objeción de ciencia de la objeción de conciencia. En el derecho colombiano, Prieto (2013) y Mora-Restrepo (2011) diferencian ambos institutos por motivos análogos. Por su parte, en el derecho argentino, De la Riva (2022) ha afirmado que en gran medida

los reparos que los profesionales de la salud puedan anteponer [...] no provienen de razones que les vienen dictadas por su conciencia personal (objeción de conciencia): sino, en realidad, de consideraciones que encuentran su justificación en su saber científico (que bien puede calificarse, por ello, como *objeción de ciencia*). (p. 69)

En el derecho español, Altisent Trota y Rubio Montañez (2010) reconocen los casos de objeción de ciencia como aquellos en donde “un profesional tiene un criterio según el cual juzga que una determinada solicitud no está indicada o está incluso contraindicada” (p. 672). A su turno, ha dicho Tolosa-Tribeño (2018) que la objeción de ciencia está prevista para

situaciones en las que el límite a la autonomía del paciente surge de la negativa de los profesionales sanitarios a llevar a cabo un procedimiento, y esa negativa no tiene una base ideológica (como en la objeción de conciencia) sino técnica o científica. (p. 286)

En el mismo sentido, Quijada González (2014) y Martí Sánchez (1999) acen-túan la *lex artis ad hoc* como fundamento distintivo del instituto que estudia-mos. Del Moral García (2005) coincide en que el profesional “[p]uede negarse a la dispensación cuando concurren razones de ‘ciencia’ o ‘profesionales’ que, al igual que cualquier otro producto, le imponen la obligación de no dispensarlo (objeción de ciencia)” (p. 189). En la misma línea, algunos autores han identifi-cado los casos de objeción de ciencia allí “donde la divergencia entre conductas o cursos de acción tiene una base científica o clínica y no moral” (Asociación de Bioética Fundamental y Clínica, 2014, p. 104).

Complementando esta diferencia, Díez Fernández (2010a) propone distinguir ambas objeciones, a partir de la fuente de la cual emana la justificación profesio-nal. En efecto: “[h]abrá que analizar detenidamente qué supuestos son [objeción de conciencia] y qué comportamientos profesionales responden sencillamente al cumplimiento de la ley y/o del Código deontológico (objeción de legalidad) o constituyen imperativos de buena praxis (objeción de ciencia)” (p. 98).

4.3 La objeción de ciencia como especie de las “objeciones de conciencia”

Una distinción singular es propuesta por Aparicio Aldana (2017). La autora señala que dentro de un concepto más amplio y genérico de “objeciones de conciencia” concurren sus dos especies: la de ciencia y la de conciencia *stricto sensu*. Según la autora, en ambos casos, el profesional advierte que lo exigido es inmoral, partiendo de lo que sabe y conoce (objeción de ciencia) o lo que profesa (objeción de conciencia). Esta última se entablaría en razón del sistema de creencias o convicciones religiosas, mientras que la primera se fundaría en argumentos científicos. Sobre este punto, y más allá de las diferencias teóricas sobre su fundamentación, Albert (2013) explica con lucidez que, al momento

de tomar una resolución profesional, evidentemente existe una decisión moral, pero la fuente de esta clase de objeción no debe buscarse en un juicio de la conciencia, sino en la literatura científica.

4.4 En diálogo con los autores

Habiendo repasado estos autores, desde la perspectiva jurídica hemos de realizar algunas apreciaciones a las definiciones propuestas y su posible anclaje dentro de la tradicional objeción de conciencia.

Como se ha visto, un primer grupo considera que la objeción de ciencia debe entenderse como una manifestación específica de la objeción de conciencia. Autores como Montano (2017), Juvenal (2015) o Sieira Mucientes (2000) parten de la acertada idea de que una exigencia en contra del conocimiento científico resultaría reprobable moralmente. Es válido sostener, desde la perspectiva ética, que obrar en contra de la ciencia resulta una conducta que violenta la conciencia formada del profesional y, a la luz del principio de no maleficencia, puede catalogarse como reprochable.

No obstante, por el carácter omnicompreensivo e indeterminado del término “conciencia”, asimilar ambas objeciones nos parece impreciso.⁸ Dentro de esta categoría debería incluirse —a modo de cajón de sastre— la negativa de trabajar un día festivo y el rechazo de aplicar una vacuna contraindicada para el paciente. Además, por los motivos que se expondrán, consideramos que presenta serias diferencias con la objeción tradicional, lo cual demanda un tratamiento independiente.

En el caso de Aparicio Aldana (2017), el abordaje de la objeción de ciencia como manifestación de una categoría más amplia de objeciones de conciencia, diferenciándola de la *stricto sensu*, nos parece más acertada. De esta forma, queda patente la afectación al juicio de la razón práctica, dejando a salvo la diferenciación con el tradicional concepto. No obstante, abordar la objeción de ciencia dentro de un género amplio de objeciones de conciencia llevaría a reconocer que el fundamento último se encuentra en la libertad de conciencia y no en la libertad de prescripción (como se verá), lo cual también sería forzado sostener por los motivos que esbozamos antes.

8 Nos animamos a sostener que estas objeciones pueden válidamente discutirse en el orden de la eticidad, pero no queda suficientemente demostrado que lo mismo pueda predicarse a la luz de la juridicidad. En efecto, mientras que la ética juzga la relación entre las acciones de la persona y su fin último, la juridicidad refleja la adecuación de la conducta al bien común político.

A su vez, encontramos autores que abogan por un tratamiento diferenciado a partir de su fundamento. Entre ellos: De la Riva (2022), Mora-Restrepo (2011), Abellán García Sánchez (2016), Altisent Trotta (2010), Tolosa-Tribiño (2018) y del Moral García (2005). Coincidimos con su tratamiento diferencial, aunque de su lectura no se advierte una refutación contundente de las consideraciones anteriores. Distinto es el caso de Albert (2013 y 2014), que enfrenta la observación primera con una postura pragmática.

Dentro de este segundo grupo, vemos autores que abogan por una mayor distinción haciendo un paralelismo entre la objeción de conciencia, de ciencia y de legalidad. Con habilidad, Díez Fernández (2010a) afirma que el rechazo a las solicitudes de los pacientes y de la autoridad puede ser tratado como una objeción de legalidad. Bajo esta idea, la cuestión quedaría planteada entre dos normas que exigen prácticas médicas contrapuestas y en cuyo conflicto debe primar el deber de ejercer correctamente la ciencia. No obstante, resulta difícil distinguir algunos supuestos que aparecen en las fronteras entre la *lex artis* y las normas deontológicas, lo que lleva a aumentar la incertidumbre acerca de la naturaleza jurídica de objeción de ciencia y de legalidad. Por ejemplo, los códigos deontológicos contienen el deber expreso de obrar conforme a la *lex artis*, lo cual en el caso podría encuadrarse dentro de ambas objeciones.

5. Reconocimiento de la *objeción de ciencia* por la deontología médica

En el mundo occidental, la objeción de ciencia ha sido recogida expresamente en varios ordenamientos deontológicos. Asimismo, la encontramos estrechamente vinculada con dos pilares fundamentales del ejercicio profesional: el deber de ciencia y de independencia técnica. Estas columnas, de las cuales se infiere razonablemente la objeción de ciencia, se hallan presentes en diversos cuerpos de ética médica a nivel local, regional e internacional.

5.1 Deontología médica europea

En la Unión Europea, varios países han contemplado el concepto en sus códigos deontológicos. Un primer documento a nivel regional es el *Common values of the liberal professions in the European Union*, elaborado por el Consejo Europeo de las Profesiones Liberales (2014). Este protocolo establece los principios que los Códigos de Ética deben recoger, y especial relevancia tiene su artículo 3º el cual reza:

todos los profesionales liberales tienen derecho a ejercer su juicio personal en el marco de sus responsabilidades después de tener en cuenta todas las circunstancias pertinentes, sin ninguna aplicación de influencia externa. Quienes utilizan servicios profesionales liberales tienen derecho a esperar que se lleve a cabo una evaluación de las circunstancias y que se brinde asesoramiento de manera imparcial y objetiva, sin presiones de fuentes externas y sin conflictos de intereses.⁹

A nivel estadual, España presenta uno de los ordenamientos más tuitivos para el correcto ejercicio profesional. El Código de Ética médica de la Organización Médica Colegial ha definido el concepto en su artículo 35.1: “La objeción de ciencia tiene una protección deontológica al amparo del derecho a la libertad de método y prescripción, siendo diferente de la objeción de conciencia”. Esta definición debe leerse junto con otros artículos que forman su cortejo. Según el texto español, el profesional queda eximido de actuar en procedimientos que, por razones científicas, juzgase inaceptables o inadecuados;¹⁰ al mismo tiempo, prohíbe la injerencia de normas contra la libertad de actuación y la evidencia científica.¹¹

Italia es otro país donde la objeción se halla regulada. Desde 1995, la Comisión Nacional para la Bioética Italiana ha entendido que no corresponde atribuirles el nombre de objeción de conciencia a aquellos que justificaban su rechazo en una valoración científica diferente.¹² Bajo el nombre de *rechazo de trabajo profesional*, el Código italiano reconoce la facultad del médico de negarse a la asistencia con fundamento en su convicción clínica, a menos que se produzca un daño grave e inmediato para la salud del paciente. Esta negativa, justificada en la libertad de prescripción e investigación diagnóstica, se extiende a todas las ayudas terapéuticas científicamente respaldadas y, además de proponerse como derecho, el Código lo presenta como un deber. En efecto, el

9 La traducción es propia.

10 Código de Ética médica del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de España de 2022, artículo 10.10.

11 Aunque este punto se encuentra recogido en distintos artículos del Código de Ética médica de la Organización Médica Colegial española, destacamos tres de ellos: “El médico en su actuación profesional solo debe emplear procedimientos diagnósticos y terapéuticos que cuenten con base científica” (art. 23.1). “Las prácticas carentes de base científica, las inspiradas en el charlatanismo, las pseudociencias, las pseudoterapias, así como los procedimientos ilusorios o insuficientemente probados, la simulación de tratamientos médicos o quirúrgicos y el uso de productos de composición no conocida son contrarias a la Deontología Médica” (art. 23.2). “El intrusismo y las sectas sanitarias son contrarios a la Deontología Médica. Si el médico tiene conocimiento de que alguien ejerce actos propios de la profesión no siendo médico, debe denunciarlo al Colegio” (art. 23.3).

12 Comitato Nazionale per la Bioetica (1995).

mismo texto afirma que el profesional debe rehusar toda intervención que sea contraria a su conciencia y convencimiento clínico o, en otras palabras, contraria a su conciencia y su ciencia.¹³

En el caso de Portugal, su Código deontológico recoge el instituto con el nombre de *objeción técnica*. Allí se la define como la negativa a someterse a órdenes técnicas de jerarquías institucionales, legales o contractuales que obliguen al médico a obrar o a abstenerse en contra de su opinión técnica.¹⁴ Otros artículos del ordenamiento portugués hacen referencia a esta garantía, partiendo de la independencia profesional. Por ejemplo, el artículo 17º faculta al médico a negarse a realizar cualquier acto o examen cuya indicación clínica considere infundada. El contenido de estas cláusulas se extiende más allá de los pedidos del paciente, alcanzando incluso a solicitudes provenientes de la autoridad. Si bien es sabido que una de las responsabilidades profesionales consiste en prestar colaboración a las autoridades, ello no obsta a que el médico retire su apoyo cuando hubiere una violación grave a la libertad e independencia profesional.

En Bélgica y Luxemburgo,¹⁵ los Códigos deontológicos sostienen que, a excepción de los casos de urgencia o de que se faltare a los deberes de humanidad, el médico puede negarse a atender al paciente por motivos personales o profesionales. Asimismo, reconocen que la libertad de prescripción lo habilita para rechazar los tratamientos que no tienen como antecedente un estado médico que lo justifique. Cuando se presentan estos casos, el facultativo debe ilustrar al paciente acerca de las medidas diagnósticas y terapéuticas que considera convenientes y, en caso de negativa, el profesional queda eximido de su atención. Por ejemplo, en ocasiones, esta objeción puede ser ejercida por los cirujanos cuando las solicitudes carezcan de justificativo clínico suficiente o resulten de una junta médica con la que el profesional disienta, o incluso sean dispuestos por una norma o acto de la autoridad civil.¹⁶ Por último, el Código suizo indica categóricamente que el médico debe rechazar a todo tercero ajeno a su profesión que pretenda imponerle una acción contraria a su conciencia

13 Código Deontológico Médico del Consejo Nacional de la Orden de Médicos de Italia de 2014, artículos 22, 13 y 35.

14 Código de Ética del Consejo Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida de Portugal, aprobado por la Resolución 707/2016, artículos 13 y 92, respectivamente.

15 Código de Ética del Consejo Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida de Bélgica de 2023, artículos 28, 36 y 29, respectivamente. Código de Ética Médica del Consejo Nacional de Ética Médica de Luxemburgo de 2013, artículos 58, 67 y 68.

16 Código de Ética del Consejo Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida de Bélgica de 2023, artículos 49, 145 y 131, respectivamente.

profesional.¹⁷ En todos los casos, el profesional queda clara y legítimamente dispensado de actuar.

Más allá de que los ordenamientos deontológicos europeos han reconocido expresamente la objeción de conciencia, nada obsta que, en ausencia de ella, encontremos otros valores, bienes y principios que lleven a inferirla razonablemente. Desde esta óptica, la objeción de conciencia permite no tornar ilusorios los derechos del profesional y le garantiza:

- a. no enajenar su libertad de criterio e independencia profesional incluso en los equipos de trabajo,¹⁸
- b. obrar según su ciencia y conciencia,¹⁹
- c. prescribir la terapia más adecuada para el paciente según la *lex artis*²⁰ y
- d. evitar el charlatanismo y la medicina complaciente.²¹

5.2 Deontología médica estadounidense

En los Estados Unidos, la American Medical Association ha reconocido que, en determinados supuestos, el profesional debe apartarse de los pedidos del paciente o de la autoridad para no ser éticamente reprochado. Para sostener esta tesis, pueden utilizarse al menos tres argumentos.²² En primer lugar, y de manera general, a partir de la obligación del médico de adaptar el contenido de la norma

17 Código de Ética del Consejo Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida de Suiza, artículo 31.

18 Código de Ética Médica del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de España de 2011, artículo 20.2; Código de Deontología Médica del Consejo Nacional de la Orden de Médicos de Francia de 2006, artículos 5 y 93, Código de Ética del Consejo Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida de Luxemburgo de 2013, artículo 7; y Código Deontológico Médico del Consejo Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida de Italia de 2006, artículo 67.

19 Código de Ética del Consejo Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida de Bélgica de 2023, artículo 32 y Código de Ética del Consejo Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida de Portugal de 2016, aprobado por la Resolución 707/2016, artículo 7.

20 Código de Ética del Consejo Nacional de la Orden de Médicos de Francia de 2006, artículo 8; Código de Ética del Consejo Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida de Luxemburgo de 2013, artículo 10 y Código de Ética del Consejo Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida de Portugal de 2016, aprobado por la Resolución 707/2016, artículo 4.1.

21 Código de Ética del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de España de 2022, artículo 23.2. y Código de Deontología Médica del Consejo Nacional de la Orden de Médicos de Francia de 2006, artículo 50.

22 American Medical Association. Principio III: <https://code-medical-ethics.ama-assn.org/principles>; Opinión 9.7.2.: *Court-Initiated Medical Treatment in Criminal Cases*: <https://code-medical-ethics.ama-assn.org/ethics-opinions/court-initiated-medical-treatment-criminal-cases> y Opinión 1.1.2.: *Prospective patients*: <https://policysearch.ama-assn.org/policyfinder/detail/1.1.2%20Prospective%20Patients?uri=%2FAMADoc%2FEthics.xml-E-1.1.2.xml>.

abstracta en aquellas previsiones que fueran contrarias a los mejores intereses del paciente. En segundo lugar, y en relación con los tratamientos impuestos judicialmente a los reclusos, por deberes cívicos que recaen sobre los profesionales, los cuales nunca pueden contradecir los principios fundamentales de la ética médica. En ciertas ocasiones —según el texto de la norma—, los profesionales se encontrarían habilitados para desobedecer estas instrucciones si se ordenara un tratamiento terapéuticamente ineficaz, como forma de castigo, sin una base científica sólida o incoherente con las pautas de práctica clínica aceptadas a nivel internacional. En tercer lugar, los médicos están facultados a rechazar la atención del paciente, siempre que este último solicite una práctica en la que el profesional resultara incompetente o fuera científicamente inválida o ineficaz.

5.3 Deontología médica latinoamericana

En varios países de Latinoamérica, los códigos deontológicos también recogen la objeción de ciencia. En Argentina, el instituto tiene reconocimiento expreso en los códigos provinciales y en el orden nacional. La definición más completa se contiene en el artículo 64º, inciso 2º del Código de Ética Médica de la provincia de Buenos Aires, en donde se distingue la objeción de ciencia de la tradicional objeción de conciencia.²³ Además de su consagración general, la objeción de ciencia ha sido expresamente legislada para algunas materias en las que el médico debe discontinuar la atención. Por ejemplo, en los casos en que participan médicos funcionarios que deben efectuar prestaciones incompatibles con las obligaciones inherentes al cargo que desempeñan.²⁴

De manera similar, del otro lado del Río de la Plata, los profesionales uruguayos se encuentran facultados para excusarse de la atención cuando un paciente les exige un tratamiento científicamente inadecuado o inaceptable. Esta facultad ha sido reconocida como una verdadera manifestación del derecho de libertad de prescripción médica.²⁵

Del otro lado de los Andes, los médicos chilenos pueden negarse a cubrir prestaciones que se hallen en contra de su convencimiento clínico. Su Código

23 El artículo citado reza: “[l]a objeción de ciencia tiene una protección deontológica al amparo del derecho a la libertad de método y prescripción, siendo diferente de la objeción de conciencia”.

24 Código de Ética Médica del Consejo de Médicos de Buenos Aires de 2018, artículo 94; Código de Ética Médica del Colegio Médico de Santiago del Estero de 2018, artículo 93; Código de Ética Médica del Colegio Médico de Santa Cruz de 2018, artículo 98; Código de Ética Médica de Río Negro, artículo 99; y Código de Ética Médica del Colegio Médico de La Pampa de 2018, artículo 95.

25 Código de Ética Médica de la Asociación de Médicos del Uruguay de 2020, artículo 35.a.

reconoce que, en el marco de un trabajo asistencial colectivo, quien ostenta la dirección del grupo debe aceptar el rechazo de los profesionales a su cargo cuando opusieran una objeción razonada de ciencia o de conciencia.²⁶

Próximos al Caribe, los galenos dominicanos pueden negarse a continuar la asistencia médica si los pacientes o su núcleo familiar no toman las medidas de profilaxis necesarias para garantizar la seguridad de la asistencia.²⁷ De manera similar, en Guatemala y El Salvador los códigos deontológicos permiten que el médico quede dispensado de brindar asistencia a un paciente cuando:

- a. luego de ser correctamente informado, no accediera a someterse a un tratamiento idóneo o le exigiese al médico uno científicamente inadecuado,²⁸
- b. las prestaciones solicitadas no se encuadren dentro de las obligaciones inherentes al cargo²⁹ o
- c. el profesional tuviere razones científicas para apartarse de la práctica de la esterilización o fertilización asistida.³⁰

Además, es posible inferir —a partir de otros derechos y deberes— que la objeción de ciencia es una realidad prevista en los Códigos deontológicos, pues aquella le posibilita al médico:

- a. ejercer su profesión con autonomía e independencia, velando por el bienestar de los pacientes con una atención de calidad científica y humana,³¹
- b. contar con condiciones óptimas para el ejercicio libre de la medicina con imparcialidad y objetividad crítica,³²

26 Código de Ética Médica de Chile de 2017, artículos 20 y 67.

27 Código de Ética Médica de República Dominicana de 2021, artículo 25.

28 Código de Ética Médica de El Salvador de 2022, artículo 21 y Código de Ética Médica de Guatemala de 2021, artículos 32 y 35.

29 Código de Ética Médica de El Salvador de 2022, artículo 37.

30 Código de Ética Médica de El Salvador de 2022, artículo 79 y Código de Ética Médica de Guatemala de 2021, artículo 84.

31 Cfr. Código de Ética Médica de la Asociación de Médicos del Uruguay de 2020, artículo 32.a; Código de Ética Médica de Perú de 2018, artículo 69; Código de Ética Médica de República Dominicana de 2021, artículo 13; Código de Ética Médica de Brasil del Conselho Federal de Medicina de 2019, artículo 104 y Capítulo 2, II; Código de Ética Médica de Chile de 2017, artículo 53; Código de Ética Médica de El Salvador de 2022, artículo 44; Código de Ética Médica de Perú de 2018, artículo 9; Confederación Médica de la República Argentina (2021); Código de Ética Médica de la Confederación Médica de la República Argentina de 2021, artículos 111, 200 y 204; y Código de Ética Médica de Buenos Aires de 2018, artículo 19, entre muchos otros.

32 Código de Ética Médica de El Salvador de 2022, artículo 45; Código de Ética Médica de República Dominicana de 2021, artículo 9; Código de Ética Médica de Brasil del Conselho Federal de Medicina de 2019, Capítulo 2, IV; y Código de Ética Médica de la Asociación Mexicana de Médicos

- c. evitar la intromisión de elementos ajenos a la naturaleza estrictamente médica en la prescripción o diagnóstico³³ y
- d. que ninguna disposición contractual, legal o estatutaria le prohíba ejercer su ciencia correctamente.³⁴

6. Reconocimiento legal

Además del reconocimiento que encontramos en los ordenamientos deontológicos, algo semejante es predicable del legal-normativo. Este derecho-deber puede extraerse de la misma letra de la norma y de lo razonablemente implícito en ella. Con ocasión del dictado de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, los Estados se comprometieron a tomar las medidas necesarias para favorecer el libre ejercicio intelectual y material de la actividad científica.³⁵ Por su parte, la UNESCO recomendó estimular las condiciones necesarias para generar una elevada calidad científica y aconsejó tomar las medidas adecuadas para garantizar la plena libertad intelectual y proteger el juicio profesional independiente de toda influencia indebida.³⁶ A su turno, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), respecto a los trabajadores en relación de dependencia, ha reconocido que quienes brindan un servicio de salud deben gozar de plena independencia para llevar a cabo sus funciones, tanto frente a su empleador como a los trabajadores y sus representantes.³⁷

En el caso de España, la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias declara el principio de ejercicio técnico y científicamente libre,³⁸ al tiempo que la Ley 41/2002 limita la autonomía del paciente en los casos que resulte con-

de 2019, Sección 2, artículos 15 y 16.

33 Código de Ética Médica de Perú de 2018, artículo 85; Código de Ética Médica de Brasil del Conselho Federal de Medicina de 2019, artículo 20; Código de Ética Médica de Córdoba de 2020, artículo 81; Código de Ética Médica de Misiones de 2020, artículos 21 y 108; Código de Ética Médica de Salta de 2020, artículo 21; Código de Ética Médica del Consejo Argentino de Oftalmología de 2019, artículo 48 *in fine* y Código de Ética Médica de la Confederación Médica de la República Argentina de 2021, artículo 119 *in fine*.

34 Código de Ética Médica de Brasil del Conselho Federal de Medicina de 2019, artículo XVI.

35 Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, artículos 14 y 15.

36 Cfr. United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (1974). Recomendación de la UNESCO relativa a la situación de los investigadores científicos, artículo 16° inciso a) apartado i). <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000032484>.

37 Convenio 161 sobre los servicios de salud en el trabajo de la Organización Internacional del Trabajo, artículo 10.

38 Ley 44/2003 de 21 de noviembre, artículo 4.7 [España].

traría a un deber deontológico.³⁹ Otro ejemplo es la Ley de Medicamento, que establece la excepción “por causa justificada” a la obligación del farmacéutico de dispensar productos catalogados como medicamentos;⁴⁰ la doctrina ha entendido que, dentro de estas razones, se encontrarían aquellas motivadas por el criterio profesional. De la misma manera, ya la Ley 23 de 1981 establecía en su artículo 6° que el “médico rehusará la prestación de sus servicios [...] cuando existan condiciones que interfieran el libre y correcto ejercicio de la profesión”.

En el ordenamiento doméstico, la objeción de ciencia aparece de manera implícita. Por un lado, la vemos recogida —constitucional y convencionalmente— como derecho no enumerado derivado de la libertad de actuación médica y, mediatamente, anclada en el derecho de trabajar.⁴¹ Aunque no se encuentre expresamente legislada, resulta un epifenómeno necesario de la libertad de actuación, pues garantiza su contenido esencial, preservándola con una estructura jurídica idónea. Por el otro, además de las prohibiciones de la Ley 17132,⁴² la hallamos en la habilitación del artículo 29° de la Ley de Salud Mental. Allí se indica que, en caso de que se produjeran irregularidades en un tratamiento y redundaran en un trato indigno, inhumano o una limitación indebida a la autonomía del paciente, el profesional que ha tomado conocimiento no se exime de responsabilidad con la mera comunicación al superior; al contrario, será réprobo si, habiendo comunicado a su superior la situación irregular, permitiera que aquella persistiera. Como se evidencia con este caso, frente a una instrucción del superior, el profesional se vería obligado a denunciar y suspender la tarea so pena de incurrir en responsabilidad. Algunos ordenamientos locales también han reconocido esta facultad en cabeza de los médicos.⁴³

7. Otros institutos jurídicos semejantes a la objeción de ciencia

En el amplio campo de la ciencia jurídica conviven institutos de distinta naturaleza que se relacionan, en mayor o menor medida, con modos de objeción

39 Ley 41/2002 de 15 de noviembre, artículo 9.6 [España].

40 Ley 29/2006 de 26 de julio, artículo 108 [España].

41 La objeción de ciencia adopta una trascendencia especial en la medicina, pero su fuerza expansiva —fundada en la libertad de trabajar y ejercer toda industria lícita— alcanza a todo juicio realizado por un profesional en el ámbito de su competencia técnica.

42 Ley 17132, artículo 29, incisos 4 y 7 [Argentina].

43 Por ejemplo, el Decreto Ley 327/63 de la provincia de Salta establece en su artículo 141 que “[t]odo profesional debe tener el derecho de ejercer y recetar libremente, de acuerdo con su ciencia y conciencia”.

al ordenamiento vigente. Entre ellos encontramos: la desobediencia civil, la resistencia activa, la pseudo-objeción y la cripto-objeción, entre otros.

Como se verá, la objeción de ciencia guarda similitudes con muchos de ellos, aunque mayores son sus diferencias. El parecido de los institutos puede llevarnos erróneamente a equiparar realidades que poseen una esencia distinta, tratándolas de manera semejante.

A fin de evitar este yerro y dar mayor claridad a la exposición, abordaremos cada una de ellas comparándolas con el concepto que proponemos.

7.1 La objeción de ciencia y la resistencia al orden jurídico

En primer lugar, la objeción de ciencia podría abordarse como una especie de resistencia al orden jurídico vigente. Sin ingresar en la discusión sobre la licitud de las conductas de resistencia activa y desobediencia civil, cabe hacer una mención de ellas por su estrecha vinculación con el instituto que exponemos. Naturalmente, ambas consisten en un comportamiento material, una actuación humana exterior en repudio de una norma. Sin embargo, se diferencian en cuanto a la finalidad y el modo.

En cuanto a la finalidad, a diferencia de la desobediencia civil y la resistencia activa, la objeción de ciencia no busca alterar el ordenamiento jurídico. La actuación del profesional que rechaza por razones técnicas una norma no pretende la abolición de un determinado ordenamiento jurídico, ni siquiera de la norma cuestionada. En otras palabras, el *telos* de la objeción de ciencia no responde a un móvil político. Al contrario, la finalidad del objetor consiste en cumplir los deberes de su cargo y posición, los cuales exigen aplicar la ciencia correcta para el caso concreto.

En cuanto al modo, la objeción de ciencia se distingue más aún de la resistencia activa que de la desobediencia civil. En efecto, el ejercicio de la objeción de ciencia nunca es violenta (característica propia de la resistencia a la ley), sino racional y pacífica. Esta característica permite distinguirla de la resistencia activa, pero no de la desobediencia civil, la cual también se expresa a través de una insumisión pacífica. Sin embargo, la objeción de ciencia se diferencia de ambos institutos por su carácter individual. Mientras que las manifestaciones de resistencia a la ley (como la activa o la desobediencia civil) son de suyo colectivas, la objeción de ciencia puede ejercerse de manera individual.

Más allá de lo dicho hasta aquí, la objeción de ciencia, a diferencia de la resistencia al ordenamiento en general, importa una actividad racional y pro-

porcional al caso médico. No sucede así con las formas de resistencia, pues para estos últimos supuestos, el Estado de derecho prevé otros mecanismos para su corrección.

7.2 La objeción de ciencia y la pseudo-objeción

En segundo lugar, nuestro concepto podría abordarse como una pseudo-objeción. En ambos casos, resulta una actuación material consistente en el rechazo por parte del profesional a tratamientos que le son exigidos. Sin embargo, la pseudo-objeción se diferencia por su causa.

Como se ha visto, la objeción de ciencia refiere a la negativa de un profesional sanitario a participar en una práctica médica o a brindar un tratamiento que va en contra de su criterio profesional. Este tipo de objeción debe estar respaldado por motivos técnicos y científicos. La pseudo-objeción ha sido definida como aquella que surge cuando el profesional decide no realizar determinada práctica terapéutica y se escuda tras un sustento falso (Aristizábal Franco y Herrera Muñoz, 2020). Es decir, se niega a participar en una práctica médica que, bajo la apariencia de una objeción de ciencia o de conciencia, encubre motivos personales, políticos o de otra índole.

Evidentemente, este tipo de objeciones tienen un antecedente de hecho erróneo y, en la práctica, encubren una mala medicina. En las condiciones reseñadas, la actitud del profesional estaría contrariada con la *lex artis*, generando situaciones embarazosas y dejando sin atención al paciente. La doctrina ha dicho que, en este caso, el profesional no ejerce una objeción legítima, sino que más bien se trataría de una objeción simulada que encubriría un deber, con un motivo desconocido para el paciente (Gracia, 2014). En el caso de la objeción de ciencia, sucede exactamente lo opuesto. A diferencia de la pseudo-objeción, la de ciencia se sustenta en un antecedente de hecho auténtico, el cual puede contrastarse con la *lex artis ad hoc*.

Asimismo, la finalidad de la objeción de ciencia no puede ser más distinta. Mientras la primera busca realizar una práctica médica auténtica y correcta, ajustada a la evidencia vigente, la segunda encubre modos anormales de ejecutar la prestación médica. Mientras la objeción de ciencia busca aplicar con corrección el valor científico, la pseudo-objeción corrompe la relación comparativa entre la *praxis* médica y el caso concreto. Muchas veces, esta objeción anómala permite enmascarar al profesional que rechaza a un paciente por criterios de conveniencia personal u oportunismo. Nada más distante de nuestro

concepto que pretende justificar su actuación con fundamento en la discrepancia científica.

7.3 La objeción de ciencia y la cripto-objeción

En tercer lugar, la objeción de ciencia podría asimilarse a la cripto-objeción. Siguiendo la línea argumental anterior, ambas redundan en una actuación material consistente en la negativa del profesional. Ahora bien, si la pseudo-objeción se distinguía por la causa, esta se distingue por el modo.

La cripto-objeción ha sido definida como aquella que aparece cuando se ignoran los motivos de la oposición (Aristizábal Franco y Herrera Muñoz, 2020). Se trataría de negativas desconocidas o mudas, justificadas en motivos ignotos, no exteriorizados por el profesional. En estos casos, quien objeta no lo hace abiertamente, aunque en su comportamiento pueden identificarse elementos mínimos de una objeción genuina. Por estos motivos, algunos autores se han referido a esta objeción con el calificativo de encubierta (Gracia, 2014). Sin necesidad de abordar casos concretos, la cripto-objeción, al no exteriorizar los motivos que llevan a objetar, priva al paciente de información relevante para su estado de salud. Esta conducta, como hemos visto, se muestra a todas luces incompatible con un correcto ejercicio de la libertad de actuación médica. A diferencia de ella, la objeción de ciencia exige exteriorizar los motivos que justifican la negativa. Esta última es un acto abierto y honesto, basado en el propio criterio a la luz de la evidencia, mientras que la cripto-objeción es una forma de acción basada en la negativa a participar en una práctica que se considera cuestionable, pero que se lleva a cabo discretamente.

7.4 La diferenciación con la tradicional objeción de conciencia

Como se ha visto precedentemente, en el campo de la bioética y las ciencias de la salud existe cierta tendencia a diferenciar la objeción de ciencia médica de la tradicional objeción de conciencia (Barreiro y Soriano, 2022). Con acierto se ha dicho que la objeción de ciencia puede ofrecer una vía alternativa para la defensa legal de los profesionales sin tener que invocar una objeción de conciencia (De la Fuente Hontañón, 2009; Morales Guzmán Barón, 2008; Rodríguez Martín, 2011; Sapag-Hagar, 2009). Por la cercanía que poseen ambos institutos, vemos conveniente dedicar un apartado especialmente extenso para analizar la diferenciación.

7.4.1 Consideraciones previas

Desde el conocimiento intuitivo, podría sostenerse que el médico, cuando lleva adelante un tratamiento con el que disiente técnicamente, sufre una afectación a su libertad y, en última instancia, a su conciencia. Ciertamente, esta afirmación es razonable, pues en materia profesional el juicio técnico-científico integra y condiciona el juicio ético-prudencial. Por ejemplo, el médico sabe que luego de aplicar una determinada dosis de *bromuro de potasio* por vía intravenosa se producirá la muerte del paciente. El conocimiento de este efecto directo y no querido determina la elección ética del profesional. Así, condicionado el juicio técnico-científico, quedaría afectado el juicio ético-prudencial y, con ello, habilitada —al menos *prima facie*— la objeción de conciencia. Esta idea ya ha sido criticada por Albert (2013). La autora sostiene que sería un claro reduccionismo analizar todo conflicto entablado entre médico y paciente como un conflicto entre conciencias. Con meridiano sentido práctico, afirmó que a nadie se le ocurriría invocar una objeción de conciencia si un paciente pide practicarle una intervención de apendicitis sin anestesia. De manera similar, el Comité de Bioética de España (2021b) expresó en su día que “la objeción de conciencia no es el lugar adecuado para resolver los conflictos derivados de las controversias científicas, técnicas y profesionales” (p. 13). Más recientemente, López Guzmán (2022) recordó que, en sus escritos, Herranz diferenciaba la objeción de conciencia de la científica y exhortaba a precisar los casos donde podían ofrecerse alternativas sobre bases estrictamente científicas de aquellos en donde no era posible.

Como se verá a continuación, más allá de la discusión ética, las diferencias en el plano jurídico parecen justificar un tratamiento independiente de la objeción de ciencia (López Guzmán, 1997), aunque en algunos supuestos sea posible plantear ambas (Manzano Salcedo, 2011; Ojeda Rivero, 2012).

7.4.2 Diferencias sobre el fundamento jurídico

En su conversación con *Nomos*, Hervada (1994) explicaba de una manera amable y plástica que las libertades de conciencia, de pensamiento y de religión, a pesar de tratarse de realidades similares, eran bien distintas. En efecto, sostenía que la libertad de pensamiento recaía sobre los conceptos, opiniones, hipótesis o teorías, mientras que la religiosa protegía conductas y ritos, así como proposiciones teóricas o morales, que se presentan como derivación necesaria de un ideario religioso (Padilla, 2006). En contraposición, un rasgo fundamental

de la conciencia era la capacidad de juzgar la acción singular y concreta, a diferencia de los supuestos anteriores, cuyo ejercicio implicaba una deducción de enunciados generales religiosos o ideológicos (Hervada, 1994). En esa conversación, el profesor español reconocía —y lamentaba— que los doctrinarios, los tribunales y los mismos textos normativos habían tratado estos conceptos de manera análoga, generando confusión en los operadores jurídicos.

Desde la filosofía, coincidimos con Hervada (1994) en que la libertad de conciencia es el antecedente último de las objeciones de ciencia y de conciencia. En ambos casos, el profesional ejerce un juicio singular y concreto de la razón práctica que le ordena hacer o abstenerse de una conducta, sea a partir de razones técnico-científicas o ideológico-religiosas. Desde esta perspectiva, es obligado reconocer que la libertad de conciencia es su antecedente íntimo y fundamental. No obstante, considerar esta libertad de manera aislada resultaría insuficiente e incompleto para desarrollar el análisis jurídico. Parecería necesario analizar cómo se especifica la libertad de conciencia a través de otros bienes, pues —en línea con Albert (2013)— si todos los rechazos voluntarios tienen como antecedente un juicio de la conciencia, la clave de bóveda estará dada por los bienes que informan el contenido de esa libertad. A este respecto, existe un consenso generalizado entre los autores sobre el fundamento de la objeción de conciencia, el cual reposaría en la libertad de pensamiento y de religión (Agulles Simó, 2015; Aparisi Miralles y López Guzmán, 2006; Barrero Ortega, 2005; Martín de Agar, 1995; Navarro Floria, 2004, entre muchos otros).⁴⁴ En contraposición, la objeción de ciencia no se justificaría a partir de ellas, sino desde la libertad de prescripción médica derivada del ejercicio profesional (Rodríguez Lainz, 2016b, 2017; Souto Paz, 1995). En honor a la verdad y en memoria del autor citado, consideramos más acertado sostener que ambas proceden de una misma fuente primaria —la libertad de conciencia—, la cual se especifica a través de otras libertades que informan su objeto. Así, las fuentes de ambas objeciones son distintas, en la medida en que la primera se halla en la libertad de prescripción; y la segunda, en las de pensamiento y religión. En el caso de la objeción de ciencia, son las razones de tipo profesional —los argumentos científicos o técnicos— los que permiten preservar la opinión del médico frente a otros colegas o instancias. En cambio, como sostienen Díez Fernández (2012) y Aparicio Aldana (2017), es el sistema ideológico o de creencias del médico lo

44 Resolución 1989/59 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU; Resolución 1995/83 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU; Resolución 1998/77 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU; Resolución 1987/46 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU.

que justifica la objeción de conciencia a lo indicado por el colega, el paciente o la autoridad. Esta diferencia también se advierte en su disposición constitucional, pues se apoyan en preceptos independientes: mientras la objeción de conciencia se justifica con eminencia en la libertad de cultos e intimidad; la de ciencia, en la libertad de prescripción y autonomía profesional.⁴⁵

7.4.3 Diferencia sobre el contenido de las normas en conflicto

Antiguamente, se afirmaba que los casos de objeción de conciencia manifestaban un conflicto entre dos órdenes: uno moral y otro legal. Aunque algunos autores contemporáneos insisten en esta tesis (Neira y Szmulewicz, 2006), parecería más adecuado sostenerla en ordenamientos que no reconocen de manera expresa ni implícita el derecho a objetar por razones de conciencia. Más recientemente, otros autores han considerado que, cuando el ordenamiento reconoce la objeción de conciencia u otras libertades asimilables, estrictamente lo que se presenta es un conflicto entre normas, que se resuelve a partir de las reglas de la hermenéutica jurídica y, en última instancia, la prudencia judicial (Albert, 2014; Asiain, 2013; García Amado, 2012). Esta nueva visión muestra que el aparente conflicto no se produce entre dos pretensiones de naturaleza distinta, sino jurídicas. De esta manera, tanto en la objeción de ciencia como en la de conciencia —por su reconocimiento legal y deontológico—, el conflicto se da entre normas. En ambos casos, la colisión se verifica entre el mandato objetado y el derecho a la libertad de religión e ideológica o la libertad de actuación médica.

A pesar de que las objeciones reconocen este conflicto entre normas jurídicas, la diferencia radica en su contenido, pues en un supuesto se trata de una colisión de deberes y, en otro, entre un derecho y un deber. En el caso de la objeción de ciencia, el ordenamiento les impone a los profesionales un deber expreso de obrar conforme a la evidencia científica con independencia profesional y finalidad terapéutica. Estos deberes tienen su fundamento en la calidad de la atención médica en beneficio del paciente y le exigen al profesional rechazar aquello que le es impuesto en contra de su criterio. Por el contrario, en los casos de objeción de conciencia, no hay un deber antecedente que exija objetar, sino una libertad protegida, es decir, la facultad de ejercer libremente un derecho humano. Eventualmente, para el objetor existirá un deber moral, mas no una exigencia jurídica.

45 Constitución de la Nación Argentina, artículos 14 ap. 7, 19, 20 ap. 4 y 75.19 *in fine*. Asimismo, Constitución Española, artículos 16 y 36.

No desconocemos que Albert (2014) afirma, con sustento en jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en algunos casos de objeción de conciencia pareciera existir un deber de objetar al mandato recibido.⁴⁶ Sin embargo, no es menos cierto que esas situaciones representan casos excepcionales y, en la mayoría de las objeciones, se plantea una discrepancia entre lo ordenado y una libertad reconocida, mas no un deber en conciencia.

7.4.4 Diferencia sobre los derechos y sujetos protegidos

Conforme se profundizará, la objeción de ciencia busca garantizarle al profesional el ejercicio de la libertad de prescripción médica. Junto a este fin primario, existe una finalidad más interior y principal consistente en la protección de la vida y la salud del paciente. La objeción de conciencia, en cambio, parece proteger una dimensión distinta de la libertad: la religiosa e ideológica. Esta diferencia no es menor, pues los sujetos y bienes protegidos son distintos. Mientras la objeción de conciencia protege al profesional, titular del derecho a la libertad ideológica y se agota en la defensa de la moralidad individual (Martínez León y Rabadam Jiménez, 2010), la objeción de ciencia proyecta sus beneficios directamente sobre el paciente. En la objeción científica, el profesional asume una posición de garante frente al paciente, que se encuentra respaldada por su idoneidad técnica, sus conocimientos especializados y la confianza depositada en el marco de la alianza terapéutica. A diferencia de ello, en la objeción de conciencia, el objetor no busca *prima facie* la protección del sujeto destinatario, sino la defensa de su sistema de creencias o valores.

7.4.5 Diferencias sobre la legitimidad del mandato objetado

Algunos autores han afirmado que la objeción de conciencia ha sido concebida como facultad de eximirse frente a una norma que impone, *prima facie*, un deber legítimo (Comité de Bioética de España, 2021a), frente a lo que Simón Yarza (2014) denomina una “presunción conceptual de la legitimidad del mandato objetado” (p. 161). Desde esta mirada, y como sostienen Navarro-Valls y Martínez-Torrón (1997), la objeción de conciencia consistiría en una negativa frente a una conducta que, en principio, sería jurídicamente exigible. Acciones como izar una bandera, enlistarse

46 Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª), *Caso Polednová v. República Checa*, de 21 de junio de 2011 y (Sección 1ª), *Caso KHW v. Alemania*, de 22 de marzo de 2001, párrafos 75, 76 y 104.

en el ejército, trabajar un día festivo no parecen flagrantemente irrazonables. Esto no obsta que el Estado, consciente de la pluralidad axiológica, permita el incumplimiento de aquellos que se sientan agraviados por estas acciones. Para evitar invadir con violencia el fuero íntimo, la autoridad ha querido dotar a las minorías de una herramienta que les permita desobedecer el mandato recibido.

En el caso de la objeción de ciencia, el instituto parte de una realidad distinta: ella no responde a una norma, *prima facie*, legítima. Al contrario, la norma objetada resulta irrazonable, pues impone una estrategia terapéutica inadecuada según el criterio profesional que este último no puede conceder. Como sostienen Montero Vega y González Araya (2011),

el deber deontológico da al profesional cobertura suficiente, de modo que sea capaz de conseguir que no nazca para él el deber jurídico que le obligaría a actuar de forma contraria a su ciencia y, por tanto, no lleguemos a estar ante un caso de objeción de conciencia. (p. 123)

Esta circunstancia tiene una importancia capital, pues estrictamente no existiría un deber jurídico de obrar y una excepción singular a ese deber.⁴⁷

7.4.6 Diferencia sobre la interpretación

En el análisis comparativo de las objeciones, pareciera corresponder una interpretación más amplia y benigna para la objeción de ciencia que la de conciencia. Uno de los motivos radica en la naturaleza de la norma objetada. Como la objeción de ciencia procede contra actos presuntamente ilegítimos, al momento de juzgar el ejercicio de la objeción, la carga de probar la legitimidad de la norma debería invertirse. Al solicitar la exención, no es el médico quien tiene que justificar el rechazo de una norma legítima, pero singularmente dispensable; por el contrario, es la autoridad quien debe motivar más la elección del medio y probar que no existen otros alternativos y más eficaces para lograr el cometido público. Puede afirmarse que, estrictamente, quien objeta es el paciente o la autoridad, pues su solicitud contraría la evidencia científica o los fines de la medicina. De este modo, quien solicita la terapia debe probar que su decisión contraria a la ortodoxia científica es la correcta.

47 Debe decirse que parte de la doctrina afirma la postura opuesta. En Argentina, por ejemplo, se ha sostenido que la objeción puede invocarse contra una norma “incuestionable en sí misma” o contra leyes injustas (Sambrizzi, 2021). Un diálogo racional sobre la cuestión excede la brevedad de este trabajo.

La fundamentación de la objeción podrá ser más o menos intuitiva para el profesional según los casos que se le presenten. En aquellos en los que la causa resulte de la aplicación directa o lógicamente derivada de una norma deontológica explícita, contará con mejores elementos para justificar su objeción, bastándole invocar la norma para acreditar la sinceridad y seriedad de su actuación. En aquellos en los que el rechazo resulte de una decisión prudencial entre distintos medios disponibles, deberá acompañar otros elementos de convicción para demostrar que su criterio científico es razonable y redundante en mayores beneficios para el paciente. De cualquier manera, tratándose de una institución novedosa, como tantas otras en la realidad jurídica, el alcance de su interpretación se irá explicitando ante desafíos concretos.

7.4.7 Diferencia sobre el deber de exteriorizar los motivos

La sinceridad es otro elemento indispensable para verificar la veracidad en el ejercicio de la objeción de ciencia. Este requisito resulta relevante en la objeción de conciencia, pues, de no serlo —como sostiene el TEDH—, la protección de esta libertad y el consecuente reconocimiento de la objeción se verían comprometidos e incluso podrían rechazarse.⁴⁸ La actual discusión radica en el modo en que dicha sinceridad debe acreditarse.

Hemos sostenido que los motivos para justificar el comportamiento del objeto resultan distintos. En la objeción de conciencia, las razones a las cuales acude el profesional configuran su ámbito de reserva e intimidad. En cambio, en la objeción de ciencia apela a aspectos contrastables, técnicos y científicos que configuran su esfera profesional (Mondragón Barrios, 2016; Tomás y Garrido y Sánchez Fideli, 2009; Sambrizzi, 2021).

Aunque el debate persiste, algunos autores sostienen que, en los casos de objeción de conciencia, no hay deber de exteriorizar los motivos que llevan a tomar la decisión (Didier, 2012, 2015; Durany Pich, 1998). El argumento principal para justificar esta conducta reside en el respeto del fuero interno del objeto, al cual no puede exigírsele una exposición pública sin verse violentado.⁴⁹ En este mismo sentido, Gascón Abellán (1990) y Prieto (2012) afirman que fiscalizar la sinceridad de los motivos devendría en una intromisión indebida en la conciencia y en la intimidad del objeto.⁵⁰

48 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Arrowsmith v. United Kingdom*, de 12 de junio de 1979.

49 Constitución española, artículo 16.2 y Constitución de la Nación Argentina, artículo 19.

50 Sentencia de la Corte Constitucional, T-388/2009, de 28 de mayo, n. 5.1. [Colombia].

En la objeción de ciencia, se impone el caso opuesto. En primer lugar, debido a que el contenido de las objeciones parte de supuestos distintos: mientras que la objeción de conciencia se apoya en el sistema de valores y principios más profundos e íntimos de la persona, la de ciencia se justifica en elementos de conocimiento público. Los fundamentos técnicos por los cuales se objeta una determinada práctica terapéutica se encuentran en el patrimonio colectivo de la comunidad científica. Esta circunstancia refrenda la idea de que ningún profesional puede invocar estos criterios como elementos integrantes de su fuero personal.

En segundo lugar, las proyecciones de cada objeción sobre el paciente son distintas. En la objeción de conciencia, los motivos resultan —en términos generales— irrelevantes para aquél. El interés que tenga sobre las convicciones ideológicas o religiosas del profesional puede responder a causas ajenas a la finalidad terapéutica que motiva la relación. En el caso de la objeción de ciencia, la información que justifica la negativa es esencial para el paciente en vistas a su consentimiento informado. En la objeción de ciencia, el juicio de razonabilidad terapéutica debe darse a conocer a todos aquellos a los que podrían derivarse los efectos directos de la decisión. El paciente tiene derecho a una opinión técnica sobre su estado clínico y el silencio del profesional le privaría de información relevante sobre su estado de salud y los potenciales riesgos a los cuales se expone.

En tercer lugar, a diferencia de lo que sucede en la objeción de conciencia, en los casos de objeciones científicas el profesional debe informarles al paciente y a las autoridades de todo ejercicio contrario a la medicina y siempre que su opinión técnica e independiente se encontrare restringida. La exteriorización de los motivos que llevan a objetar, a partir de elementos científicos contrastables, permiten hacer pública la autenticidad de la negativa. Asimismo, corre el velo de falsas objeciones que, bajo la apariencia de una conducta, encubren otras espurias. Esta situación beneficia la racionalidad del sistema de salud y evita que se invoque la objeción “como treta para verse libre de trabajos poco atractivos” (Pastor García, 1993, p. 107).

En cuarto lugar, como la objeción de conciencia es un derecho humano,⁵¹ ampara la conciencia errónea (Álvarez, 2011). Con esta idea, carece de motivación que la autoridad contraste los argumentos de conciencia del profesional al rechazar un determinado deber. En estos casos, siguiendo a Navarro-Valls,

51 Somos de la idea que la objeción de ciencia resulta un elemento del contenido esencial de la libertad de actuación médica. Tratándose esta libertad de un derecho humano, y permitiéndonos en esta instancia una simplificación, lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

el Estado resulta incompetente para valorar las motivaciones que mueven al objetor. Por el contrario, en la objeción de ciencia, la autoridad debe verificar su contenido para juzgar si es efectivamente correcto. Es decir, el Estado, a través del órgano especializado de contralor (v.gr., el colegio profesional), puede y debe controlar su correcto ejercicio.

Como es de esperar, la sinceridad del objetor debe probarse por algún medio a fin de evitar que conductas antisociales se equiparen a una sincera objeción. Como se verá a continuación, esta exigencia puede satisfacerse a través de la prestación sustitutoria.⁵²

7.4.8 Diferencias en cuanto al deber de brindar una prestación sustitutoria

Parecería que una objeción fundada en la conveniencia o la ventaja injustificada no deberían ser tuteladas por el ordenamiento. Toda objeción que justifique la insumisión a la autoridad a partir del interés egoísta, la conveniencia personal o el capricho es de suyo reproachable y antisocial.

Hemos visto recién que, a diferencia de la objeción de conciencia, la exteriorización de los motivos que llevan al sujeto a objetar *en ciencia* resulta obligatorio. Algunos autores sostienen que, en los casos de objeción de conciencia, la prestación sustituta es fundamental para manifestar exteriormente la honestidad y delicadeza de conciencia del objetor preservando su fuero íntimo. Como la objeción de conciencia habilita —desde nuestra óptica— a desobedecer un mandato, *prima facie*, legítimo, la negativa afecta necesariamente el principio de igualdad. Esta circunstancia trae consigo un mayor deber de soportar las cargas que impone su condición, las cuales, si son razonables, deben considerarse legítimas. Además, en la medida en que resulte proporcional al deber eximido, se muestra como un gravamen justo, pues compensa la omisión en garantía de igualdad.⁵³

Por el contrario, en relación con la objeción de ciencia, no parece razonable imponer un sacrificio especial a los profesionales por el cumplimiento del deber, en tanto la norma objetada resulta *prima facie* ilegítima. Es más, en la objeción de ciencia parecería desproporcionado imponer un gravamen por el cumplimiento del deber, ya que el correcto ejercicio de la medicina y denunciar la mala ciencia se encuentran dentro de las obligaciones profesionales.

52 Algunos autores han criticado esta solución justificados en la afectación del principio de igualdad.

53 Navarro Floria (2004, p. 25) sostiene que hay deber de prestación sustitutoria cuando la norma es válida, mas no existe deber de prestarla cuando aquella es inválida.

Conforme se infiere, la exteriorización de los motivos, su contrastación y el estudio de la sinceridad corresponden en la objeción de ciencia. Por tanto, no tiene sentido hablar de prestación sustitutoria, pues el profesional no debe demostrar con ello la sinceridad de su actuación, sino aplicar lo que considera científicamente probado. Así, exigido el deber de manifestar externamente los motivos del rechazo, la prestación sustitutoria se torna innecesaria.

8. Recapitulación y palabras finales

Habiendo realizado un trabajo previo de mayor extensión sobre esta materia y tratándose de una cuestión de gran trascendencia para la medicina y el derecho, hemos visto conveniente hacer una síntesis a fin de esclarecer el misterio que envuelve este concepto y los diversos tratamientos que ha recibido por parte de los autores. Esperamos que, luego de esta lectura, quede patente cómo la objeción de ciencia

- a. es un instituto harto estudiado por las ciencias de la salud, la bioética y el derecho, pero, aun así, conserva una misteriosa novedad,
- b. goza de reconocimiento expreso e implícito en los ordenamientos deontológicos y legales en las más diversas latitudes del orbe y
- c. muestra autonomía científica, distinguiéndose de otros institutos como la pseudo-objeción, la cripto-objeción y la tradicional objeción de conciencia.

Por último, luego de haber repasado los aportes de la bioética, las ciencias de la salud y el derecho, nuestras críticas, el análisis de los distintos órdenes legales y deontológicos, así como los elementos que se desprenden de su definición, nos gustaría hacer dos últimas apreciaciones más libres y personales sobre este instituto.

En primer lugar, que la objeción de ciencia conserva lo más valioso de dos culturas aparentemente irreconciliables entre sí. Por un lado, es auténticamente moderna, pues se centra en la razón científica, elemento clave de la modernidad. Por el otro, puede decirse que está *aggiornada*, que es posmoderna, pues atiende a situaciones singulares y concretas, a la individualidad del profesional, a su juicio técnico subjetivo. Desde esta perspectiva, al defender la singularidad del criterio médico, fundado en elementos objetivos y contrastables, la objeción de ciencia permite mantener siempre vigente las conquistas que nos obtuvo la pionera modernidad dándoles a cada médico y paciente un rostro humano.

En segundo lugar, es una institución latente en todo ordenamiento occi-

dental y este breve artículo ha pretendido sistematizar su dispersión, darle visibilidad y *status* jurídico propio, como concepto novedoso y de vanguardia. Convivimos con ella desde hace años sin darnos cuenta y buscamos su amparo inconscientemente. En el marco de un Estado de derecho constitucional, su reconocimiento expreso resulta necesario e inexorable.

Bibliografía

- Abellán García Sánchez, F. (2016). *Manual bioético-legal de consultas en salud sexual y contracepción*. Sociedad Española de Contracepción. https://hosting.sec.es/descargas/Manual_Bioetica.pdf.
- Academia Nacional de Medicina. (2024). Libertad de actuación y objeción de Ciencia. *Declaración sobre Libertad de actuación profesional y objeción de ciencia médica*. <https://anm.edu.ar/libertad-de-actuacion-y-objecion-de-ciencia/>.
- Agulles Simó, P. (2006). *La objeción de conciencia farmacéutica en España*. Edizioni Università della Santa Croce.
- Agulles Simó, P. (2015). Objeción de conciencia. En Miranda Montecinos, A. y Contreras Aguirre, S. (Eds.), *Problemas de Derecho Natural* (pp. 613-639). Thomson Reuters.
- Albert, M. (2013). *Libertad de conciencia*. Digital Reasons.
- Albert, M. (2014). *Libertad de conciencia. El derecho a la búsqueda personal de la verdad*. Palabra.
- Altisent Trota, R. y Rubio Montañez, M. (2010). Objeción de conciencia, una cuestión a debate. *Formación Médica Continuada en Atención Primaria*, (17), 671-676.
- Álvarez, I. (24 de febrero de 2011). *Objeción de conciencia y dignidad de la persona. Entrevista realizada a Rafael Navarro-Valls*. Zenit. <https://es.zenit.org/2011/02/24/la-objecion-de-conciencia-y-la-dignidad-de-la-persona-i/>.
- Aparicio Aldana, R. K. (2017). Derecho de objeción de conciencia del personal médico y aborto. Análisis de una propuesta legislativa y de una sentencia del Tribunal Constitucional de España. *Prudentia Iuris*, (83), 331-346.
- Aparisi Miralles, A. y López Guzmán, J. (2006). El derecho a la objeción de conciencia en el supuesto del aborto. De la fundamentación filosófica a su reconocimiento legal. *Persona y Bioética*, (10), 35-51.
- Aristizábal Franco, L. E. y Herrera Muñoz, G. (2020). *Bioética para el Siglo XXI. Entendiendo el devenir histórico*. Editorial de la Universidad Libre Pereira.
- Asiain, C. (2013). Comentarios al proyecto de ley de reconocimiento de la libertad de conciencia y de ideario. *Revista de Derecho*, (22), 11-24.
- Asociación de Bioética Fundamental y Clínica. (2014). *Revista bioética y el arte de elegir* (2ª ed.).
- Barreiro, P. y Soriano, V. (2022). *Coloquios de Ética Médica*. Biblioteca Online.
- Barrero Ortega, A. (2005). Libertad religiosa y deber de garantizar la vida del hijo. (A propósito de la STC 154/2002, de 18 de julio). *Revista Española de Derecho Constitucional*, (75), 325-356.
- Casasnovas, L. C. (2021). Ley de Eutanasia y objeción de conciencia. *Revista Atalaya Médica Turense*, (20), 5-6.

- Comitato Nazionale per la Bioetica. (1995). *Le Vaccinazioni*. https://bioetica.governo.it/media/1906/p20_1995_vaccinazioni_it.pdf.
- Comité de Bioética de España. (2011). *Opinión del Comité de Bioética de España sobre la Objeción de Conciencia en Sanidad*. <https://comitedebioetica.isciii.es/wp-content/uploads/2023/10/La-objecion-de-conciencia-en-sanidad.pdf>.
- Comité de Bioética de España. (2021). *Informe del Comité de Bioética de España sobre la objeción de conciencia en relación con la prestación de la ayuda para morir de la ley orgánica reguladora de la eutanasia*. <https://comitedebioetica.isciii.es/wp-content/uploads/2023/10/Informe-CBE-sobre-la-Objecion-de-Conciencia.pdf>.
- Consejo Europeo de las Profesiones Liberales. (2014). *Common values of the liberal professions in the European Union*. https://www.clge.eu/wp-content/uploads/2007/10/ceplis_common_values_jun_07.pdf.
- De la Fuente Hontañón, A. C. (2009). Diagnósticos prenatales: información a los padres. *Cuadernos de Bioética*, (20), 423-440.
- De la Riva, I. (2022). El funcionario público objetor de conciencia frente al aborto (con particular referencia a los profesionales de la salud). *Forum*, (13), 47-76.
- De Martini, S. (2012). Ni los médicos, ni los centros de salud, están jurídicamente obligados a practicar abortos. En De Martini, S., Mc Lean, L., Silberberg, A., Lafferriere, J. N., Schiavone, *El médico frente al aborto* (pp. 12-35). Educa.
- De Montalvo Jääskeläinen, F. (2016). Objeción de conciencia positiva: en particular sobre el conflicto planteado al amparo del Real Decreto Ley 16/2012. *Derecho y Salud*, (26), 9-20.
- De Montalvo Jääskeläinen, F. (2017). Libertad profesional del médico en el nuevo contexto de la relación clínica: su delimitación desde una perspectiva constitucional. *Derecho Privado y Constitución*, (31), 11-51.
- Del Moral García, A. (2005). Derechos, legisladores, jueces y juristas ante la bioética y la deontología médica. *Cuadernos de Bioética*, (16), 175-189.
- Didier, M. M. (2012). *El principio de igualdad en las normas jurídicas. Estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos*. Marcial Pons.
- Didier, M. M. (2015). El derecho a la objeción de conciencia: criterios para su interpretación. *Dikaion*, (24), 253-281.
- Díez Fernández, J. A. (2010a). Marco jurídico actual de la objeción de conciencia sanitaria. *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, (11), 79-104.
- Díez Fernández, J. A. (2010b). Autonomía del paciente y deberes del médico en el proyecto de Ley andaluza de muerte digna. *Cuadernos de Bioética*, (21), 51-60.
- Díez Fernández, J. A. (2012). El nuevo Código de Ética médica: la supervivencia de la deontología en el marco legislativo actual. *Diario la Ley*, 7975, sección doctrina, 29 de noviembre.
- Durany Pich, I. (1998). *Objeciones de conciencia*. Navarra Gráfica Ediciones.
- Dworkin, R. (1985). *A matter of principle*. Clarendon Press.
- García Amado, J. A. (2012). Iuspositivismo sin misterio y antipositivismo con enigmas. Comentarios a las tesis de Andrés Ollero. En Ollero Tassara, A., García Amado, J. A., Hermida de Llano, C., *Derecho y moral: una relación desnaturalizada* (pp. 32-73). Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Gascón Abellán, M. (1990). *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*. Centro de Estudios Constitucionales.

- Gracia, D. (2014). Competencia, capacidad, autonomía. *EIDON*, (41), 105.
- Greenawalt, K. (1987). *Conflicts on law and morality*. Oxford University Press.
- Hanna de Rosa, M. (2015). Recepción jurisprudencial de la “objeción de conciencia”. Comentario a la sentencia 586/015 en autos “Alonso, Justo y otros contra Poder Ejecutivo. Acción de nulidad”. *Revista de Derecho*, 12, 217-237.
- Herranz, G. (1995). Objeción de conciencia de las profesiones sanitarias. *Scripta Theologica*, (27), 545-563.
- Hervada, J. (1994). Libertad de pensamiento, libertad religiosa y libertad de conciencia. *Dikaion*, (3), 99-123.
- Juvenal, J. (2015). La objeción de conciencia. Su régimen jurídico vigente en Uruguay, con especial referencia a su ejercicio por los funcionarios públicos. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, (28), 181-317.
- Larios Risco, D. (2013). La autonomía de la voluntad de los usuarios de servicios sanitarios. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, (8), 274-288.
- López Guzmán, J. (1997). Objeción de conciencia farmacéutica. *Cuadernos de Bioética*, (2), 864-874.
- López Guzmán, J. (2007). Objeción de ciencia. *Aula de la Farmacia*, (37), 72-77.
- López Guzmán, J. (2011). ¿Qué es la objeción de conciencia? EUNSA.
- López Guzmán, J. (2022). La objeción de conciencia sanitaria en el pensamiento de Gonzalo Herranz. *Cuadernos de Bioética*, (33), 275-280.
- Macía Morillo, A. (2018). *Diagnóstico genético preimplantacional y responsabilidad médica por falsos negativos*. REUS Editorial.
- Manzano Salcedo, A. (2011). *Cuestiones éticas y legales en torno a la dispensa de la píldora del día después*. CEU Ediciones.
- Martí Sánchez, J. M. (1999). La objeción de conciencia: visión de conjunto. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, (15), 39-62.
- Martin de Agar, J. T. (1995). Problemas jurídicos de la objeción de conciencia. *Scripta Theologica*, (27), 519-543.
- Martínez León, M. y Rabadam Jiménez, J. (2010). La objeción de conciencia de los profesionales sanitarios en la Ética y Deontología. *Cuadernos de Bioética*, (21), 199-210.
- Martínez-Torrón, J. (1992). Las objeciones de conciencia y los intereses generales del ordenamiento. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, (79), 199-218.
- Medina Castellano, C. D. (2012). Objeción de conciencia sanitaria en España: naturaleza y ejercicio. *Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú*, (69), 201-223.
- Menendez, F. (2023). *Libertad de actuación y objeción de ciencia en el ejercicio de la profesión médica* (Tesis doctoral). Facultad de Derecho, Universidad Austral, Buenos Aires.
- Mondragón Barrios, L. (2016). ¿Objeción de conciencia en el campo de la salud mental? *Dilemata*, (8), 321-333.
- Montano, P. (2017). La objeción de conciencia como causa de justificación. *Revista de Derecho (UCUDAL)*, (13), 118-134.
- Montero Vega, A. y González Araya, E. (2011). La objeción de conciencia en la práctica clínica. *Acta Bioethica*, (17), 123-131.
- Morales Guzmán Barrón, R. (2008). La objeción de conciencia y el estudiante de Medicina. *Revista Sociedad Peruana de Medicina Interna*, (21), 78-81.

- Mora-Restrepo, G. (2011). Objeción de conciencia e imposiciones ideológicas: El Mayflower a la deriva. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, (13), 249-273.
- Moreira, G. E., Ferrari, M. L., Ruffa, A., Soifer, G. (2019). Objeción de conciencia en salud, cómo superar la lógica de la confrontación. En Tinant, E. L. (Dir.), *Anuario de Bioética y derechos humanos 2019* (pp. 59-67). IIDH América.
- Navarro Floria, J. (2004). *El derecho a la objeción de conciencia*. Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Navarro-Valls, R. (1993). *Derecho eclesiástico del Estado español* (3ª ed.). Ediciones Universidad de Navarra.
- Navarro-Valls, R. y Martínez-Torrón, J. (1997). *Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado*. McGraw-Hill.
- Neira, K. y Szmulewicz, E. (2006). Algunas reflexiones en torno al derecho general de la objeción de conciencia. *Revista de Derecho y Humanidades*, (12), 185-198.
- Ojeda Rivero, R. (2012). Autonomía moral y objeción de conciencia en el tratamiento quirúrgico de los Testigos de Jehová. *Cuadernos de Bioética*, (23), 657-673.
- Organización Médico Colegial. (2010). *Nuevos retos para la profesión médica: una aportación al debate social. Reflexiones a raíz del II Congreso de la Profesión Médica*. <https://www.comsor.es/pdf/comunicados/Libro%20II%20Congreso%20Profesion%2016-11.pdf>.
- Padilla, N. (2006). Derecho a practicar la propia religión. En Martín Sánchez, I. y Navarro Floria, J. (Coords.), *La libertad religiosa en España y Argentina* (pp. 44-58). Fundación Universitaria Española.
- Palomino, R. (1994). *Las objeciones de conciencia*. Montecorvo.
- Palomino, R. (2017). Objeción de conciencia de los notarios españoles con motivo de la nueva ley de jurisdicción voluntaria. *Revista Jurídica Digital UANDES*, (1), 67-84.
- Pastor García, L. A. (1993). *Cuestiones de antropología y bioética*. Universidad de Murcia.
- Prieto, V. (2012). Dimensiones individuales e institucionales de la objeción de conciencia al aborto. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, (30), 1-64.
- Prieto, V. (2013). *La objeción de conciencia en instituciones de salud*. Editorial Temis/Universidad de La Sabana.
- Quijada González, C. (2014). Testamento Vital. *Persona y Bioética*, (18), 138-152.
- Ramos Vergara, P. y Olivares Osorio, P. (2019). ¿Objeción de conciencia y/o de Ciencia en el actuar médico? *Analysis*, (24), 111-118.
- Rodríguez Lainz, J. L. (2016a). Sobre la atención de pacientes con ideación autolítica en urgencias: aspectos legales. *Revista Asociación de Especialistas en Neuropsiquiatría*, (36), 325-345.
- Rodríguez Lainz, J. L. (2016b). Urgencias infantopediátricas: Aspectos legales. *Diario la Ley*, (8794), Sección Doctrina, 1 de julio, Ref. D-263.
- Rodríguez Lainz, J. L. (2017). La omisión de información en las historias clínicas en el ejercicio de la medicina privada como supuesto de responsabilidad por mala praxis médica. *Cuadernos de Medicina Forense*, (23), 100-111.
- Rodríguez Martín, E. (2011). Fundamentación deontológica para una objeción de ciencia al diagnóstico prenatal eugenésico. En Tomás y Garrido, G. M. (Coord.), *Entender la objeción de conciencia: Jornadas de Bioética de la Universidad Católica San Antonio* (pp. 125-166). Universidad Católica San Antonio de Murcia.
- Sambrizzi, E. (2021). La objeción de conciencia en la ley 27610. *Diario La Ley*, LXXXV(55), Tomo LL 2021-B. Thomson Reuters.

- Sánchez y González, M. A. (2021). *Bioética en Ciencias de la Salud* (2ª ed.). Elsevier.
- Santiago, A. (2017). *Estudios de Derecho Constitucional. Aportes para una visión personalista del Derecho constitucional*. Marcial Pons.
- Sapag-Hagar, M. (2009). Bioética: al encuentro de una conciencia. *Bioética para farmacéuticos, bioquímicos y médicos. Escritos de Bioética*, 3.
- Seoane, J. A. (2014). Objeción de conciencia positiva. *Revista De Bioética y Derecho*, (32).
- Sieira Mucientes, S. (2000). *La objeción de conciencia sanitaria desde la perspectiva constitucional*. VI Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Asociación Española de Derecho Sanitario.
- Simón Yarza, F. (2014). ¿Exención de un “deber” de abortar? Sobre el registro navarro de objetos y el significado de la “objeción de conciencia”. *Revista Jurídica de Navarra*, (58), 159-180.
- Singer, P. (2009). *Ética práctica* (Trad. R. Herrera Bonet). Akal.
- Souto Paz, J. A. (1995). *Derecho eclesástico del Estado: el derecho de la libertad de ideas y creencias* (3ª ed.). Marcial Pons.
- Talavera Fernández, P. (2002). La objeción de conciencia farmacéutica a la píldora postcoital. *Cuadernos de Bioética*, (12), 109-128.
- Tolosa-Tribeño, C. (2018). El derecho a la salud y la vacunación. *Anales Real Academia Nacional de Medicina de España*, (135), 324-330.
- Tomás y Garrido, G. M. y Sánchez Fideli, M. A. (2009). Objeción de conciencia y de ciencia en la investigación de la industria farmacéutica. *Cuadernos de Bioética*, (20), 510-512.
- Tudela Cuenca, J. (2014). *La contracepción de emergencia: Aspectos farmacológicos y de información pública implicados en su valoración bioética* (Tesis doctoral). Universidad Católica de Valencia, Valencia.
- Villanueva Cañadas, E. (2019). Derechos y obligaciones de los pacientes y los médicos. Relación médico paciente. En Calabuig, G., *Medicina Legal y Toxicología* (7ª ed., pp. 81-89). Barcelona.

LA REALIDAD JURÍDICA SEGÚN MASSINI-CORREAS: RECONSTRUCCIÓN Y DESARROLLO DE SU CONCEPTO DE DERECHO

Ricardo Greco

Universidad de Mendoza

rgrecobastianelli@ius.austral.edu.ar

Recibido: 16/09/2024

Aceptado: 23/10/2024

Resumen

El trabajo trata sobre el pensamiento iusfilosófico de Carlos I. Massini-Correas y, más concretamente, sobre su conceptualización del derecho. El autor fijó tempranamente su posición acerca de qué es el derecho, sin reelaborar posteriormente su conceptualización a pesar de haber incorporado —a lo largo de 45 años de vida intelectual y académica— varias posiciones que claramente implicaban una modificación —por lo menos parcial— de su concepción original. En otros términos, el concepto original —y temprano— de derecho del pensador argentino no refleja cabalmente todo un conjunto de reflexiones por él realizadas en materias tales como la función de la autoridad respecto del derecho, la vinculación entre los bienes humanos y la obligación jurídica, la relación entre el bien común y los bienes humanos autoevidentes, las exigencias jurídicas formales (en especial en lo referido a la sujeción de la autoridad al derecho y las relaciones de tales exigencias con la dignidad humana y el bien común), la generalidad de las normas jurídicas y la naturaleza de estas como portadoras de motivos o razones de la conducta humana. Por lo dicho, en el presente trabajo se procura arribar a una definición de derecho que recoja fielmente la posición definitiva del autor en lo que respecta a su conceptualización, desarrollarla y, finalmente, extraer ciertas conclusiones que se derivan de ella.

Palabras clave: Massini-Correas, concepto de derecho, comunidad política, bien común político, autoridad política, bienes humanos, exigencias jurídicas formales.

The Legal Reality According to Massini-Correas: Reconstruction and Development of his Concept of Law

Abstract

This article discusses the legal-philosophical thought of Carlos I. Massini-Correas and, more specifically, his conceptualization of law. The author early established his position on what law is, without subsequently reworking his conceptualization despite having incorporated—over forty-five years of intellectual and academic life—several positions that clearly implied a modification—at least in part—from his original conception. In other words, the original—and early—concept of law of the Argentine thinker does not fully reflect a whole set of reflections made by him, on matters such as the function of authority with respect to law, the link between human goods and the legal obligation, the relationship between the common good and self-evident human goods, the formal legal requirements (especially with regard to the subjection of authority to the law and the relationships of such requirements with human dignity and the common good), the generality of legal norms and the nature of these as carriers of motives or reasons for human conduct. Therefore, in this article I try to arrive at a definition of law that faithfully reflects the definitive position of the author with regard to its conceptualization, develop it and, finally, derive certain conclusions based on that conceptualization.

Key words: Massini-Correas, concept of law, political community, political common good, political authority, human goods, formal legal requirements.

1. Introducción

El presente trabajo está dedicado a reconstruir el concepto de derecho según Carlos I. Massini-Correas, iusfilósofo argentino —y mendocino— reconocido en el ámbito iberoamericano y autor de 24 libros a lo largo de más de 45 años de carrera. Y esto se justifica en tanto el autor fijó tempranamente su posición acerca de qué es el derecho —lo que puede advertirse mediante la lectura de uno de sus primeros libros, titulado *Sobre el realismo jurídico* (1980b)—, sin reelaborar posteriormente el concepto a pesar de haber incorporado varias posiciones que enriquecían su concepción original. De tal manera, se procurará arribar a una definición de “derecho” que recoja fielmente las posiciones definitivas del autor. A su vez, después de concretar tal definición (ap. 4), y antes de distinguir al derecho en el marco del orden ético (ap. 5), se procurará desarrollar (ap. 6) cada una de las notas constitutivas del concepto para luego, a partir de reflexiones personales, extraer las conclusiones centrales que se derivan de este (ap. 7).

2. Ubicación del pensamiento del autor

Antes de comenzar la tarea de reelaborar el concepto de derecho del intelectual mendocino, vale la pena, a los efectos de una mejor comprensión de los desarrollos posteriores, ubicar su pensamiento en el complejo mapa de las posiciones iusfilosóficas contemporáneas, que ya no se explican acabadamente a partir de la clásica antinomia iuspositivismo-iusnaturalismo. En este sentido, quizás el criterio más útil y esclarecedor a los efectos de clasificar las filosofías del derecho radica en la manera en que cada una concibe al orden ético, ya que esto condiciona fuertemente —cuando no determina— las posiciones a adoptar en la casi totalidad de los tópicos de la iusfilosofía. De tal manera, pueden distinguirse cuatro posiciones centrales respecto del orden ético o del deber ser: el realismo, el constructivismo, el instrumentalismo y el criticismo.

Esta última postura, que tiene su raíz en alguno o varios de los componentes de la llamada “trinidad non sancta” (Marx-Nietzsche-Freud), entiende que el orden del deber ser no es más que una funcionalización enmascarada de relaciones de mero poder (Nietzsche), de pulsiones eróticas (Freud) o de poderes económicos (Marx). De allí que, para el criticismo, la tarea de la filosofía del derecho sea someter al derecho a una crítica desenmascaradora en tanto este es inexorablemente la manifestación de otra realidad subyacente.¹ El instrumentalismo —con raíces en Hobbes y Hume—, por otra parte, y a diferencia del criticismo —que considera que la razón está de por sí condenada a encubrir distintos tipos de fenómenos—, confía en la utilidad de la razón humana, pero entiende que esta sólo puede servir para descubrir maneras de lograr los distintos fines que las personas se proponen y no para conocer o descubrir los fines o bienes humanos en sí mismos. De tal manera, la posición instrumentalista sostiene que lo que exige el orden del deber-ser sólo puede determinarse en relación con algún objetivo establecido por el ser humano. Esta manera de concebir el orden ético se traduce en el ámbito jurídico en una postura que considera al derecho como una creación meramente humana que sirve a los distintos propósitos que las personas establecen como valiosos y que procuran alcanzar. De allí que la tarea de la filosofía del derecho —para esta posición— se reduzca a un análisis descriptivo —a una descomposición— de esos instrumentos que serían los sistemas jurídico-positivos.²

1 En el marco de estas posturas, pueden distinguirse las filosofías marxistas tradicionales, las filosofías del *uso alternativo del derecho*, las llamadas propiamente teorías críticas que retoman la senda de Nietzsche y de Freud y el denominado Movimiento de Estudios Jurídicos Críticos (Critical Legal Studies Movement), que tiene su ámbito en algunas universidades de Estados Unidos.

2 Dentro del enfoque iusfilosófico instrumentalista, en líneas generales pueden distinguirse el positivismo jurídico excluyente, el positivismo jurídico incluyente y las posiciones utilitaristas.

Ahora bien, más allá de sus diferencias, tanto el criticismo como el instrumentalismo son posturas no cognitivistas en cuanto al orden ético, en el sentido de que ninguna sostiene que sus exigencias pueden ser objetivamente conocidas. Esto diferencia al criticismo y al instrumentalismo del realismo y el constructivismo. Dentro de este último se puede incluir una muy extensa y variada serie de autores y escuelas, influidos directa o indirectamente por la filosofía kantiana, para quien la realidad extramental (el noúmeno) es incognoscible y lo único cognoscible son las estructuras del pensamiento humano a partir de las cuales la moldea. Para las posiciones constructivistas, no hay nada en la realidad extramental que permita conocer cuáles son las exigencias del deber-ser. Sin embargo, no se resignan a relegarlas al ámbito de una racionalidad meramente instrumental, sino que buscan conocer cómo deben actuar los seres humanos independientemente de los objetivos que puedan proponerse. De allí que, desentendidos de la realidad objetiva, arriben a principios éticos de validez intersubjetiva.³ Un típico ejemplo de esta postura puede descubrirse en el pensamiento de Carlos Nino (2007), para quien las exigencias éticas se descubren mediante el análisis del discurso moral en tanto revela los hechos a los que las personas asignan valor moral. Tal análisis, a su vez, permite descubrir que el valor moral primero es la autonomía individual, por lo que todo juicio, argumento, actitud, conducta, etc. que contraríe aquél será moralmente reprochable. De tal manera, el autor argentino sostiene que el derecho debe incorporar las exigencias que se derivan de la autonomía en orden a ser legítimo.

Finalmente, cabe referirse al realismo, en el marco del cual corresponde ubicar el pensamiento de Massini-Correas. El realismo ético entiende que el orden del deber-ser está asentado en las estructuras de la realidad, en especial de la realidad humana, de la naturaleza del ser humano. De allí que los realistas entiendan que —al poder conocerse la realidad extramental— la razón puede conocer cuáles son las exigencias del deber-ser. Aquí, a diferencia de la postura instrumentalista, se sostiene que la razón puede conocer no sólo los medios que se direccionan a determinados objetivos, sino también cuáles son los fines o bienes humanos a los que debe orientarse la conducta humana. En este sentido, las proposiciones éticas designarían relaciones normativas reales que

3 Dentro de esta amplísima posición, denominada aquí “constructivismo”, es posible distinguir las siguientes corrientes: a) trascendental-retóricas, encabezadas por la escuela de la *nouvelle rhétorique* dirigida por el antiguo profesor de Bruselas Chaim Perelman; b) pragmático-trascendentales, destacándose aquí Jürgen Habermas; c) constructivo-procedimentales, entre las que resalta la obra de John Rawls; y d) constructivo-dialógicas, dentro de las cuales corresponde incluir el pensamiento de Robert Alexy.

vinculan a sujetos con conductas, a diferencia de lo que sostienen el criticismo, el instrumentalismo y el constructivismo. Según esta postura, el derecho es una parte del orden ético, por lo que la posición iusfilosófica que de ella deriva es calificada como iusnaturalista-realista, en tanto los contenidos del derecho estarían vinculados con las estructuras de la realidad y, en especial, de la naturaleza humana. Esto implica que el derecho tiene ciertos contenidos indisponibles que valen en todo tiempo y lugar, ya que la naturaleza humana no cambia según estos. Estas posiciones pertenecen, o por lo menos son fuertemente deudoras, de la tradición clásica del pensamiento ético, que tuvo en Aristóteles y Tomás de Aquino a sus representantes más encumbrados.

En este sentido, a partir de una típica posición ética realista, Massini-Correas confrontó tempranamente las ideas jurídicas marxistas —en la década de 1970, lo que se plasmó en el libro de su autoría *Ensayo crítico acerca del pensamiento filosófico-jurídico de Carlos Marx* (1976)— y abordó la temática de los derechos humanos —en la década de 1980, lo que puede apreciarse centralmente en su libro *El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho* (1987a)—.

Posteriormente, y luego de receptar varias tesis de Georges Kalinowski respecto de las normas y las relaciones de estas con el lenguaje y el pensamiento —lo que se manifestó en su libro *Derecho y ley según Georges Kalinowski* (1987b)—, se acercó a las problemáticas propias de la filosofía analítica anglosajona y, muy particularmente, a las ideas de John Finnis (2000),⁴ cuya influencia en su pensamiento puede reconocerse con mucha facilidad en los libros que dedicó, a partir de la década de 1990, al derecho natural y a los derechos humanos. Así, incorporó a su sistema de pensamiento el denominado “principio epistemológico” propio de la Nueva Escuela del Derecho Natural (NEDN), conforme al cual la naturaleza humana se descubre conociendo los fines de la acción humana, es decir, los bienes humanos básicos, y esto supuso para el intelectual mendocino una nueva forma de concebir el derecho natural.

Finalmente, en la década de 2000, y luego de decepcionarse de los abordajes hermenéuticos del derecho —cuya crítica puede encontrarse principalmente en el libro *Objetividad jurídica e interpretación del derecho* (2008b)—, concentró su atención en las exigencias del *rule of law*, especialmente en la versión propor-

4 John Finnis es un destacado filósofo y jurista australiano de filiación tomista, conocido por su trabajo en filosofía del derecho, ética y teoría política. Nació en 1940 y es reconocido por su particular —y discutido— enfoque iusnaturalista. Es especialmente conocido por su obra *Natural Law and Natural Rights* (1980). Su obra se enmarca en el movimiento conocido como Nueva Escuela del Derecho Natural (NEDN), liderado por el filósofo y teólogo Germain Grisez, el cual revitaliza y actualiza la tradición del derecho natural reinterpretando las ideas clásicas de Aristóteles y de Tomás de Aquino.

cionada por Lon Fuller en su reconocido libro *La moralidad del derecho* (1967), entendiendo que el derecho no podía conceptualizarse adecuadamente sin referencia a tales exigencias formales (Massini-Correas, 2022, pp. 17-25).

Ahora bien, todo este recorrido no se tradujo en la formalización de una nueva definición que exprese el concepto definitivo al que el autor arribó y que dé cuenta de las variadas afirmaciones que fue haciendo a lo largo su vida intelectual. En este sentido, cabe señalar que el concepto original —y temprano— de Massini-Correas (1980), según el cual el derecho es —en su sentido más propio— la conducta justa, no refleja cabalmente todo un conjunto de reflexiones realizadas por él mismo en materias tales como la función de la autoridad respecto del derecho, la vinculación entre los bienes humanos y la obligación jurídica, la relación entre el bien común y los bienes humanos autoevidentes, las exigencias jurídicas formales (en especial en lo referido a la sujeción de la autoridad al derecho y las relaciones de tales exigencias con la dignidad humana y el bien común), la generalidad de las normas jurídicas y la naturaleza de estas como portadoras de motivos o razones de la conducta humana. De allí que corresponda ahora recomponer, a través de una definición, el concepto de derecho que subyace a las reflexiones que el iusfilósofo mendocino fue plasmando en su abundante e interesante producción intelectual.

3. La aproximación del autor a la realidad del derecho

El derecho, afirma el autor, tal como se presenta a la experiencia, se revela como un fenómeno de carácter complejo, en el sentido de que “el ámbito de realidades que abarca [...] es especialmente extenso y variado, es decir, abarca entidades de diferentes especies y categorías” (Massini-Correas, 2012, p. 366). Entre estas variedades se encuentran: hechos, conductas, normas, facultades deónticas, textos lingüísticos, sistemas de conocimiento, deberes, valores, instituciones, bienes humanos, relaciones, cosas materiales, etc. Es decir, se denomina “derecho” a una serie de realidades distintas y desiguales, de allí que “derecho” sea un término polisémico, es decir, que tiene distintos significados. Sin embargo —señala el iusfilósofo—, no es un término equívoco: no se aplica a realidades que no tienen una vinculación relevante entre sí, como cuando se le dice “gato” al animal y al aparato que se utiliza para levantar un automóvil realizando el menor esfuerzo posible; a la vez que tampoco es un término unívoco, que es el que designa entidades sustancialmente idénticas y con un mismo sentido, como cuando se utiliza el término “ser humano” (Massini-Correas, 2005a, pp. 33-34).

Por el contrario —expresa el pensador—, el término “derecho” se atribuye a las realidades aludidas en un sentido parcialmente diverso, pero parcialmente igual. Y no se trata de una atribución fortuita o arbitraria, sino que ella tiene su fundamento en la misma realidad de las cosas. Así, el “uso reiterado y generalizado de un mismo término para designar realidades distintas, hace suponer que, si los hombres lo han hecho así durante siglos, debe existir alguna razón para ello; que han de haber percibido algo común en esas realidades” (Massini-Correas, 2005a, p. 34) hace suponer que si las personas lo han hecho así durante siglos, debe existir alguna razón para ello, que han de haber percibido algo común en esas realidades. El derecho, entonces —entiende el autor—, puede ser considerado de modo unitario en razón de que sus elementos participan de una o algunas modalidades existenciales, por las que se relacionan entre sí formando una unidad —accidental— de orden práctico (Massini-Correas, 1980b, pp. 13-15). De este modo, resulta legítimo usar el término —o el concepto— “derecho” para designar a todo un conjunto de realidades de distinta categoría y naturaleza, en razón de ciertas similitudes y relaciones que guardan entre sí. En otras palabras, la atribución del término “derecho” a la pluralidad de realidades a las que de hecho se aplica se justifica en virtud de la misma naturaleza del fenómeno jurídico, que, si bien es complejo y variado, tiene una cierta unidad. Y esta —señala el intelectual— es accidental o de orden en virtud de que el derecho no tiene una realidad sustancial con ser en sí mismo, sino una realidad accidental, de orden, formada por la particular relación que vincula a sus diferentes elementos o partes componentes (Massini-Correas, 1980b, pp. 13-15).

El problema de la unidad de los fenómenos complejos y de la posibilidad de su conocimiento unitario —apunta Massini-Correas (2012)—, ha sido debatido por la filosofía desde sus orígenes griegos. En general, el pensamiento clásico “recurrió a nociones como las de unidad accidental o de orden, en el nivel de las realidades, y a la de analogía en el nivel de los conceptos y de las palabras” (pp. 369-370). La analogía, entonces, es un modo de referir conceptos —y términos—, utilizado de hecho por los hombres en su lenguaje y argumentaciones, a una multiplicidad de realidades de carácter diverso, pero que participan, aunque en diferente grado, de una cierta perfección común. De allí que el término —y el concepto— “derecho” sea analógico. Así, el tipo de analogía que utiliza el pensamiento clásico para conceptualizar a las realidades sociales es principalmente el llamado “analogía de atribución”, y es también el que se utiliza para conceptualizar —y denominar— al “derecho”. Este tipo de analogía, expresa el

iusfilósofo, consiste en que “un concepto —o término— se aplica de un modo propio a un tipo de realidades, pero también a otros tipos diferentes de realidades en virtud de las relaciones que guardan con la primera” (Massini-Correas, 1980b, pp. 13-15).

En tal sentido, el concepto —y el término— de “derecho” se aplica a una variedad de realidades, y esto “dificulta enormemente la tarea de definirlo, ya que no es posible incluir en una misma definición real a los conceptos de entidades que poseen diversa naturaleza” (Massini-Correas, 2005a, p. 34): sus definiciones reales han de ser, en consecuencia, diferentes. No obstante —sostiene—, existe una posibilidad de definición para los conceptos análogos: “indagar si entre las diversas acepciones analógicas existe alguna prelación en la significación y, en caso afirmativo, establecer cuál es al acepción principal o más propia” (p. 35). Por ello, el autor afirma que es necesario indagar cuál es aquella realidad a la que el concepto —o el término— de derecho corresponde de modo propio, es decir, cuál es su analogado principal: cuál es el tipo de realidades con referencia a la cual, o para la realización de la cual, todas las demás adquieren sentido o significación. Se trata de descubrir cuál es el factor, elemento, dimensión o característica que otorga unidad al fenómeno jurídico, haciendo posible que se hable de “un” fenómeno a su respecto, “cuál de las acepciones del término es la propia y formal, cuál de las realidades mentadas por el mismo es a la que principalmente puede denominarse derecho” (p. 35).

Hecho esto —concluye el pensador—, es posible conceptualizar al derecho comprendiendo todas las realidades jurídicas —de diverso tipo— que lo componen al reflejar la forma en la que se relacionan todas con el analogado principal. Es a partir de este que se descubre el sentido de toda la realidad jurídica y de cada uno de sus elementos, y esto permite, en definitiva, conceptualizar —y definir— el derecho, descubrir qué es. Se trata de “definir el concepto análogo principal, de tal modo que esa definición patentice, de modo indirecto, las significaciones secundarias o analógicas de la noción” (p. 35).

4. El concepto de derecho

En tal sentido, Massini-Correas indaga cuál de las acepciones del término es la formal, cuál de las realidades mentadas por este es a la que propiamente puede conceptualizarse —y denominarse— como “derecho”. Lo primero que afirma es que la experiencia de la realidad jurídica hace evidente que el derecho es algo que las personas hacen conjuntamente en vistas a su bien propio, es decir, se

trata de una actividad (Massini-Correas, 1980b, p. 17). A su vez, la actividad —individual o social— que se dirige al perfeccionamiento humano en lo que este tiene de específico y no, por ejemplo, a la obtención de la perfección en un objeto externo, se denomina “praxis” (Massini-Correas, 1980b, p. 16). En esta, asimismo, la razón —práctica— establece un cierto orden, un “camino hacia” (que se manifiesta en normas, valoraciones, razonamientos, etc.), sin el cual el bien humano no podría lograrse y la praxis no sería tal (esto, sin perjuicio de que el logro de tal bien requiere además —y primordialmente— de las virtudes morales, de inclinaciones estables de la voluntad adquiridas mediante un esfuerzo constante, armónico y duradero que se manifiesta en conductas concretas y circunstanciadas). Este orden se denomina “ético” (o del deber-ser, ya que se presenta a intelecto humano como debido) y es el que guía la conducta hacia el desarrollo personal, indicando las vías que conducen al bien humano en sus diferentes aspectos (Massini-Correas, 1980b, p. 17), siendo que cada uno de estos —en tanto fines, vale agregar— definen lo moral, lo político y lo jurídico, como subórdenes dentro del orden ético general. Es así que, para Massini-Correas, el derecho es una praxis que, en cuanto tal, pertenece al orden ético.

Entonces —sostiene—, aquello que resulta ser más propiamente derecho, aquella de las múltiples realidades jurídicas que realiza de modo más pleno la eticidad, no puede ser otra cosa que una cierta conducta —y no, por ejemplo, las normas, autoridades, facultades—. Es en el nivel concreto de las conductas “en el que alcanza su culminación o acabamiento toda la compleja estructura de la realidad jurídica” (Massini-Correas, 2005a, p. 43): las normas la determinan y la imperan extrínsecamente, las facultades la tienen por objeto y exigen su realización, el conocimiento jurídico se ordena a conocer cuál ha de ser su contenido, las sentencias la determinan e imperan en una situación concreta, etc. De allí que, para el autor, todo el dinamismo de la realidad jurídica se ordene a la concreción de un cierto tipo de conductas (Massini-Correas, 2005a, pp. 43-44). Esto —argumenta— da cuenta del hecho evidente de que una comunidad “no es justa en razón de la mera perfección —formal o material— de sus normas o instituciones, sino fundamentalmente por el tipo de conductas que tienen lugar en ella” (pp. 43-44). Es decir, para el iusfilósofo, todos los elementos de la realidad jurídica (normas, deberes, valores, facultades, instituciones, conocimientos, etc.) tienen sentido en tanto conduzcan a la concreción de un tipo específico de conducta.

Una vez establecido que, para el autor, el derecho es una praxis, algo que la persona hace en vistas a su bien propio, el bien humano, y que los diferen-

tes aspectos del bien humano definen los órdenes moral —personal y social—, jurídico y político, puede concluirse que, para Massini-Correas, el derecho persigue el bien humano en su aspecto común y externo. El aspecto común del bien se refiere a que es de todos sin exclusiones, mientras que el aspecto externo supone considerarlo de una manera puramente objetiva, prescindiendo del ánimo —virtuoso o no— con el que se realizan las conductas respectivas y de los atributos subjetivos de los agentes. La moral, por otra parte, persigue eminentemente el bien personal, y la política, a su vez, el bien común tanto en su aspecto interno como externo. De tal manera, como el ámbito propio de la persona —de acuerdo con el autor— es la comunidad política, el bien común que persigue el derecho, la praxis jurídica, es el bien que es común a todos los integrantes de la *polis*, el bien común político en su aspecto meramente externo (Massini-Correas, 2005a, p. 161). Esto último es así en tanto el iusfilósofo sostiene que el derecho es de por sí insuficiente para alcanzar el bien común de manera acabada (en el marco de lo que permiten las circunstancias de tiempo y lugar), ya que el logro de este exige conductas virtuosas, lo que supone considerar el aspecto interno de estas. Es el grado de virtuosidad general de los integrantes de la *polis* lo que determina las posibilidades de que esta alcance su bien. Siendo ello así, puede decirse que la conducta que constituye el analogado principal del ordenamiento —o realidad— jurídico, y que define el carácter jurídico de cualquier otra realidad, es la que se ordena al bien común político en su aspecto meramente externo (Massini-Correas, 1980b, p. 17).

Tal bien es el de la comunidad política, de allí que corresponda referirse a las consideraciones del iusfilósofo respecto de esta. Sostiene que la persona no nace completa y acabada, es decir, no tiene actualizadas todas las potencialidades que es posible descubrir en ella; por el contrario, necesita “de un largo y trabajoso proceso —en el que cumplen un papel especial los hábitos— para desarrollar todas las virtualidades encerradas en su especial modo de ser” (Massini-Correas, 2005a, p. 159). Y este proceso —expresa— supone y requiere la cooperación humana, ya que sin esta las múltiples y complejas dimensiones del bien humano no podrían alcanzar su desarrollo. En otros términos, “sólo con la mediación de la actividad de otros hombres le es posible colocarse en la posibilidad intelectual, afectiva y apetitiva de desarrollar las aptitudes incardinadas en su esencia” (p. 180).

Es por esto que la participación en el bien humano “es una obra colectiva y progresiva, es decir, se realiza gradualmente a través de la convivencia social” y nunca tiene un final de la manera en que lo tiene cualquier actividad humana

que supone algún objetivo concreto (como sería, por ej., fabricar una silla u obtener algún título académico) (Massini-Correas, 2005a, pp. 159-160). Además, el pensador aclara que “el perfeccionamiento o desarrollo humano no se realiza en comunidad por un mero accidente o por azar, sino que el mismo es el propósito en razón del cual las personas se reúnen en comunidades completas” (p. 160). En efecto —y siguiendo los postulados más básicos de la ética realista— afirma que la conducta humana sólo se desencadena en vistas de un bien —de lo perfectivo—, sea éste aparente o real, de allí que todo tipo de comunidad humana se estructure sobre la base de un objetivo común, que no puede ser otra cosa que un bien y que justifica racionalmente el orden de interacciones en el que consiste. A su vez, cuando los bienes perseguidos a través de la asociación son todos aquellos que la persona necesita para su pleno desarrollo humano, la comunidad que resulta de esta es llamada “política” o “completa”, y no es otra cosa que el Estado o lo que los griegos llamaron *polis* (pp. 160-161). De allí que, para Massini-Correas (2005a), el bien de esta, el bien común político, sea “el conjunto de condiciones sociales —materiales e inmateriales— que hacen posible la realización, por todos y cada uno de los individuos que forman la comunidad, de su perfección personal” (p. 161).

Por lo expuesto, cabe concluir que, para el iusfilósofo, el derecho es algo que los hombres hacen conjuntamente —con distintos roles y grados de protagonismo— en el marco del Estado, con el fin de lograr el bien de este. A su vez, como el logro del bien común político —en su aspecto externo— depende de la realización de conductas, y el modo de provocar el comportamiento humano —racional y libre— es a través de normas generales que —al ordenarse a bienes— proveen motivos —racionales— para actuar y generan la obligación de hacerlo, eso que las personas hacen conjuntamente es coordinar conductas a través de normas (Massini-Correas, 2022, p. 25). Tales conductas, asimismo, son exteriores, referidas a otro y objetivas, pues el aspecto común del bien perseguido exige que la conducta se exteriorice y tenga incidencia respecto a otras personas —individuales o colectivas—, y el aspecto externo de este requiere prescindir del ánimo —virtuoso o no— con el que se realiza, así como de las características personales del sujeto. Por otra parte, es claro que el mero hecho de que las personas adecúen sus conductas a normas no se ordena, de por sí, a la consecución del bien común político —en su aspecto externo—. Es por esto que, para el autor, las normas mediante las cuales se busca coordinar las conductas deben tener ciertos contenidos básicos que, en última instancia, no son otra cosa que el aspecto común de los bienes fundamentales que la persona humana

requiere para su perfeccionamiento (Massini, 2005a, p. 45). Además, el fin de la praxis jurídica exige que el modo de sujeción a las normas cumpla con ciertas exigencias formales que están referidas al modo racional y libre con el que las personas persiguen el bien humano (Massini-Correas, 2022, pp. 15-19).

Por otra parte —sostiene el pensador—, más allá de que existen principios jurídicos que exigen respetar y favorecer los bienes humanos fundamentales en el marco de lo que el derecho es capaz de exigir, lo cierto es que estos, por su indeterminación, no son suficientes como medio de coordinación de conductas, por lo que hace falta que los integrantes de la comunidad política produzcan normas que contemplen las circunstancias habituales de la vida humana en una comunidad concreta. Siendo esto así, y para que las normas producidas cumplan su propósito, se requiere de una instancia que, considerando la totalidad de interacciones sociales y sus problemáticas, pueda elaborar las normas adecuadas y aplicarlas en los casos en que corresponda hacerlo (Massini-Correas, 2008c), lo que puede suponer la necesidad de imponerlas coactivamente. Esto último, a su vez, es posible en virtud de que las conductas de las cuales el derecho se ocupa no requieren de ninguna predisposición meramente interna. Entonces, se puede agregar que, para Massini-Correas (2008c), la autoridad política —ejercida por el gobernante— es otro elemento necesario de la realidad jurídica en tanto fuente de producción (lo que también puede darse a través del reconocimiento de normas que tienen su origen en el derecho de otra comunidad política, en la costumbre, en acuerdos entre personas que integran la comunidad o en el ámbito interno de instituciones infrapolíticas) y aplicación de normas.

A partir de todo lo expuesto, puede extraerse la siguiente conclusión: el iusfilósofo conceptualiza la realidad jurídica, el derecho, como una praxis social dirigida y respaldada por la autoridad política, que tiene su lugar propio en el marco de la comunidad completa y que —cumpliendo con ciertas exigencias formales— busca coordinar conductas —exteriores y referidas a otro— a través de normas generales que recogen contenidos básicos y establecen deberes objetivos, con el fin último de asegurar el bien común en su aspecto meramente externo. Ahora bien, antes de hacer referencia a cada uno de estos elementos o notas constitutivas, vale la pena hacer algunas consideraciones adicionales respecto a la manera en que Massini-Correas concibe al derecho como parte del orden ético.

5. El orden ético y el derecho

Entonces, para el autor, el derecho es una praxis, una actividad en la que la razón —práctica— introduce cierto orden, y este es el orden ético. En este sentido, expresa, una de las notas que caracterizan más radicalmente la experiencia jurídica es la estricta continuidad que existe entre los órdenes moral, político y jurídico como partes de un orden más amplio que los abarca (Massini-Correas, 2020, Introducción). De acuerdo con esto, es claro que las exigencias del derecho se adecúan inexorablemente a las de la moral, más allá de que, por lo ya dicho, las conductas que cumplen con las exigencias jurídicas pueden no satisfacer las morales. Esto, a su vez —señala el iusfilósofo—, se evidencia de manera muy clara si se atiende a los argumentos mediante los cuales se desarrolla la praxis jurídica, en tanto que están plagados de conceptos, proposiciones y razonamientos de carácter moral y político (Massini-Correas, 2020, Introducción).

A su vez, la moral se proyecta socialmente, lo que la acerca al derecho en tanto ambos órdenes regulan —total o parcialmente— conductas sociales. Sin embargo, es claro que no todas las normas moral-sociales (o exigencias sociales de la moral) son de por sí jurídicas. Para hacer la distinción, en el marco del pensamiento de Massini-Correas, se debe recurrir a la noción de bien común político —en su aspecto externo—, en tanto este supone deberes —establecidos e imperados por normas— objetivos en el sentido antes expuesto. Esto, evidentemente, supone una diferencia notoria con los deberes morales en su proyección social, en tanto el cumplimiento de estos se mide de conformidad con los atributos de la persona en cuestión y teniendo en cuenta de forma primordial el ánimo con el que el sujeto actúa. Además, si bien es cierto que las conductas sociales exigidas por la moral contribuyen de manera fundamental al logro del bien común, el derecho sólo busca asegurar las condiciones mínimas de este (en gran parte, prohibiendo ciertas conductas especialmente dañosas para la convivencia política) creando un ámbito social libre de impedimentos en el que cada persona, al no estar obstaculizada, tenga la posibilidad de desarrollarse como tal mediante el ejercicio personal de las virtudes morales. Entonces, el derecho tiene, para Massini-Correas, un fin más modesto: colabora con el hombre creando las condiciones externas que hacen que la perfección humana resulte posible para aquellos que se proponen alcanzarla, si bien esta nunca es completa. De allí que no exija todo lo que requiere la moral en su proyección social, a la vez que demanda comportamientos que son indiferentes a la moral antes de establecida la exigencia respectiva. En definitiva, puede decirse que, para el intelectual mendocino, el derecho, en orden a cumplir su fin, no requie-

re más —ni menos— que atender a las conductas sociales de manera objetiva, en el sentido antes expuesto.

Ello, por otra parte, da cuenta de la variabilidad —parcial— del derecho según el tiempo y el lugar. Esto es así porque si el fin del derecho es el bien común en su aspecto meramente externo, lo que este requiere no va a ser igual en distintos tiempos históricos ni entre distintas comunidades que coexisten en un mismo tiempo. Hay conductas sociales que en el pasado —y en una misma comunidad completa— no eran exigidas por el derecho y que ahora lo son, y otras que sí lo eran y ahora no lo son. Esto se explica principalmente a partir del hecho del cambio social —político, económico, cultural, tecnológico, etc.—, que provoca modificaciones respecto de lo que exige el bien común —siempre en su aspecto meramente externo—. A la vez, hay conductas que en ciertos lugares —y en un mismo tiempo— son exigidas por el derecho y que en otros no lo son, lo cual es centralmente una manifestación de las distintas costumbres, idiosincrasia y formas de organización social existentes en cada comunidad, y que tienen como consecuencia una variación de los requisitos del bien común. Por último, no está demás agregar que la determinación de lo que exige tal bien es, en muchas ocasiones, algo difícil de establecer con certeza: más allá de lo que claramente se ordena al bien común político y de lo que manifiestamente lo vulnera, hay una zona en la que no es posible afirmar con seguridad cuál es el modo de regulación (dentro de lo cual cabe la posibilidad de no regular) que se ordena de mejor manera al bien común.

Sin embargo —en el marco del pensamiento del autor—, en estos casos adquiere su máxima relevancia la autoridad política como instancia de dirección de la praxis jurídica, ya que quien la ejerce establecerá e impondrá una forma determinada de regulación teniendo en vistas el bien comunitario y que, por provenir de aquella y no contrariar manifiestamente tal bien, será jurídicamente obligatoria. En la zona incertidumbre —afirma el autor—, la línea demarcatoria “es muchas veces imprecisa y variable, a la vez que determinada generalmente de modo autoritativo por la autoridad política y dependiente de las condiciones de tiempo, lugar o de diferentes modalidades históricas y humanas” (Massini-Correas, 2020, Introducción).

Como se desprende de lo expresado, las exigencias del derecho no son suficientes para que la persona logre su perfección participando del bien humano; esto es justamente el objeto de la moral —personal y social—, que se estructura en torno a las virtudes de esa índole y que, con la ayuda de la prudencia, se dirige directamente al bien humano de cada uno (más allá de las repercusiones

positivas en otros que la conducta moralmente debida irradia) desarrollando así las potencialidades humanas (Massini-Correas, 2008c). En este sentido — sostiene el iusfilósofo—, es claro que el derecho “no puede promover positiva e inmediatamente la perfección humana, ya que si así lo hiciera transformaría a la sociedad política en un convento o una cárcel” (p. 127). En efecto, vale agregar que el siglo XX fue testigo de regímenes políticos que, teniendo como horizonte una determinada forma de perfección humana, se abocaron a forzar su concreción, vulnerando así todo tipo de exigencias jurídicas básicas, tanto sustanciales como formales.⁵

Finalmente, puede decirse sin temor a equivocaciones que, para Massini-Correas, la praxis jurídica es parte de la política: al igual que la jurídica, la política también es una praxis social dirigida y respaldada por la autoridad y que se ordena al bien de la *polis*. Sin embargo, no toda actividad política es jurídica. Si bien ambos tipos de praxis tienen como fin el bien común, el derecho busca una base mínima de tal bien —constituida por su aspecto meramente externo— y lo hace de una manera específica que se corresponde con el aspecto de aquél bien que es perseguido. La actividad política, en cambio, es más ambiciosa, ya que —si se consideran las ideas generales del autor— busca mejorar la convivencia tanto como sea posible (lo que implica que no se limita a la búsqueda del bien común en su aspecto meramente externo, sino que busca la concordia o amistad, que es mucho más que lo que se propone el derecho) y se manifiesta de múltiples formas (entre las cuales se encuentra la jurídica) que constituyen variados intentos de influir en las actitudes, ideas, valores y comportamientos sociales.⁶

5 El comunismo, particularmente bajo el liderazgo de figuras como Lenin, Stalin —en la Unión Soviética— y Mao —en China—, aspiraba a crear un “nuevo hombre”, el hombre “perfecto”. Este debía ser un individuo altruista, solidario, que pusiera el bien colectivo y la construcción de una sociedad sin clases por encima de los intereses individuales. Este ideal comunista implicaba transformar a las personas para que abandonaran actitudes “burguesas” como el egoísmo, el individualismo y el afán de lucro, reemplazándolas por un compromiso total con el trabajo, la igualdad y el progreso del socialismo. Para alcanzar esta transformación, los regímenes comunistas implementaron políticas de educación y propaganda masiva, con el objetivo de reconfigurar la forma de pensar y de sentir de sus ciudadanos. En países como la Unión Soviética y China, este proyecto incluyó campañas de reeducación en masa, el uso de arte y literatura socialista como herramientas ideológicas y la presión para que los ciudadanos adoptaran comportamientos conformes al ideal comunista.

6 Una manifestación de esta natural distinción es el intento frustrado de someter toda la actividad política y en todos sus aspectos a las exigencias jurídicas. Es claro que las comunidades políticas occidentales han avanzado significativamente en el camino deseable de someter jurídicamente la actividad de los gobernantes, lo cual se ha manifestado en una reducción intensa (que ha tenido lugar en las últimas décadas) de lo que se conoce como “cuestiones políticas no justiciables”. Sin embargo, estas cuestiones siempre estarán presentes en mayor o menor medida, y esto es así por la

6. Especificaciones del concepto

Corresponde volver ahora sobre la definición de “derecho” anteriormente expuesta a fin de dar una explicación más detenida respecto de cada uno de sus elementos o notas constitutivas.

De tal manera, lo primero que cabe señalar es que —en el marco del pensamiento del iusfilósofo— la dirección y respaldo del derecho por parte de la autoridad política, si bien comprende el eventual uso de la coacción, no se refiere a esta. En efecto, para el autor, la coacción no es un elemento necesario de la realidad jurídica: podría existir un ordenamiento —o realidad— jurídico desprovisto de mecanismos coactivos, sin que por esto deje de ser tal (Massini-Correas, 2008c). Aquí no está demás advertir que la aplicación de las normas no implica de por sí el uso de la coacción ni, menos aún, la aplicación que se origina en el desacuerdo entre las personas respecto de lo que el derecho exige en situaciones concretas; más bien, la adecuada resolución de estos por parte de la autoridad política, a través de normas generales, supone un mecanismo de participación de las personas involucradas (alegando, probando, etc.) que las induce a obedecer las decisiones que ponen fin a aquella. Esto, sin perjuicio de que casi todos —si no todos— los ordenamientos jurídicos hacen uso de la coacción, la que es posible —como ya se adelantó— en tanto las conductas reguladas por el derecho son exteriores y objetivas y, por lo tanto, coercibles (pasibles de ser forzadas —físicamente o por otros medios—): si la conducta fuera meramente interna o requiriera una especial actitud subjetiva o interna de sujeto, su forzamiento sería impensable (Massini-Correas, 2005a, pp. 47-48).

En definitiva, para Massini-Correas (2008c), lo jurídico no se identifica por referencia a la coacción, de allí que —en este marco— sea incorrecto determinar la juridicidad de una norma verificando que su incumplimiento tenga como consecuencia la imposición de una sanción coactiva. Más bien, y por el contrario, la posición del autor es que la autoridad política está legitimada para recurrir a la coacción en tanto la exigencia de la que se trate tenga carácter jurídico.

Para el intelectual mendocino, la dirección y el respaldo del derecho por parte de la autoridad política se explica —y se justifica— en razón de que la coordinación adecuada —ordenada al bien común— de las conductas sociales requiere de una consideración omnicompreensiva de los asuntos humano-sociales que tienen lugar en el marco de la *polis*. Así, sostiene que en una “comunidad existe autoridad cuando, en la búsqueda del bien común del todo social existe un

misma naturaleza de la praxis política, que en infinidad de ocasiones está abierta a opciones que no son susceptibles de ser calificadas en términos de adecuación o no al derecho.

órgano (individual o colectivo) que coordina las acciones de los integrantes a través de directivas que se presentan como razones excluyentes para la acción” (Massini-Correas, 2020, pp. 19-20). Y que “la coordinación de las acciones humanas exigida por el bien común político sólo puede alcanzarse de dos modos: por la unanimidad o por la autoridad, y [...] que la unanimidad, en comunidades humanas extensas y complejas, resulta prácticamente inasequible” (p. 19).⁷ En este orden de cosas, incluso si todos los miembros de la comunidad tuvieran iniciativa y deseos de cooperar con el bien común, sería indispensable la existencia de una instancia superior de coordinación de esfuerzos y de resolución de controversias. Esto, en definitiva, es lo que, para Massini-Correas, justifica la autoridad política, lo que le otorga legitimidad; en otras palabras, es lo que explica su existencia como institución natural de la vida humana. Ello no quiere decir, por supuesto, que todo aquel que la ejerce se constituye en gobernante legítimo; en efecto, sólo lo es quien da cumplimiento al fin de la institución.

En definitiva, es la necesidad —y consiguiente justificación— de la autoridad política como instancia de dirección y respaldo de la praxis jurídica lo que genera la obligación de obedecer las normas jurídicas que de ella emanan y, por ende, lo que provoca el acatamiento generalizado de estas, así como de la aplicación que de ellas hace. Dicho de otra manera, el pensador considera que no bien las personas comprenden —a partir de la experiencia de los asuntos humanos— que su bien —en común— no puede alcanzarse sin aquella dirección y respaldo, captan que deben obedecer las normas jurídicas que aquella produce.

Todo esto se explica, en última instancia, en virtud de que todo deber ético —incluyendo, por supuesto, el jurídico— se asienta para el iusfilósofo en la noción de bien humano; este, que es lo perfectivo de la persona, no sólo se le presenta a esta como apetecible, sino también como debido, y por esto las normas jurídicas —expresa el autor—, en tanto se ordenan —de manera más o menos directa— a bienes humanos —en común—, generan deberes de obediencia (Massini-Correas, 2019a, p. 80) y provocan la acción humana. De tal modo, es claro que aquel acatamiento generalizado del derecho no se configuraría si sus destinatarios no tuvieran —y no experimentaran— la obligación de respetarlo. En este sentido, la autoridad política no podría simplemente forzar tal acatamiento por medio de la coacción. Esto, sin perjuicio de que puede haber casos de “leyes injustas”, es decir, de normas emanadas de la autoridad que contrarían manifiestamente el fin de bien común y que, por esto mismo —al no

7 Massini-Correas toma esta idea de John Finnis, quien, a su vez, la plasma en su libro *Ley Natural y derechos naturales* (2000, pp. 262-263).

tener carácter jurídico—, no generan ninguna obligación jurídica, ningún deber de obediencia (Massini-Correas, 2022, pp. 15-19).

Por otra parte, se dijo que, para el intelectual mendocino, el derecho busca coordinar cierto tipo de conductas, por lo que corresponde explicar con más detenimiento cuál sería ese “cierto tipo” de conductas a las que se refiere.

En primer lugar, la referencia a la conducta no se cumple por el mero hecho de que tenga a un hombre como sujeto, tal como sería el caso de la respiración o de un acto reflejo, sino de una conducta propia de la persona humana en cuanto tal que sólo ella pueda realizar. Esto supone un accionar “consciente, ordenado y regulado por la razón, y que el mismo sea voluntario, querido y procurado por el sujeto, que en virtud de ese querer es propiamente el sujeto de la conducta” (Massini-Correas, 2005a, p. 44). Este querer puede ser actual o meramente virtual, pero es siempre necesario para que el obrar sea propiamente humano y para que se pueda hacer responsable de él a la persona.

Luego, la conducta debe tener exterioridad, lo cual debe ser correctamente entendido, ya que no significa que deba ser meramente exterior, y esto es así porque “si así fuera no se trataría de una conducta humana en el sentido antes indicado, pues faltaría la participación de la subjetividad personal por vía del discernimiento intelectual y la intención libre” (p. 44). Más bien, la exterioridad se refiere, para Massini-Correas, a que se trata de una conducta humana exteriorizada, que puede ser evaluada socialmente, es decir, valorada o juzgada “desde fuera”. De allí que “conducta exterior” se contraponga únicamente a la que es puramente interior, que no trasciende de su sujeto (p. 45). Finalmente, la referencia a otro implica que los deberes jurídicos que establecen las normas tienen una contraparte, una persona —física o jurídica— distinta que, de acuerdo con las regulaciones concretas, puede reclamar el cumplimiento de la obligación (p. 46).

Asimismo, corresponde aclarar a qué se refiere la afirmación de que el derecho busca la coordinación de conductas a través de normas generales que establecen deberes objetivos. El carácter general de las normas implica que estas no toman en consideración los atributos subjetivos de sus destinatarios. Siendo así, se distingue lo jurídicamente debido de aquello que es objeto de la moral: en esta, la medida de lo debido se establece principalmente a través de la consideración de ciertas cualidades de los sujetos involucrados; de este modo, “no será la misma la medida de la templanza en la bebida para una anciana enferma que para un minero siberiano” (Massini-Correas, 2005a, pp. 47-48). Debido a esto, por ejemplo, la obligación jurídica de pagar una deuda de dinero no cam-

bia según sea pobre o rico el que deba pagarla. Esto no quiere decir que, para el autor, las normas jurídicas no puedan diferenciar entre categorías de sujetos en tanto esto se justifique, lo que sucede es que, una vez que la norma establece tal diferenciación, ya no corresponde considerar cualidades personales a fin de determinar si se cumplió o no con lo que la norma jurídica establece. A su vez, la objetividad de los deberes que establece la norma jurídica, como ya se expresó, implica que lo que esta establece puede ser cumplido sin importar el ánimo con el que lo hace el agente; en este sentido, quien cumple con lo que ordena la norma sólo para evitar ciertas consecuencias desagradables cumplirá con el deber jurídico de la misma forma y en el mismo grado que quien obedece la disposición normativa porque entiende que debe hacerlo (Massini-Correas, 2005a, p. 47).

Por otra parte, la concepción de Massini-Correas acerca del derecho supone que este no puede ser pensado independientemente de su realización en la vida política: sus exigencias sólo pueden plantearse y tener sentido en el marco de la *polis* y, en este sentido, se habla de la politicidad del derecho. Es el bien común político, en última instancia, lo que determina para el iusfilósofo si una exigencia concreta es jurídicamente obligatoria. En efecto, para el intelectual mendocino, las exigencias del derecho pierden su fuerza en la medida en que se diluye la cohesión política. Como consecuencia de ello, los diversos bienes considerados por las normas jurídicas “no son meramente particulares, sino que son determinaciones o concreciones del bien que funda la comunidad” (Massini-Correas, 2005a, p. 161); es decir, para el autor, el derecho no protege ningún bien particular que no se vincule de forma más o menos directa con las exigencias comunitarias.

Ahora bien, cabe hacer algunas aclaraciones respecto de lo dicho a fin de no caer en confusiones. La tesis de la politicidad del derecho no debe confundirse con la tesis de la estatalidad, y esto es así porque la tesis de la politicidad parte de la naturaleza humana y los bienes que la perfeccionan para justificar racionalmente al Estado y después al derecho, mientras que en la tesis estatalista ello está ausente, ya que —de acuerdo con esta— primero se da el Estado como hecho fáctico y éste dicta sus normas, que son jurídicas sólo porque tienen su origen en un Estado (en el sentido de aparato coactivo que monopoliza el uso legítimo de la fuerza física en una sociedad) ya existente (Olgiatti, 1977, pp. 227-234).

Asimismo, tampoco debe confundirse con la tesis de la socialidad del derecho, según la cual toda sociedad es creadora de derecho (pp. 227-234). Por

el contrario, sólo lo es la comunidad perfecta, que es la política, de modo que en la familia o en una libre y honesta asociación, como puede ser una empresa comercial o una universidad, pueden haber normas, pero no normas jurídicas; en otros términos, esas normas sólo adquirirán carácter jurídico en tanto la autoridad los reconozca como obligatorios, en el entendimiento de que su cumplimiento es exigido por el bien común.

6.1 Las exigencias sustanciales del derecho

Asimismo, se dijo que —según la concepción del pensador— el derecho se vale de normas que recogen ciertos contenidos básicos, y esto tiene importantes implicancias.

En primer lugar, que no toda norma establecida e imperada por la autoridad política es derecho, sino sólo aquella que cumple con esos contenidos. Si el derecho tiene como fin intrínseco el bien común —en su aspecto meramente externo—, es claro que para el iusfilósofo mendocino las normas que atentan manifiestamente contra él no forman parte del ordenamiento —o realidad— jurídico (Massini-Correas, 2022, p. 19). En esta línea, para Massini-Correas (1987a, pp. 103-106) hay principios jurídicos de los que se vale el derecho sin necesidad de que sean establecidos e imperados por la autoridad y que —recogiendo la terminología tradicional— pueden ser llamados “derecho natural”.

Estos —sostiene el iusfilósofo— son autoevidentes, es decir, el intelecto los capta a través de la experiencia de los asuntos humanos (al conocer las estructuras de la realidad, especialmente humana), lo que se explica por el primer principio práctico, que opera en el razonamiento práctico (el que se dirige a la acción) de la misma manera que el de no contradicción en el razonamiento teórico (referido a la contemplación de las realidades externas).

La razón práctica, afirma Massini-Correas (1995), se ordena a la operación y esto siempre es por un fin que tiene razón de bien, de allí que “no bien apprehendida la noción de bien se la vincula a la operación como conveniente y se capta el primer principio práctico: el bien ha de hacerse” (p. 85). Este principio subyace a todo razonamiento práctico y, así, a toda norma ética —y, por supuesto, jurídica—. En virtud de ello, cuando el intelecto apprehende los aspectos básicos del bien humano, también formula la norma que prescribe participar de él. Estas normas son para el intelectual los principios del orden ético, lo que tradicionalmente ha sido llamado “ley natural”, y cuando se los refiere a las exigencias del bien común político —en su aspecto externo—, adquieren

carácter jurídico. De tal manera, todas las normas jurídicas son determinaciones más o menos directas de los principios jurídicos. Estos, entonces, fundamentan la obligatoriedad del derecho y proveen sus contenidos (Massini-Correas, 2020, pp. 99-101). Puede decirse que impregnan toda la praxis en la que consiste el derecho, dándole inteligibilidad, operatividad y coherencia. En este sentido, incluso si el cuerpo de normas jurídicas producidas por la autoridad se ordenara adecuadamente al bien común, la praxis que se vale de ellas no podría cumplir su fin si prescindiera de los principios.

Ahora bien, ¿cuáles son, para Massini-Correas, las exigencias de los principios jurídicos? O ¿cuál es, para él, el contenido de estos? Frente a estas preguntas, debe señalarse que si para el autor el derecho tiene como fin el bien común político —en su aspecto meramente externo—, la determinación del contenido de aquellas exigencias no requiere otra cosa que identificar los contenidos concretos de ese bien.

En este sentido, se dijo antes que, para el intelectual, este se traduce en un ámbito social en el que los miembros de la comunidad tienen la posibilidad de perfeccionar o desarrollar su naturaleza personal, de allí que las exigencias que suponen los principios en cuestión tengan que estar referidas a lo que la persona necesita para lograr esa perfección o desarrollo. Esto, a su vez, supone claramente la existencia de una naturaleza o esencia humana y, así, de bienes —humanos— que la perfeccionan. Por lo tanto, puede afirmarse que, para el autor, los principios jurídicos no son otra cosa que normas universales primeras (desde un punto de vista normativo) que exigen el respeto y favorecimiento de los bienes humanos que se corresponden con los aspectos centrales o básicos del perfeccionamiento humano, en el marco de lo que está al alcance del derecho (Massini-Correas, 2020, pp. 104-105). Tales principios —sostiene el intelectual— se significan en las últimas décadas mediante la expresión “derechos humanos”, lo que implica considerar a aquellos desde el punto de vista del sujeto beneficiario de las conductas respectivas. Si se entiende a los derechos humanos de esta manera, es cierto —en este marco— que fundan y proveen de contenidos a los ordenamientos —o realidades— jurídicos (Massini-Correas, 2019a, p. 117).

Massini-Correas adopta lo que Finnis (2000) llama “el principio epistemológico”, el cual implica que

no se puede conocer la naturaleza de las cosas sin conocer las capacidades de esas cosas, las que a su vez no podemos comprender sin el conocimiento de las actividades que las actualizan, las que no pueden, por su parte, entenderse adecuadamente sin conocer los objetos de esas actividades. (Massini-Correas, 2019, p. 95)

De acuerdo con esto, el conocimiento de la naturaleza humana no es la fuente a partir de la cual se conocen los bienes humanos; más bien, ese conocimiento es el resultado de nuestra comprensión de los objetos inteligibles de la voluntad humana y de su acción, y esos objetos son para Finnis (2000) los llamados “bienes humanos básicos”, los cuales son formas autoevidentes del bien humano.

Ahora bien, para el autor mendocino, a diferencia de lo que sostiene el australiano, las formas básicas del bien humano se presentan al intelecto como debidos, exigiendo su realización (Massini-Correas, 1995, p. 73). De allí que, para Massini-Correas (2019a, p. 96), el conocimiento ético, de lo que debe hacerse, “nazca” como práctico-normativo. En este sentido, sostiene que la tradición de la ley natural, si es rectamente entendida, no incurre en lo que ha sido denominado “falacia naturalista”, que consiste en deducir proposiciones prácticas de proposiciones teóricas (Massini-Correas, 1995, p. 61). Más allá de esto, corresponde señalar que el iusfilósofo mendocino no adhiere (por lo menos expresamente) a la enumeración taxativa que —en sus diferentes libros— hace Finnis de los bienes humanos básicos.⁸ Más bien se limita a señalar que estos son los que perfeccionan la naturaleza humana.

Finalmente, el pensador también sostiene que si no se quiere dejar incompleta la fundamentación del derecho, “es necesaria una remisión a una realidad absoluta, trascendente y personal, realidad a la que los hombres habitualmente llaman Dios” (Massini-Correas, 2005a, p. 199). Para él, la justificación última de las exigencias del orden ético y, por supuesto, del jurídico es Dios mismo, considerado en su aspecto deóntico. Así, afirma que el conocimiento de las estructuras de la realidad hace evidentes al entendimiento los principios éticos —y jurídicos— en virtud de que tales estructuras son el signo por medio del cual la ley eterna se participa como ley natural —principios éticos— en la razón humana. De otra manera, sostiene que los principios éticos existen “primero *ante naturam hominis*, en Dios [...]; después *in naturam hominis*, reflejando y significando el pensamiento divino que la ha creado y, finalmente, *post naturam hominis*, en el espíritu del hombre” (Massini-Correas, 1987a, p. 123).

Es decir, para el autor, Dios ordena la actividad humana de acuerdo con su naturaleza racional y libre, esto es, a través de normas que le prescriben al ser humano la actualización de sus potencialidades, siendo que estas son conocidas por la persona en la medida en que conoce la realidad trascendente a sí mismo.

8 Finnis (2000, pp. 113-131) enumera siete en su libro *Ley natural y derechos naturales*: vida, conocimiento, juego, experiencia estética, sociabilidad o amistad, razonabilidad práctica y religión.

6.2 Las exigencias formales del derecho

Por último, y para completar el desarrollo de cada uno de los elementos del concepto de derecho antes establecido, corresponde referirse a las exigencias jurídicas formales, a las que el intelectual mendocino, siguiendo la terminología tradicional, se refiere como exigencias del gobierno del derecho o *rule of law*.

Estas aluden a que la coordinación de conductas mediante normas debe hacerse de cierta manera. Dicho de otro modo, estas exigencias, a diferencia de las vinculadas con los contenidos de las normas, no están referidas a lo que el derecho debe exigir, sino a cómo debe hacerlo. En este sentido, se trata de requerimientos que impulsan y están presupuestos en el desarrollo del derecho y, por ello, rigen la vida jurídica sin necesidad de que su cumplimiento sea prescripto por las normas positivas. Esto último permite referirse a aquellos requisitos como el aspecto formal del derecho natural.

En efecto, Massini-Correas (2022) sostiene que toda “regla de reglas o norma de normas requiere pertenecer a un nivel deóntico superior a la de la norma normada [...] para que sea posible ejercer sobre ella su función crítica y preceptiva” (p. 17). Y que “si la norma que establece los requisitos formales de la ley fuera del mismo nivel deóntico que la norma a la que se aplica, carecería de autoridad para regularla” (p. 17). De acuerdo con esto, no duda en afirmar que “la idea misma del gobierno del derecho resulta ser claramente iusnaturalista” (p. 17).

Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto, el iusfilósofo concentró su atención en las relaciones que se dan entre los requisitos formales del derecho y la dignidad humana, sin enumerar ni desarrollar cada uno de ellos en particular, por lo que en adelante se procurará, de acuerdo con las posiciones del autor, esbozar el conjunto de exigencias formales básicas que se descubre en el marco general de su pensamiento.

De tal manera, puede decirse que, para el autor, el primer requisito formal es que las normas a las que se quiere sujetar las conductas sean promulgadas, es decir, dadas a conocer, lo que puede hacerse por distintas vías según las características de la comunidad de la cual se trate. Esto no exige que todas las normas sean conocidas por todos; en efecto, los ordenamientos jurídico-normativos modernos contienen una cantidad de normas tal que hace imposible su conocimiento preciso, aun por quienes se dedican a su estudio. Lo que exige el requisito de promulgación es que los miembros de la comunidad tengan la posibilidad de conocerlas, de modo que lo hagan y así puedan adecuar su conducta a ellas.

Considérese que el ordenamiento —o realidad— jurídico no podría confi-

gurarse como tal si las personas que están sometidas a él desconocieran absolutamente las normas, y esto es así porque aquél supone que sus normas regulan efectivamente —por lo menos, en cierto grado— la conducta de sus destinatarios. Ahora bien, no está demás señalar algunas cuestiones referidas a la exigencia en cuestión.

En primer lugar, que la pertenencia del derecho al orden ético hace que sus exigencias más básicas sean efectivamente conocidas y que otras no tan básicas puedan ser intuitas en tanto son una determinación de las primeras; y, en segundo lugar, que las normas jurídicas en gran medida acompañan o nacen de las costumbres sociales, lo que también contribuye —en gran medida— a su conocimiento generalizado. A lo que cabe agregar que las normas jurídicas son conocidas en general de manera indirecta, es decir, a través de quienes las conocen de manera directa (a través del mecanismo institucionalizado de su promulgación) o indirecta, de allí que la existencia de mecanismos formales e informales de difusión de las normas sea fundamental en orden al cumplimiento del requisito bajo análisis. Todo esto, sin perjuicio de que una buena parte del derecho contiene regulaciones normativas (como las referidas a determinadas actividades, actos formales de disposición, procedimientos de distinto tipo, etc.) que no requieren —a fin de poder adecuarse a ellas— ser conocidas por la mayoría de las personas en su vida cotidiana.

En segundo lugar, las normas deben regir a partir de su promulgación, es decir, hacia el futuro. Si el derecho busca sujetar conductas a normas con el propósito de contribuir a la buena convivencia política, sería absurdo que las normas regulen conductas que ya tuvieron lugar. Esto quiere decir que las normas jurídicas deben establecerse e imponerse antes de que las conductas, que son su objeto, tengan lugar. Este requisito se manifiesta en los ordenamientos —o realidades— jurídicos modernos a través de la denominada “invalidéz de las leyes retroactivas”, y de manera especialmente cuidadosa en el ámbito de las sanciones.

Esto no quiere decir que el derecho no pueda considerar hechos pasados a fin de prescribir conductas futuras, por ejemplo, si se estableciera que quienes ganaron una determinada cantidad de dinero en el pasado deben pagar un impuesto especial destinado a remediar un problema social grave, súbito e imprevisto. En este caso, como puede advertirse, no se está prescribiendo la conducta de pagar impuestos en el pasado, sino en el futuro. Más allá de esto, cabe señalar que el derecho, en muchas ocasiones, requiere de normas retroactivas: esto ocurre cuando atribuyen efectos jurídicos a conductas pasadas con el fin de remediar una situación de confusión o incertidumbre provocada por

el incumplimiento —o cumplimiento defectuoso— de otra exigencia formal del derecho (promulgación, claridad/precisión/coherencia/posibilidad y estabilidad) (Fuller, 1967, pp. 64-74). Esto último implica, como puede advertirse, que la retroactividad es algo que —a lo sumo— el derecho tolera, pero que no deja de ser una deficiencia de la praxis jurídica.

Otra exigencia formal del derecho es que sus normas deben ser claras, precisas, posibles y coherentes entre sí, en orden a ser fácilmente entendidas y cumplidas por sus destinatarios. Ello significa que no deben ser oscuras, vagas, de cumplimiento imposible o contradictorias. Esta exigencia adquiere una importancia fundamental en los modernos ordenamientos jurídico-normativos, constituidos por una multiplicidad de normas altamente indeterminadas y conjuntos normativos orgánicos que difieren en cuanto al objeto de regulación, rango, vigencia territorial, etc. Sin embargo, el requisito no implica condenar de por sí la recepción de aquellas normas que hacen depender las consecuencias jurídicas de estándares tales como la “buena fe” o el “debido cuidado”. Como dice Aristóteles, no se puede ser más precisos de lo que permite la naturaleza del asunto, por lo que, en palabras de Fuller (1963), “algunas veces la mejor forma de aclarar las cosas es aprovechar los estándares de juicio que se ha formado en la vida ordinaria fuera de las cámaras legislativas” (p. 76).

En efecto, muchos ámbitos de la praxis jurídica no permiten más precisión de la que tienen, lo que, según el lenguaje técnico-jurídico actual, se denomina “conceptos jurídicos indeterminados”, lo cual se explica fundamentalmente por la limitación de la capacidad humana de previsión (Hart, 2011, p. 160). No obstante ello, la experiencia de los casos concretos que se presentan ante quienes deben aplicar el derecho dan paso a normas jurídicas más determinadas, que luego integran el derecho normativo.

También la estabilidad es un requisito formal de la praxis jurídica, y esto es así porque si sujeta cierto tipo de conductas sociales a normas, estas deben tener una permanencia temporal tal que permita que las personas las aprehendan e incorporen en sus comportamientos y, de esta manera, puedan actuar con seguridad y confianza en sus relaciones sociales, favoreciéndose así el bien comunitario. Esto no quiere decir que las normas no deban modificarse en orden de adaptarse a los cambios de circunstancias; por el contrario, la praxis jurídica exige una adecuación de las normas según lo exijan nuevas valoraciones sociales, desarrollos tecnológicos, conflictos políticos, emergencias económicas, crisis sociales, etc. Lo que exige el requisito formal en cuestión es que no haya cambios reiterados y súbitos de las normas jurídicas que provoquen confusión y

que defrauden las expectativas legítimas de sus destinatarios y, a su vez, que las modificaciones respondan estrictamente a los requerimientos del bien común. Este requisito también comprende una aplicación estable de las normas por parte de quienes están encargados de ello, y esto es así porque, como ya se dijo, las normas jurídicas generales también se manifiestan a través del conjunto de decisiones concretas de quienes las aplican en los casos concretos. Siendo esto así, una aplicación cambiante y sorpresiva de las normas produciría el mismo efecto que las modificaciones reiteradas y súbitas de estas.

El último requisito formal del derecho, y quizás el más importante, es que las normas sean aplicadas a todas las personas, especialmente a las más poderosas, y de la misma manera. Este requisito se vulnera en la medida en que hay personas a las cuales se les consiente el privilegio de no ser afectadas por la aplicación de aquellas o de obtener una aplicación más benigna en relación con los demás. El remedio institucional contra estas desviaciones del ordenamiento —o realidad— jurídico son las exigencias procedimentales que se establecen a fin de aplicar las normas (establecidas, a su vez, por otras normas) y en la medida en que: a) establezcan con antelación quiénes son los encargados de aplicar las normas correspondientes (según las personas, el tiempo, el lugar, la materia, etc.); b) no se permita que quien aplica la norma tenga motivos que puedan inducirlo a perjudicar o beneficiar a la persona eventualmente afectada por la aplicación; c) se les otorgue a los interesados la posibilidad de esgrimir los argumentos de hecho (lo que implica poder ofrecer pruebas de lo que se afirma) y de derecho que favorecen su pretensión, así como los que desvirtúan la de la parte contraria; d) se les facilite a las personas la asistencia adecuada de quienes conocen las normas; y d) la aplicación (y, en general, toda decisión relevante tomada en el curso de un procedimiento de aplicación) pueda ser revisada por otros aplicadores.

Este requisito formal implica que quien —o quienes— ejercen el poder político —el gobernante—⁹ también estén sujetos a las normas jurídicas. El derecho exige que quien —o quienes— ejercen el poder político deben hacerlo de conformidad con sus exigencias y que deben estar sujetos al resto de las normas que integran el ordenamiento —o realidad— jurídico. Esto no impide establecer diferenciaciones en tanto estén justificadas de cara al bien común de la *polis*. Es así que quien ejerce la autoridad política puede estar eximido de ciertos deberes que el resto de

9 Con el término “gobernante” se hace referencia a quien —o quienes— ejerce la autoridad política, de allí que si se aplica el término a las sociedades occidentales contemporáneas, en las cuales el ejercicio del poder político se distribuye entre una gran cantidad de personas (que —según las téc-

las personas deben cumplir e, inversamente, cargar con algunos deberes que no les son exigidos a los demás; esto, por supuesto, sin considerar las regulaciones normativas a las que esté sometido el ejercicio mismo del poder político.

En línea con lo expuesto, Massini-Correas (2022) comparte la siguiente afirmación de Henry de Bracton (1210-1268), quien, según el autor mendocino, es el primero que sistematizó en Inglaterra las exigencias del *rule of law*: “El monarca debe constitutivamente obedecer las leyes del reino, ya que son estas leyes las que lo hacen rey, y, por lo tanto, si no las obedeciera, estaría atentando contra su propia legitimidad” (p. 35).

La satisfacción de todas estas exigencias, como puede advertirse, se produce gradualmente a través de una cierta configuración de la praxis social en la que consiste el derecho y supone una cierta disposición de las instituciones encargadas de establecer y aplicar las normas jurídicas. Además, si no se considera el último requisito, puede advertirse que las exigencias formales están intrínsecamente conectadas entre sí, lo que hace que la satisfacción de unas suponga un avance en el cumplimiento de otras y una relajación de estas. De tal modo, por ejemplo, la satisfacción del requisito de estabilidad relajará los mecanismos que exige el requisito de promulgación, y el cumplimiento del requisito de claridad/precisión/coherencia hará innecesario que la praxis jurídica tolere normas retroactivas.

Más allá de todas las especificaciones hechas, lo importante es dejar en claro que, para el iusfilósofo, las exigencias jurídicas formales confluyen en el requisito general de que el derecho trate a las personas de igual manera, en tanto tienen la misma dignidad o excelencia entitativa, y respetando su naturaleza, es decir, exigiendo que las personas adecúen su conducta a las normas de forma racional y libre con pleno conocimiento de las eventuales consecuencias que puede tener su cumplimiento e incumplimiento. Así, expresa que “las exigencias del *rule of law* [...] suponen una salvaguarda de la dignidad de la persona humana, aunque esta salvaguarda no sea la única que resulta necesaria” (Massini-Correas, 2022, p. 15) y que “una regulación que pretendiera causar determinadas conductas apelando a la violencia, el miedo o a cualquier otro método más o menos pavloviano, no sería jurídica” (p. 25).

En relación con lo dicho, se ha afirmado que las exigencias formales del derecho pueden ser utilizadas por quien ejerce la autoridad política con el

nicas jurídicas modernas— actúan como órganos a los que se les asignan jerarquías, competencias, prohibiciones, etc.), comprende a jueces, tribunales superiores, legisladores, presidentes, primeros ministros, ministros, agencias reguladores, intendentes, alcaldes, etcétera.

objetivo de perseguir fines personales y contrarios al bien común.¹⁰ Sin embargo —por lo menos si el análisis se circunscribe a los requisitos enumerados—, es realmente difícil que esto ocurra, puesto que la última exigencia formal de la praxis jurídica requiere que las normas generales (que pueden hacer categorizaciones sólo en la medida en que lo exija el bien común político) sean aplicadas a todas las personas, especialmente a las más poderosas —lo que incluye a quienes ejercen la autoridad política— y de la misma manera. Por lo demás, incluso sin considerar este último y fundamental requisito, un análisis superficial de los regímenes políticos tiránicos del pasado y del presente revela que en estos no se da cumplimiento a las exigencias jurídicas formales básicas, lo que se explica —de acuerdo con las consideraciones del iusfilósofo mendocino— por el hecho de que el gobernante tiránico —que persigue fines personales y contrarios al bien común— no tiene motivos para cumplir con aquellas en la medida en que tenga la posibilidad fáctica de no hacerlo, y esto es así, en última instancia, porque las exigencias formales básicas están intrínsecamente ordenadas al bien común. De tal manera, el pensador sostiene que, si bien en las exigencias jurídicas formales “puede existir alguna dimensión técnico-instrumental, esta se ordena y se encuentra integrada en un conjunto de actividades o praxis que se ordenan constitutivamente a la promoción, realización o defensa de algún bien humano básico” (Massini-Correas, 2022, p. 59). En efecto, el fin del derecho —el bien común en su aspecto externo— no se asegura a través del mero cumplimiento de las exigencias jurídicas formales. Más bien, el logro de ese fin requiere primordialmente del cumplimiento de las exigencias jurídicas sustanciales.

7. Conclusiones

Una vez expuesto el concepto de derecho que subyace en las reflexiones Massini-Correas sobre distintas cuestiones centrales de la iusfilosofía y habiéndose considerado cada una de sus notas constitutivas, corresponde extraer algunas conclusiones.

Lo primero que cabe decir es que, para el iusfilósofo, el derecho se presenta en las comunidades políticas existentes, presentes y pasadas de una manera más

10 Como las exigencias jurídicas formales también conducen a fortalecer la eficacia práctica del derecho, de hacer más fluida su dirección de la conducta y convertirla en más aceptable para los ciudadanos, esto último ha llevado a varios autores de raigambre positivista (Hart, Raz, Kramer) a defender la idea de que, en realidad, el *rule of law* no es intrínsecamente una realidad moral, sino, ante todo, un artificio técnico para alcanzar una mayor obediencia al derecho.

o menos defectuosa, es decir, presentando deficiencias más o menos intensas o generalizadas en la configuración de sus elementos o notas constitutivas (Massini-Correas, 2022, p. 17). Más aún, el derecho, al igual que la persona humana y la comunidad política, no se manifiesta nunca en su estado perfecto, esto es, presentando de manera cabal cada uno de los elementos cuya configuración hace que se esté en presencia de un ordenamiento —o realidad— jurídico; por el contrario, de las posiciones de Massini-Correas surge que cada Estado contiene un ordenamiento —o realidad— jurídico más o menos desarrollado. Esto puede apreciarse al advertir que nadie duda en afirmar que, en tal o cual comunidad completa, el ordenamiento —o realidad— jurídico se encuentra más o menos desarrollado que en otros. Y no hace falta para ello recurrir a la consideración de los llamados “Estados totalitarios” de la primera mitad del siglo XX, sino que basta una mera comparación entre los Estados actuales para advertir la veracidad de tal afirmación. Ello, por otra parte, no quiere decir que mediante el análisis y la experiencia de los ordenamientos —realidades— jurídicos concretos no se puedan identificar, tal como lo hace el autor, sus elementos necesarios o notas constitutivas y así descubrir lo que es.

Ahora bien, surge naturalmente la pregunta acerca del grado de deficiencias admisibles en orden a considerar si existe o no el derecho en una comunidad determinada. Y cabe presumir, por su filiación aristotélica, que, para Massini-Correas, es una cuestión que sólo puede ser resuelta con la precisión que admite la naturaleza del objeto. De tal modo, si la praxis social no cuenta con la dirección y el respaldo suficiente por parte de la autoridad política, si carece de normas generales o no logra cierto grado de cumplimiento de las exigencias jurídicas básicas (tanto sustanciales como formales), no se constituirá como derecho, como realidad jurídica. En muchos casos, puede saberse con certeza que se está en presencia de un ordenamiento —o realidad— jurídico y, en otros, que este no se configura, ya que también hay supuestos en los que la cuestión no es susceptible de ser resuelta con certeza. Si, por ejemplo, se considera una comunidad en la que las normas generales son escasas y vagas, donde la autoridad se limita a resolver sólo las controversias —jurídicas— que son de su interés y se vale de una aplicación absurda (manifiestamente contraria a sus fines o burdamente apartada del significado de los términos que la componen) de las normas para perseguir a sus opositores y beneficiar a sus aliados o amigos, además de imponer penas de cárcel o muerte por hechos ocurridos antes de que se promulguen las normas que establecen los delitos y las penas respectivas, etc., es evidente que el Estado referido carece de derecho. Lo mismo puede decirse respecto

de una comunidad completa en la que los bienes humanos fundamentales no están mínimamente atendidos por la praxis jurídica (la cual, en rigor, no sería tal): por ejemplo, si se censurara la expresión de ideas y opiniones, si el bien del conocimiento se apartara injustificadamente del alcance de ciertos grupos de personas, si los hijos fueran separados de sus padres al nacer, etcétera.

De la misma manera, cabe pensar que, para el intelectual mendocino, la praxis jurídica no sería tal si no se valiera de normas generales (Massini-Correas, 2022, p. 12). Si en una comunidad estas no existieran y los conflictos entre las personas fueran decididos casuísticamente por la autoridad sin referencia a normas generales, manifestando sus decisiones a través de directivas particulares y singulares, sería claro que, para el autor, en esta no rige el derecho (basta pensar en una comunidad primitiva en la que el jefe se limita a decidir, según su capricho o sus intuiciones acerca de lo que es justo, los conflictos que son sometidos a su resolución por parte de los miembros de tal comunidad). Esto no significa que las normas generales no puedan manifestarse a través del conjunto de decisiones concretas de quienes están a cargo de aplicar el derecho. Lo que sucede, en este caso, es que el elemento de generalidad considerado se presentaría una vez que los aplicadores, luego de resolver un número considerable de casos del más diverso tipo, hayan logrado producir un conjunto amplio, coherente y suficiente (en orden a coordinar la convivencia política hacia su bien) de normas generales. Lo que la nota de generalidad exige, en definitiva, es que la coordinación de conductas en que consiste la praxis jurídica debe hacerse a través de normas generales, más allá del mecanismo utilizado para su establecimiento e imposición, y que su aplicación debe ser coherente (entre los distintos aplicadores y considerando también a un mismo aplicador) y honesta, ya que si las normas generales fueran aplicadas según interpretaciones cambiantes, manifiestamente apartadas del significado de los términos que las componen o del fin que las inspira, la situación no diferiría de aquella en la que no hay normas generales.

Todo esto permite advertir, por otra parte, que el derecho es, para el autor, mucho más que un mero conjunto de órdenes emanadas de la autoridad política. Además, si el derecho es, para el autor, una praxis social dirigida y respaldada por la autoridad, es claro que si en una comunidad completa la autoridad no se constituye, carecerá de ordenamiento —o realidad— jurídico. De allí que una comunidad que no posee un centro de producción y aplicación normativa carezca de derecho según las posiciones de Massini-Correas. Será una comunidad que, al no contar con una instancia que permita una conside-

ración omnicomprendiva de los asuntos humano-sociales, no podrá coordinar adecuadamente —hacia el bien común— las conductas sociales correspondientes y no podrá asegurar la resolución definitiva de las controversias acerca de lo que las normas exigen en casos concretos a partir de una aplicación coherente (entre los distintos aplicadores y considerando también a un mismo aplicador) y honesta (ajustada al significado de los términos que las componen y al fin que las inspira) de ellas. De igual manera, cabe pensar que tampoco podrá asegurar la satisfacción del requisito formal de igualdad en la aplicación de las normas.

Todo esto, sin perjuicio de señalar que el resto de las notas constitutivas del derecho (la objetividad de los deberes que imponen las normas y el carácter de las conductas reguladas en tanto exteriores y referidas a otro), por ser tales, también deben presentarse a fin de estar frente a un ordenamiento —o realidad— jurídico. Lo que sucede es que, al ser altamente difícil —sino imposible— que estos elementos no se presenten, una vez que se presentan los demás, se los presupone. Más allá de esto, por más obvia que parezca la cuestión, no está demás señalar —siempre según el pensamiento del iusfilósofo— que la praxis jurídica no sería tal si se valiera de normas que establezcan deberes para con uno mismo, o apelaran a un ánimo virtuoso —no verificable intersubjetivamente— en orden a su cumplimiento o si regularan conductas no exteriorizables (si es que se admite esta expresión).

Lo dicho podría llevar a la conclusión de que, para Massini-Correas, el derecho no es una realidad natural de la vida humana, en virtud de que este no se presenta inexorablemente en toda comunidad. Sin embargo, esto no es así; por el contrario, para el autor, el derecho es una realidad natural de la vida humana en tanto es la forma de regular el comportamiento humano-social que respeta y se conforma a la naturaleza racional y libre de la persona, y que se ordena a que esta pueda perfeccionarse como tal participando —de manera racional y libre— de los bienes humanos básicos. De allí la vinculación intrínseca entre el derecho y la dignidad humana, manifestada esta en la racionalidad y libertad de la persona.

En efecto, las exigencias jurídicas formales —en el marco del pensamiento del pensador— apuntan a que las personas adecúen su conducta a las normas de forma racional y libre, lo que contrasta con los mecanismos que se utilizan para condicionar la actividad de los animales (como cuando se trasladan vacas de un campo a otro o se provoca su reproducción) y que apelan a su propio dinamismo, carente de racionalidad y libertad.

A su vez, y por otra parte, los contenidos (bienes) básicos que deben recoger

las normas jurídicas confluyen en una exigencia general de respetar y favorecer el perfeccionamiento de la naturaleza humana en la medida en que esto dependa de la conducta de otros. En definitiva, es por esto que, para el iusfilósofo mendocino, el derecho existe en potencia en la realidad humana social y su puesta en acto —en mayor o menor grado— debe considerarse un logro humano que manifiesta un progreso de la civilización. Para el autor, en definitiva, el derecho no es un mero instrumento ideado e implementado por el ser humano con el fin de alcanzar ciertos objetivos sociales arbitrariamente establecidos. Por el contrario, entiende que ni el fin del derecho ni sus formas son un mero invento humano, sino que existen incoativamente en la persona humana y esta los descubre mediante su razón en la medida en que experimenta las realidades humanas.

Todo esto, a su vez, refuerza lo dicho en un principio respecto de la tesis del pensador consistente en que el derecho es una praxis, una actividad ordenada por la razón práctica, que es la que descubre el bien humano guiando la conducta hacia él y perteneciendo así al orden ético. Esto, en tanto requiere de personas moralmente virtuosas, más concretamente, justas (la virtud moral de la justicia inclina la voluntad de quien la adquiere para darle a cada uno lo que le corresponde según el derecho, a actuar según lo que exige el ordenamiento jurídico) y prudentes (la prudencia es la virtud moral e intelectual que le da a quien la adquiere la capacidad de discernir en cada caso concreto cuál es la conducta adecuada, es decir, ordenada al bien humano; de allí que quepa hablar de una prudencia jurídica cuando lo que se debe discernir es la conducta que exige el derecho en una situación concreta). En otras palabras, las posiciones del autor permiten afirmar que ningún ordenamiento —o realidad— jurídico se constituiría, conservaría y desarrollaría como tal si los integrantes de la *polis*, primordialmente quienes ejercen la autoridad política —en virtud de su función de dirección y respaldo de la praxis jurídica—, fueran imprudentes o injustos. El derecho requiere que sus operadores (es decir, todos) —y de manera creciente, según el grado de protagonismo en la praxis jurídica— sean capaces de discernir correctamente lo que este exige a los efectos de su establecimiento y aplicación y que tengan la voluntad de efectivizar tales exigencias. De allí que, para Massini-Correas, sea claro que una comunidad de personas injustas e imprudentes nunca podría lograr el establecimiento de un ordenamiento —o realidad— jurídico.

Bibliografía

- Finnis, J. (1980). *Natural Law and Natural Rights*. Clarendon Law Series.
- Finnis, J. (2000). *Ley natural y derechos naturales* (Trad. C. Orrego). Abeledo-Perrot.
- Fuller, L. (1967). *La moralidad del derecho*. Editorial F. Trillas.
- Hart, H. (2011). *El concepto de derecho* (3ª ed., Trad. G. Carrió). Abeledo Perrot.
- Massini-Correas, C. I. (1976). *Ensayo crítico acerca del pensamiento filosófico-jurídico de Carlos Marx*. Abeledo-Perrot.
- Massini-Correas, C. I. (1980a). *La revolución tecnocrática y otros ensayos políticos*. Editorial Idearium.
- Massini-Correas, C. I. (1980b). *Sobre el realismo jurídico*. Abeledo Perrot.
- Massini-Correas, C. I. (1980c). *La desintegración del pensar jurídico en la Edad Moderna*. Abeledo Perrot.
- Massini-Correas, C. I. (1980d). *Política-Derecho-Equidad. Una concepción realista de la política y el derecho*. Editorial Jurídica de Chile.
- Massini-Correas, C. I. (1984). *El renacer de las ideologías. Ensayo sobre la génesis, estructura y recurrencia del ideologismo político*. Editorial Idearium, Universidad de Mendoza.
- Massini-Correas, C. I. (1987a). *El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho*. LexisNexis/Abeledo Perrot.
- Massini-Correas, C. I. (1987b). *Derecho y ley según Georges Kalinowski*. Editorial Idearium/Universidad de Mendoza.
- Massini-Correas, C. I. (1994). *Los derechos humanos en el pensamiento actual* (2ª ed.). Abeledo-Perrot.
- Massini-Correas, C. I. (1995). *La falacia de la falacia naturalista*. Editorial Idearium, Universidad de Mendoza.
- Massini-Correas, C. I. (Coord.). (1996). *El iusnaturalismo actual*. LexisNexis/Abeledo Perrot.
- Massini-Correas, C. I. (1998). *El derecho natural y sus dimensiones actuales*. Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma.
- Massini-Correas, C. I. (2004). *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Massini-Correas, C. I. (2005a). *Filosofía del derecho. Tomo I. El derecho, los derechos humanos y el derecho natural*. LexisNexis/Abeledo Perrot.
- Massini-Correas, C. I. (2005b). *Filosofía del derecho. Tomo II. La justicia*. LexisNexis/Abeledo Perrot.
- Massini-Correas, C. I. (2006a). *La prudencia jurídica*. LexisNexis/Abeledo Perrot.
- Massini-Correas, C. I. (2006b). *La ley natural y su interpretación contemporánea*. Ediciones Universidad de Navarra.
- Massini-Correas, C. I. (2008a). *Filosofía del derecho. Tomo III. El razonamiento y la interpretación jurídica*. LexisNexis/Abeledo Perrot.
- Massini-Correas, C. I. (2008b). *Objetividad jurídica e interpretación del derecho*. Abeledo Perrot.
- Massini-Correas, C. I. (2008c). Tercera parte. La tradición del iusnaturalismo realista clásico. En Botero Bernal, A. (Ed.), *Filosofía del derecho argentina* (pp. 117-151). Temis.
- Massini-Correas, C. I. (2012). Entre reductivismo y analogía. Sobre el punto de partida de la filosofía del derecho. *Persona y Derecho*, 67, 353-385.
- Massini-Correas, C. I. (2014). *Facticidad y razón en el derecho. Análisis crítico de la iusfilosofía contemporánea*. Marcial Pons.
- Massini-Correas, C. I. (2019a). *Jurisprudencia analítica y derecho natural*. Marcial Pons.

- Massini-Correas, C. I. (2019b). *Alternativas a la ética contemporánea. Constructivismo y realismo ético*. Rialp.
- Massini-Correas, C. I. (2020). *Dignidad humana, derechos humanos y derecho a la vida*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Massini-Correas, C. I. (2022). *Gobierno del derecho y razón práctica*. Thompson Reuters.
- Nino, C. (2007). *Ética y derechos humanos* (2ª ed.). Astrea.
- Olgíatti, F. (1977). *El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino*. Ediciones Universidad de Navarra.

PERTENENCIA A UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL. ¿DERECHO PENAL DE AUTOR EN PERÚ Y DERECHO PENAL DE ACTO EN ARGENTINA?

Carlos Alberto Pinedo Sandoval

Universidad de Piura

carlos.pinedo.sandoval@gmail.com

Recibido: 28/09/2024

Aceptado: 21/10/2024

Resumen

Cuando se habla de pertenencia a una organización criminal, da la impresión de que se trata del castigo de un mero estado o estatus y, por consiguiente, que dicha figura penal no concierne, *prima facie*, a la categoría jurídico-penal de acción, sino a la categoría de los estados jurídicamente relevantes. Un sector de la doctrina argentina, en ese sentido, ha considerado que la pertenencia no puede interpretarse como el “mero asociarse”, “integrar” o “estar ahí”, sino como “tomar parte”. De lo contrario, según este razonamiento, se estaría castigando una mera tendencia interna del autor. Sin embargo, si esta interpretación fuese correcta, el tipo penal peruano de pertenencia a una organización criminal debería ser considerado inconstitucional, toda vez que, al limitarse al castigo de quien “integra” —en el sentido de “ser integrante de”— una organización criminal, estaría criminalizando una mera tendencia interna y, con ello, vulnerando el principio del hecho. En este contexto, la presente investigación parte de que, más allá de la formulación legal que el tipo penal posea, es necesario responder a una cuestión, si bien fundamental, por lo general desatendida: ¿qué es, en el contexto de la dinámica de la sociedad actual, pertenecer a o ser integrante de una organización criminal? Solo resolviendo este interrogante, podrán plantearse premisas satisfactorias en el ámbito jurídico-penal.

Palabras clave: organización criminal, principio del hecho, derecho penal de autor, membresía, pertenencia.

Membership in a Criminal Organization: Offender-Based Criminal Law in Peru and Act-Based Criminal Law in Argentina?

Abstract

When we speak of membership in a criminal organization, that label gives the impression that we are dealing with the punishment of a mere state or status and, therefore, that this criminal offense does not, *prima facie*, concern the legal-criminal category of action, but rather the category of legally relevant states. A sector of Argentine scholars, in this sense, has considered that membership cannot be interpreted as “mere association”, “integration” or “being there”, but as “taking part.” Otherwise—following this reasoning—a mere internal tendency of the offender would be punished. If this interpretation were correct, however, the Peruvian criminal definition of membership in a criminal organization would have to be considered unconstitutional, since, by limiting itself to the punishment of those who “join”—in the sense of “being a member of”—a criminal organization, it would be criminalizing a mere internal tendency and, thus, violating the principle of the act. In this context, this research is based on the assumption that, beyond the legal formulation of the criminal offense, it is necessary to answer a question that, although fundamental, is generally neglected: what does it mean, in the context of the dynamics of today’s society, to belong to or be a member of a criminal organization? Only by answering this question will it be possible to establish satisfactory premises in the legal-criminal field.

Key words: criminal organization, principle of the act, offender-based criminal law, membership, belonging.

1. Introducción

La pertenencia a una organización criminal es punible tanto en Perú como en Argentina. Según el artículo 210 del Código Penal argentino (CPA), se reprime con prisión o reclusión de tres a diez años al que

tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación. Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena será de cinco años de prisión o reclusión.

Por su parte, el artículo 317.1 del Código Penal peruano (CPP) establece:

El que organice, constituya o integre una organización criminal será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, numerales 1), 2), 4) y 8).

Dentro de la doctrina argentina, ha señalado Ziffer (2005, pp. 68 y ss.) que “tomar parte” —en el sentido del art. 210 del CPA— no debería interpretarse como un mero asociarse o como “el solo hecho de ser miembro de la asociación”. Esto es, la expresión “tomar parte” en una asociación, utilizada por la ley argentina, excluye el mero “pertenecer” o “estar ahí” (Ziffer, 2008, p. 530); en cambio, exige una colaboración con la actividad propia de la asociación, que es justamente cometer delitos (Ziffer, 2008, p. 503). Un razonamiento similar al de Ziffer fue esbozado por Lampe (2001, p. 896), para quien la pertenencia a una organización criminal, de acuerdo con la legislación alemana vigente, es un delito de comportamiento solo porque el tipo penal exige, además de la membresía, una “participación como miembro” (*Beteiligung als Mitglied*).

De acuerdo con los planteamientos arriba esbozados, tipos penales como el peruano o el chileno —en los cuales, para la configuración de la pertenencia a una organización criminal, es suficiente con “integrar” o “ser parte” de la organización, es decir, es suficiente con la mera membresía— serían inconstitucionales por atentar contra el principio del hecho. La interpretación literal de dichos preceptos supondría, siguiendo la lógica de Ziffer (2005, pp. 68 y ss.), una “ampliación excesiva de los límites del tipo penal” propia de un derecho penal de autor. Los verbos “integrar” y “ser parte”, por consiguiente, deberían o bien reemplazarse por expresiones como “tomar parte” o “participar como miembro” o bien —vía reducción teleológica— interpretarse jurisprudencialmente en el sentido de dichas expresiones. De lo contrario, no se estaría castigando, de *lege lata*, un *hecho*, sino una mera tendencia interna.

Consideramos, no obstante, que esta cuestión merece un análisis más profundo. Es necesario estudiar el concepto de membresía en el contexto de la dinámica organizacional que se desarrolla en la sociedad. No podemos simplemente criticar deductivamente o cuestionar categorías dogmáticas a partir de principios categóricos para luego concluir que se atenta contra el principio del hecho, proporcionalidad, lesividad, etc. Para dar respuesta a un determinado problema real de la sociedad, es necesario conocer cómo funciona y se desarrolla precisamente dicho ámbito social. Con acierto ha destacado Jakobs (2015, p. 641) que las reglas de imputación no se trazan primero en un tablero para luego ser impuestas a la sociedad. Al contrario, el derecho penal debe ser reflejo del estado de la sociedad.

No puede objetarse que la pertenencia a una organización criminal debe ser interpretada en correspondencia con el principio según el cual en derecho penal solo existe responsabilidad por el comportamiento (*Verhaltensverantwort-*

lichkeit) y nunca responsabilidad por un mero estado (*Zustanverantwortlichkeit*) (Roxin y Greco, 2020, p. 369). Pero, más allá de lo que diga el texto del tipo penal, ¿cómo está configurada, en la dinámica de la realidad social actual, la membresía y, en específico, la membresía en una organización de carácter criminal?, ¿está configurada como un mero estatus, como algo perteneciente al ámbito interno del individuo o como un suceso externo socialmente perturbador?

Esta cuestión constituye, precisamente, el objeto del presente trabajo. En ese sentido, se destacará el principio del hecho como límite material entre un derecho penal del hecho y un derecho penal de autor (apartado 2). Después, se obtendrá el significado de la membresía a partir de su configuración en la realidad social y, en específico, de su dinámica en las organizaciones de carácter criminal (apartado 3). Sobre la base de dichas premisas, podrá abordarse la cuestión de si corresponde concebir a esta clase de membresía como una tendencia interna, como un mero estatus o como un hecho penalmente relevante (apartado 4). Finalmente, serán formuladas algunas conclusiones (apartado 5).

2. El principio del hecho

En la parte final de su recensión a la disertación de Eckstein, *Besitz als Straftat*, acentuó Lampe (2001, p. 896) que, junto al “descubrimiento” de los delitos de posesión, aún otro “descubrimiento” dogmático resultaba necesario: el de los “delitos de estatus”; esto es, delitos cuya comisión no requiere un comportamiento, sino la “posesión” de un estatus social. Sin embargo, al respecto corresponde hacer las siguientes precisiones. En primer lugar, Lampe no consideró *ex ante* a la pertenencia en una organización criminal como un delito de estatus, sino que, únicamente, planteándose el siguiente caso hipotético, puntualizó la necesidad de teorizar al respecto. Así, señaló:

Considérese el caso, en el cual no solo la adquisición de la membresía sino también la participación como miembro tienen lugar sin el conocimiento del carácter criminal de la organización; pero después, cuando tal membresía es empleada por la organización con fines propagandísticos, el miembro, a pesar de la mala fe, no hace nada al respecto. (Lampe, 2001, p. 896)

En segundo lugar, admitió la no existencia, *de lege lata*, de los delitos de estatus, precisando que, si bien ello reducía la necesidad práctica de su estudio, no debería descartar, sin embargo, un estudio teórico de estos. A pesar de las acotaciones mencionadas, en el ámbito jurídico-penal de habla hispana se ha

venido utilizando, durante los últimos años, la etiqueta “delitos de estatus” para caracterizar al tipo penal de pertenencia a una organización criminal.¹ El empleo de dicha terminología da la impresión de que, además de un castigo en razón del comportamiento, sería posible el castigo basado en la mera ostentación de un determinado estatus. Sin embargo, en el derecho penal del Estado de derecho, solo es posible castigar a alguien por “haber hecho algo” (*Verhaltensdelikt*) y no por “ser determinada persona” (*Statusdelikt*). Ahora bien, como advierte Petzsche (2019, p. 579), en el caso de la pertenencia a una organización criminal, ¿se trata de un *hecho* o tan solo de un medio para el reconocimiento de determinados sujetos peligrosos?

El derecho penal solo interviene frente a un “hecho”, esto es, frente a un “comportamiento” del autor: principio del hecho. El comportamiento del autor —y no la estructura de su personalidad u otros elementos internos— constituye el punto de partida para —si se cumplen luego todos los presupuestos de la punibilidad— formular el reproche penal frente al autor. No obstante, por “hecho” del autor debe entenderse no solamente un “suceso externo”: actuar u omitir (comportamiento), sino, sobre todo, un “suceso significativo” (Jakobs, 1997, ap. R 5), esto es, una rebelión contra la norma, un suceso perturbador que merece ser rechazado mediante la pena (Jakobs, 2003, p. 48). En palabras de Lesch (2016):

(...) culpabilidad es siempre culpabilidad por el hecho, o sea, no es una errónea construcción de voluntad (*Willensbildung*) ni una falsa “dirección de estímulos psíquicos”, ni una deficiencia del proceso de motivación, ni una reprobable actitud subjetiva, ni una reprobable actitud del autor frente al Derecho (...), sino que es una errada realización de la voluntad (puesto que no debe ser), es la perturbación social misma, o sea, la contradicción de la norma, la singular voluntad del autor cuya ley individual para la situación del hecho sustituye a la norma no realizada de la expectativa. (p. 301)

En contraposición al derecho penal del hecho, se habla de “derecho penal de autor” o “derecho penal del ánimo” cuando el objeto del reproche no se encuentra ya en el “hecho penalmente relevante”, sino en el —presunto— estatus de peligrosidad, en el modo de conducir la vida, en los malos pensamientos

1 Así, en España, Pastor Muñoz (2005, *passim*, 2006, *passim*, 2016, *passim*), Polaino-Orts (2016): “(...) Delitos de estatus, esto es, la incriminación de la pertenencia a una organización criminal o a una banda armada o a un grupo terrorista” (p. 195). En Chile, Mañalich (2014, pp. 28 y ss., 2020, pp. 462 y ss.). En Colombia, Perdomo y Parra (2021, pp. 24 y ss.).

del autor, etc.² La existencia de este tipo de normas sería constitucionalmente inadmisibles tanto en Perú como en Argentina.³ La Constitución Política del Perú exige, como presupuesto para el proceso penal y eventual condena, un *acto* u *omisión* (art. 2, inc. 24, lit. d), mientras que la Constitución argentina exige un *hecho* (art. 8).

En el panorama actual, sin embargo, pareciera que la vigencia del principio del hecho es puesta en cuestión. El crecimiento de la criminalidad organizada, advierte Pastor Muñoz (2005, p. 25), agudiza la crisis de la confianza en la capacidad intimidatoria del derecho penal (crisis de la prevención general negativa), en su capacidad para reafirmar a los ciudadanos en los valores del ordenamiento jurídico (crisis de la prevención general positiva) y en la posibilidad de resocializar al delincuente a través de la pena (crisis de la prevención especial positiva). En ese contexto, se corre el riesgo no solo de considerar a la pena como mecanismo de inocuización de sujetos “incorregibles” (Pastor Muñoz, 2005, p. 25), sino también de convertir a la pena en una medida de aseguramiento y de reducir el derecho penal a derecho policial.

Cuando hoy se habla de la pertenencia a una organización criminal, da la impresión que lo que se castiga es un mero estado o estatus y, por consiguiente, que dicha figura penal no concierne, *prima facie*, a la categoría jurídico-penal de acción, sino a la categoría de los estados jurídicamente relevantes (*Zustandsdelikte*).⁴ ¿En qué medida castigar a alguien “por ser miembro” o por “integrar” una organización criminal puede constituir derecho penal de acto o —como sugiere Ziffer (2005, pp. 67 y ss.)— derecho penal de autor?, ¿se trata del castigo no “por haber hecho algo”, sino “por ser determinada persona”? No es posible resolver estas cuestiones sin antes determinar el alcance y significado real del concepto de membresía en el contexto actual de la sociedad.

Ahora bien, es importante precisar —a modo de cuestión aclaratoria— que los términos *membresía* y *pertenencia* no tienen, sociológicamente, el mismo alcance. “Membresía” —como traducción del alemán *Mitgliedschaft*— se usa para hacer referencia, en estricto, a una característica objetiva y esencial de las organizaciones —luego, conforme lo ha propuesto la Escuela de Bielefeld, también de familias, grupos y movimientos—.⁵ Por su parte, “pertenencia” —en tanto traducción del alemán *Zugehörigkeit*— tiende a utilizarse generalmente con una

2 Una posición particular al respecto desarrolla Pastor Muñoz (2005, pp. 62 y ss.).

3 En la doctrina argentina, véase al respecto Yacobucci (2014, pp. 669 y ss.).

4 Eckstein (2005, p. 110) se plantea la misma problemática, pero respecto de los delitos de posesión.

5 Sobre este punto, véase Kühl (2014, pp. 65 y ss., 2021, pp. 25 y ss.).

carga subjetiva (por ejemplo, “sentimiento de pertenencia”, etc.). No obstante, en el ámbito jurídico penal de habla hispana, se ha impuesto el uso del término “pertenencia” (a una organización criminal) en lugar de “membresía”. En lo que sigue, se respetará el uso sociológico y jurídico-penal de ambos términos.

3. ¿Qué significa pertenecer a una organización criminal?

3.1 Membresía, sociedad y autoexclusión

La pertenencia a grupos o colectivos, esto es, ser parte “de algo más grande”, es una necesidad humana innata (Franken, 2010, p. 173). Ya sea que se trate de colectivos o grupos de carácter religioso, político o económico, la pertenencia a éstos proporciona seguridad, satisface la necesidad de proximidad social e intimidad y, sobre todo, permite que los actores obtengan una idea de cuáles son las características personales que son valoradas en una relación (Abels, 2019, p. 98).

Aunque la vinculación con otros se ha mostrado, en el pasado evolutivo de la humanidad, como una necesidad de vida (Franken, 2010, p. 173), tal vinculación no ha sido siempre una expresión de la decisión libre del individuo. Si tomamos en cuenta que el estado de la sociedad y su configuración determinan las características especiales de la membresía, debe señalarse que la forma y alcance de ésta es y ha sido siempre dependiente de la dinámica social y que sus características reflejan la función social de los colectivos y grupos de la época.

En el pasado, por ejemplo, la finalidad primordial de las organizaciones consistía en brindar capacidades de supervivencia a los individuos mediante la relación organización-trabajo (Labraña et al., 2012, p. 57). Dominaba, por una parte, la “membresía por jornal”, según la cual, los soldados ponían a disposición su fuerza de combate al jefe militar que les pagara mejor, o los jornaleros ofrecían su fuerza de trabajo a cambio de una remuneración. Por otro lado, existía la “membresía por nacimiento”, en virtud de la cual, dado que se nacía en los gremios, resultaba evidente que el hijo debía asumir la profesión y la membresía del padre. Al respecto, cabe precisar que los gremios no representaban prioritariamente instituciones para la protección frente a monopolios, sino instituciones que regulaban las relaciones culturales, políticas y jurídicas de sus miembros (Kühl, 2011a, p. 15).

Con la formación del orden económico capitalista, en cada vez más Estados se impuso la libertad de comercio e industria, lo cual les permitió a los ciudadanos asumir diversas actividades laborales (Kühl, 2011a, p. 16). En relación con ello, ya a finales del siglo XIX, casi todos los ámbitos de la vida social euro-

pea estaban organizados mediante asociaciones. El apasionamiento asociativo, *Vereinsleidenschaft*, abarcó a grupos sociales, confesionales, políticos, etc. (Hempel, 2008, p. 8).

Actualmente, la finalidad principal de las organizaciones consiste en servir a los individuos como motores para la solución de problemas. Los individuos disponen de amplias opciones y posibilidades para formar parte de asociaciones, partidos políticos, sindicatos, etc. (Kühl, 2011a, p. 16). En la denominada “sociedad de las organizaciones”,⁶ ha dejado de verse como algo normal la exigencia de una “integración total” del individuo en la organización. Al mismo tiempo, se ha producido un desplazamiento de la membresía obligatoria (*Zwangsmitgliedschaft*), típica de la edad media y antigua, en favor de la membresía como manifestación soberana de la persona (*Mitgliedschaft qua eigener Entscheidung*), proceso que se ha impuesto lentamente en diversos ámbitos sociales como la religión, la economía o la política (Kühl, 2011a, p. 16).

No es exagerado afirmar que, tomando en cuenta toda su variedad, las organizaciones constituyen hoy el principal entorno social que rodea la vida humana (Arnold-Cathalifaud, 2008, p. 91). En ese contexto, la membresía está impregnada en todos los aspectos de la vida social. Hay cientos de membresías y cientos de tipos de organizaciones a las cuales se puede pertenecer (Sponsel, 2020, p. 134). La membresía, empero, puede también perderse. Así, el final de una membresía conduce, normalmente, a una pérdida en ingresos, estatus, etc. (Arnold-Cathalifaud, 2008, p. 91), lo cual puede ser compensado, a su vez, mediante la entrada en otra organización (Dorn, 2011, p. 68).

En la sociedad existen, naturalmente, reglas de exclusión de determinadas comunicaciones, por ejemplo, del crédito bancario, de participación en elecciones políticas o en ceremonias religiosas (Cadenas, 2012, p. 70). Al mismo tiempo, una persona también puede *motu proprio* mantenerse aislada de determinados ámbitos sociales. Kühl (2011a, p. 12) señala ilustrativamente que, por ejemplo, quien no acude a una universidad o centro de estudios, no tiene un trabajo y no pertenece a ninguna asociación podría ser fácilmente calificado —en términos sociológicos— como (auto)“excluido”. Para Jakobs (2023), en ese sentido, toda *autoexclusión* acarrea, en términos jurídicos, también un cierto grado de *despersonalización*:

6 Al respecto, véanse Labraña et al. (2012, p. 57) y Arnold-Cathalifaud (2008): “Sólo en la época moderna empieza a generalizarse una catálisis masiva de sistemas sociales organizacionales” (p. 90).

La extensión de la personalidad no permanece siempre igual; ella puede ser reducida o extendida por la propia persona. A modo de ejemplo, si el miembro directivo de una Empresa decide darse de baja, reduce él mismo el círculo de sus derechos, de modo que puede hablarse de una despersonalización. (pp. 3 y ss.)

Para el derecho penal, ser integrante de una organización criminal no es, en absoluto, un suceso desprovisto de significado social, como si de una tendencia interna se tratase. Por el contrario, este tipo de pertenencia produce, en términos jurídico-penales, una grave perturbación social, toda vez que el autor ya no ofrece garantías de comportarse como un ciudadano fiel al derecho. Se trata de una objetiva y manifiesta enemistad frente al ordenamiento jurídico. Conforme a lo desarrollado hasta aquí, entonces, la pertenencia a una organización criminal tiene un doble significado: “autoexclusión” y “despersonalización”.

¿Qué se entiende por exclusión? Si nos fijamos en la dinámica social, no está excluido de la comunicación científica el individuo que produce resultados científicos falsos, sino el individuo del que no se espera operación científica alguna, sea ésta verdadera o falsa. Lo mismo sucede en el caso de la educación, donde no está excluido el alumno que obtenga una mala calificación, sino el niño sobre el que no se apliquen las programaciones mejor/peor propias del sistema de la educación (Labraña et al., 2012, p. 56). Quien integra una organización criminal, se excluye él mismo como destinatario de las normas jurídicas que constituyen la identidad de la sociedad. Al respecto, no parece descabellado plantear la posibilidad de una gradualidad de dicha (auto)exclusión, en función de la densidad de la organización criminal de la que se trate.

Si en la sociedad actual la pertenencia a una organización criminal representa autoexclusión y despersonalización, se trata, en ese sentido, de un “hecho penalmente relevante”. Al respecto, acertadamente ha resaltado Jakobs (2006, p. 293) que, cuando se afirma que el autor está en la posición de enemigo, debe considerarse que es él mismo quien se ha puesto en dicho lugar. En una sociedad de libertades, sentencia Jakobs (2006), “exclusión es siempre autoexclusión” (p. 293). Mediante una modificación de su comportamiento, podría “el enemigo nuevamente convertirse en ciudadano” (p. 293). En consecuencia, no es que la sociedad “no deje entrar” al enemigo, sino que es él mismo quien le pone trabas a su ingreso al no prestar garantía alguna de fidelidad al derecho (Jakobs, 2006, pp. 293 y ss.).

3.2 Membresía, organización y codecisión

El problema de presencia/ausencia, el cual concierne a las *interacciones* y a la *sociedad*, es manejado en las organizaciones mediante la fórmula de la membresía.⁷ A la vez, hay una relación estrecha entre organización, decisión y membresía. El modo de operación de las organizaciones es siempre el decidir, y es mediante decisiones que se configuran las reglas de inclusión y exclusión con las que marcan sus límites (Arnold-Cathalifaud, 2008, p. 95), esto es, la membresía. Al mismo tiempo, la membresía es adquirida mediante decisión y puede también perderse mediante decisión (Lange, 2019, p. 163).

Las organizaciones “deciden”, esto es, son los únicos sistemas sociales que regulan sus mecanismos de inclusión/exclusión con base en “decisiones” (Labraña et al., 2012, p. 58). Ya sea para definir los objetivos de su existencia, establecer límites con su entorno (Kühl, 2011a, pp. 21 y ss.), determinar los criterios de membresía y permanencia para sus eventuales miembros o diseñar sus formas de estructuración y sus posibilidades de cambio (Arnold-Cathalifaud, 2008, p. 92), las organizaciones toman decisiones. Formar parte de una organización implica ser destinatario, más allá del rol que se cumpla, de las decisiones de la organización. Si se pasa al otro lado de la distinción, es decir, al lado de la exclusión, simplemente no se es observado (Labraña et al., 2012, p. 58).

Al igual que en cualquier otra organización, las reglas de pertenencia en las organizaciones criminales también están configuradas mediante decisiones. Nadie se convierte, al menos en la actualidad, *qua* nacimiento en miembro de una organización criminal (Dorn, 2011, p. 70). Personas y organizaciones podrían no corresponderse recíprocamente, por lo que la decisión de ser miembro o ser aceptado como tal se juega en una combinación altamente inestable de autoselección con heteroselección (Arnold-Cathalifaud, 2008, p. 99). En consecuencia, no es decisivo que un sujeto desee con todas sus fuerzas ser aceptado en las filas de una organización criminal si ésta finalmente no lo encuentra conveniente y no lo acepta como miembro, quizás, tras un período de prueba (Cancio Meliá, 2010, p. 160).

La pertenencia a una organización criminal presupone, por una parte, una “acción” revestida por la voluntad del miembro (ingreso o adhesión) y, por otra parte, una “acción” revestida por la voluntad de la organización (aceptación o admisión) (Thommen et al., 2018, p. 245). No se trata de una mera tendencia interna ni de un elemento situado en el mundo interior del sujeto. Una per-

7 Al respecto, ver Cadenas (2014, p. 157) y Arnold-Cathalifaud (2008, p. 91).

sona debe decidirse objetivamente por su incorporación a la organización y la organización debe decidirse objetivamente por aceptar a dicha persona como parte de ella, esto es, como parte de su estructura; solo cuando ambas decisiones son tomadas, existe la membresía (Schimank, 2001, p. 23).

Cuando se habla de “el integrante de una organización criminal”, se está haciendo referencia a un individuo que se encuentra en una relación orgánica con una organización. En consecuencia, no puede haber pertenencia sin que exista previamente una organización criminal a la cual el individuo “pertenecer” (Eschelbach, 2023, apdo. 62). La membresía presupone, por tanto, un acooplamiento estructural decisivo entre la organización empírica y el individuo. Como es evidente, esta organización no es reconocida como tal por el ordenamiento jurídico del Estado, por lo que éste se limita a incriminar determinadas formas de relación con ella: el delito de pertenencia a la organización criminal (Cancio Meliá, 2010, p. 150). El objeto de la prohibición es, entonces, la pertenencia individual a la respectiva organización (Mañalich, 2014, p. 28).

Ahora bien, por sus orígenes, tipo de prestaciones, diseño y membresías, cada organización es única e irrepetible (Arnold-Cathalifaud, 2008, p. 95). Ello implica que los requisitos, competencias y aportes que definen las reglas de membresía (Labraña et al., 2012, p. 59) serán distintos en función de la organización criminal de la que se trate. Las reglas de membresía propias de una organización terrorista, por ejemplo, no serán las mismas que las de una organización dedicada a la extorsión, las de una banda criminal o las de un clan familiar. Esto significa que, para pertenecer y permanecer en una determinada organización, es necesario, por una parte, cumplir con las reglas de inclusión y, por otra, no incurrir en los supuestos especiales de exclusión que la propia organización ha establecido.

La membresía presupone, además, que el individuo tiene frente a la organización una variedad de expectativas, y viceversa (Weick, 1985, p. 34). Al respecto, como resultado del carácter criminal de la organización, adquieren gran importancia, en primer lugar, las expectativas de ocultación u observancia del secreto (Kühl, 2022, p. 127). En este sentido, desde el momento de su incorporación a la organización, el integrante ya debe llevar a cabo algo en favor de ésta: no transgredir dichas expectativas criminales básicas, acudiendo, por ejemplo, ante las autoridades de persecución penal.

En segundo lugar, el reclutamiento de nuevos miembros para la organización criminal se efectuará con frecuencia a partir del círculo existente de amistades, parientes y conocidos (Kühl, 2022, pp. 124 y ss.). Debido a que el

peligro de descubrimiento es tan grande, la membresía debe construirse sobre la necesidad de confianza recíproca entre los miembros y, dependiendo de la magnitud de la asociación, de la necesidad de controlar fuertemente los límites con respecto al entorno (Kühl, 2022, p. 127).

3.3 Adquisición de la membresía

Muchas organizaciones criminales realizan la incorporación de sus miembros mediante procedimientos especiales (Dorn, 2011, p. 70) o rituales. Organizaciones como la Cosa Nostra (mafia siciliana), la Yakuza (mafia japonesa), la Tríada (mafia china), la Mara Salvatrucha, la Hermandad Aria (Aryan Brotherhood), los Ángeles del Infierno (Hells Angels), los cárteles mexicanos, los Bloods afroamericanos, entre otros, utilizan rituales como signo infalible —objetivo— de absoluta fidelidad, de disponibilidad para la acción, de discreción y de lealtad hasta la muerte por parte del candidato.⁸ Mediante los rituales de ingreso se pretende, además, establecer relaciones familiares ficticias entre los miembros, lo cual explica que muchas veces se les otorgue a dichos rituales una connotación religiosa (Dorn, 2011, p. 70).

La adquisición de la membresía mediante rituales de aceptación constituye, evidentemente, una manifestación objetiva de la libre decisión del individuo de pertenecer al colectivo y de someterse a sus reglas. Lógicamente, existen organizaciones criminales cuya aceptación o pertenencia no requerirá de rituales. En estos casos, sin embargo, también será perfectamente posible, a partir de datos objetivos e indiciarios —extraídos de la interceptación de las telecomunicaciones, de la posesión de ciertos objetos o documentos, etc.— reconstruir a nivel probatorio la incorporación del individuo en la organización. No obstante, para captar correctamente el contexto de sentido de la membresía, resultará indispensable conocer la cultura organizativa del ente colectivo en cuestión. ¿De qué manera se prueba, a nivel jurisprudencial, la pertenencia o la incorporación del individuo a la organización criminal? Es una cuestión que escapa al objeto del presente trabajo.

8 Respecto a estos rituales, véase detalladamente Candida (2018, p. 336).

3.4 ¿Pertenencia pasiva o meramente formal?

El hombre moderno, así lo destacó con sorpresa Max Weber ya en 1910, es en una medida terrible y completamente inesperada un “hombre-asociación” (*Verinsmensch*).⁹ Así, lo típico de la modernidad es que una persona forme parte de varios grupos (Weick, 1985, p. 140). Ello implica, en primer lugar, que una persona no invierte todo su comportamiento en un único grupo, por el contrario, sus relaciones y vínculos se encuentran diseminados en varios grupos (Weick, 1985, p. 139). En segundo lugar, que las organizaciones tienen un control limitado sobre el tipo de poder que pueden aplicar y el grado de compromiso de sus miembros (Rodríguez Mansilla, 2008, p. 118).

Una característica de las organizaciones modernas es, en consecuencia, la inclusión parcial de sus integrantes (Neumann, 2020, p. 618). La membresía abarca, por regla general, solamente “una parte” de las personas (Weick, 1985, p. 27). En ese sentido, por ejemplo, la organización burocrática le exige a la persona dos diferentes tipos de comportamientos: uno, especialmente diseñado para conducirse con la familia, los amigos, etc.; y otro, específicamente diseñado para trabajar en la organización (Sahui Maldonado et al., 2015, párr. 31). En este ámbito, la membresía puede expresarse como una “relación jurídica” entre individuo y organización, lo cual presupone la existencia de límites establecidos legalmente: horario, salario, beneficios, obligaciones, etcétera.

Sin embargo, también existen casos de “hiperinclusión”. Esto se produce cuando la pertenencia a determinada organización o la inclusión en determinados sistemas funcionales inhiben la inclusión en otras organizaciones o en otros sistemas. Por ejemplo, el caso de un ama de casa dedicada totalmente al cuidado de la familia o de un deportista de élite cuya carrera absorbe la mayoría de su tiempo (Cadenas, 2012, p. 66). Al respecto, en 1961, el sociólogo canadiense Erving Goffman (2001) concluyó que: “Toda institución absorbe parte del tiempo y del interés de sus miembros y les proporciona en cierto modo un mundo propio; tiene, en síntesis, tendencias absorbentes” (p. 17). Sin embargo, añade, existen instituciones en las cuales dicha tendencia absorbente se presenta en un grado mucho mayor. A este tipo de instituciones u organizaciones las denomina “instituciones totales” (*total institution*). En éstas, concluye Goffman (2001), “la tendencia absorbente o totalizadora está simbolizada por los obstáculos que se oponen a la interacción social con el exterior y al éxodo de los miembros” (p. 18).

9 Al respecto, véase Weber (2002, p. 200).

Algunos años después, en 1967, el también sociólogo norteamericano Lewis Coser utilizó el concepto de “organizaciones voraces” (*greedy organisations*).¹⁰ Sobre la base de un análisis histórico de las diferentes relaciones de poder, desarrolló la tesis de que existen determinadas instituciones capaces de exigir una lealtad exclusiva del individuo sin necesidad de recurrir a la coacción física. Se trata de instituciones u organizaciones que se apoderan del individuo, por consiguiente, están basadas en relaciones organización-individuo profundamente asimétricas (De Campo, 2014, pp. 8 y ss.).

En las organizaciones criminales se presenta —en mayor o menor grado, dependiendo de la organización en concreto— un solapamiento de características propias de las “instituciones totales” (Paul y Schwalb, 2012, p. 336) y de las “organizaciones voraces” (Dorn, 2011, p. 69). Un ejemplo prototípico de ello es la organización terrorista. Al respecto, llama la atención cuán fuerte es la tendencia al aislamiento (*Schließungstendenzen*) en este tipo de organizaciones criminales. Pertenecer a una organización terrorista conlleva, básicamente, la disolución de determinadas membresías en otros grupos, un debilitamiento del contacto con miembros de la propia familia e incluso una restricción de la gestación y mantenimiento de relaciones amorosas al ámbito interno del grupo (Kühl, 2022, p. 126).

El carácter terrorista de una organización hace que, por naturaleza, esta tienda a configurarse como un pequeño mundo cerrado, el cual difícilmente tiene contacto con el mundo exterior (Kühl, 2022, pp. 126 y ss.). Ello significa, para los miembros de la organización, que solamente se puede entrar en la asociación una única vez y que a ella se pertenece, irrevocablemente, con toda la globalidad de su persona (Paul y Schwalb, 2012, p. 336). Este autosometimiento expresa no solamente un hecho objetivo de apartamiento del ordenamiento jurídico, sino también, porque colectivamente tiene lugar, una lesión a la expectativa de seguridad que tiene la sociedad.

Ahora bien, no solamente la organización terrorista, sino todo tipo de organización de carácter criminal, tienden en mayor o menor grado a la hiperinclusión. Quien es integrante de una organización criminal no puede reclamar el cumplimiento estricto de un horario dedicado a la organización ni pretender encasillarse en un determinado rol dentro de esta. Esto significa que no se puede ser miembro de una organización criminal sin someter la propia voluntad al proceso organizado de formación de la voluntad de la organización (Pastor

10 Al respecto, véase De Campo (2014, pp. 8 y ss.).

Muñoz, 2005, pp. 57 y ss.). El cumplimiento de los fines delictivos de una organización demanda una membresía a tiempo completo y, en el caso de las organizaciones más complejas, incluso a dedicación exclusiva.

Sin embargo, en la doctrina jurídico-penal muchas veces se alude a la diferencia entre pertenencia activa y pertenencia pasiva —o incorporación meramente formal— a la organización criminal (Ziffer, 2005, p. 70). Esta distinción —por demás cuestionable y limitada al ámbito puramente teórico— podría tener su origen en los estudios sobre teoría de las organizaciones, donde se hace la diferenciación entre miembros que ostentan un “rol de desempeño” (*Leistungsrôle*) y miembros que ostentan un “rol de público” (*Komplementär- oder Publikumsrollen*) (Stichweh, 2009, p. 32). Explicado sucintamente, quien asume un “rol de desempeño” es alguien competente para la realización de determinadas prestaciones y para la ejecución de determinadas labores en nombre de la organización, ya sea, por ejemplo, en calidad de burócrata, de médico de un hospital, de político en el Congreso, de profesor universitario, etc. Quien asume el “rol de público”, por el contrario, es un simple receptor de los servicios u observador de quienes ostentan un “rol de desempeño” (Stichweh, 2009, p. 32), por ejemplo, en calidad de administrado, de paciente de un hospital, de participe en iniciativas ciudadanas del sistema político, de estudiante universitario, etcétera.

En las organizaciones criminales, sin embargo, una distinción entre integrantes con “rol de público” —pertenencia pasiva— e integrantes con el “rol de desempeño” —pertenencia activa— carece de objeto. Nadie ingresa en una organización criminal —y ésta tampoco lo aceptaría— para ostentar un mero “rol de público”. El paso de no miembro a miembro de una organización voraz, como lo es la organización criminal, da lugar a una membresía absorbente y totalizante en favor del colectivo. Dado que el sujeto se integra en la organización de manera consciente, motivado por una tendencia delictiva, es imposible encontrar en la práctica organizaciones criminales que incorporen miembros meramente formales que en nada contribuyan al plan criminal (si los hubiere, sencillamente no serían miembros) (Márquez Cisneros, 2023, p. 175).

La dinámica de la pertenencia a una organización criminal siempre presupone algo más que un mero “estar ahí”. Esto es, la organización criminal decide la pertenencia de un individuo para el desempeño de un determinado guion (léase, rol) dentro de la estructura colectiva. Naturalmente, en el curso de la actividad criminal de la organización, el integrante deberá estar dispuesto a cumplir, de forma temporal o permanente, con cualquier otro papel que la

organización le asigne. Dentro de una organización criminal no hay espacio para espectadores. Si se plantea la posibilidad de que los hubiere, entonces no correspondería atribuirles la condición de integrantes.

En comparación con otro tipo de organizaciones, las criminales “exigen mucho más” de los candidatos a integrarse en ellas (Cancio Meliá, 2008, p. 70). Aquí, la organización requiere de sus miembros una prestación real, un comportamiento activo, útil y funcional orientado a cristalizar el objetivo criminal (Márquez Cisneros, 2023, p. 175). No existe, por tanto, una “membresía pagada” ni una “membresía formal”, como si de un club social o de una agrupación política se tratase; tampoco se ingresa “rellenando un formulario y pagando la primera cuota, como en una asociación de criadores de hámsters” (Cancio Meliá, 2008, p. 70). Todo aquel que pertenece a una organización criminal, ya por ese solo hecho, “toma parte” en ella.

Las organizaciones criminales —en tanto organizaciones capaces de representar una puesta en cuestión del monopolio de violencia del Estado— exigen una actualización clara y permanente de la pertenencia; por tanto, excluyen la posibilidad de una “pertenencia pasiva” (Cancio Meliá, 2008, p. 84). En ese sentido, desde el momento en que el sujeto se incorpora voluntariamente a una organización criminal, su sola pertenencia a ella expresa que se encuentra dispuesto a desarrollar las directrices o ejecutar las órdenes que formen parte del accionar regular del colectivo (Meini, 2009, p. 608). Al respecto, con acierto ha señalado Pastor Muñoz (2005) que la pertenencia a una organización criminal “es un caso de manifestación inequívoca de disposición a cometer delitos” (p. 57), esto es, de contribuir en las acciones delictivas de la organización.¹¹

Un sector de la doctrina ha calificado esta “manifiesta disponibilidad a la cooperación” como un *componente subjetivo* de la asociación (Stein y Greco, 2019, ap. 8). Sin embargo, dicha consideración es errónea. La predisposición a ejecutar las órdenes ilícitas que formen parte de la actividad regular de la organización es un dato objetivo y, como tal, perfectamente constatable en la realidad (Meini, 2009, p. 608). Puede ser que los delitos en los que el integrante de la organización está dispuesto a intervenir todavía no estén planeados. Sin embargo, el mero acto de integrar la organización expresa objetivamente una disposición subjetiva seria a delinquir (Pastor Muñoz, 2005, pp. 58 y ss.).

Así como la sociedad no puede esperar fidelidad al derecho de quien es integrante de una organización criminal, esta última no puede esperar que alguno

11 En el mismo sentido, véase Cancio Meliá (2010, p. 163).

de sus integrantes incumpla las reglas de pertenencia. El autosometimiento del individuo a los mandatos criminales de la organización lleva aparejado un apartamiento del derecho, y, al mismo tiempo, una disposición a delinquir; lo cual es un dato objetivo y no una expectativa de comportamiento futuro (Meini, 2009, p. 608). En ese sentido, una vez conocida la estructura de la organización, los concretos actos de intervención en la dinámica de la organización son imprescindibles como medios de prueba en cuanto son la única demostración posible del hecho de fondo que interesa, la integración en la organización, es decir, la puesta a disposición del sujeto para las funciones que la organización quiera atribuirle (Cancio Meliá, 2010, p. 163).

3.5 El sostenimiento recíproco de la membresía

Según afirma Luhmann (1997), “todo individuo puede actuar como le parezca y cumplir sus deseos y expectativas, pero no como miembro de una organización” (p. 829). En ese sentido, Kühl (2011b, pp. 48 y ss.) ha puesto de relieve que la membresía es un instrumento mágico para la producción de conformidad dentro de las organizaciones.¹² Es decir, quien pretende seguir perteneciendo a una organización debe comportarse en el marco de las expectativas de membresía que aceptó en el momento de su incorporación (Kühl, 2011b, p. 49), de lo contrario, el objetivo general del sistema —posibilitar la seguridad de determinadas expectativas— sería puesto en cuestión (Dorn, 2011, p. 68). No es posible, por tanto, lesionar las expectativas que sostienen la membresía sin convertirse, frente a los demás integrantes de la organización, en un factor de inseguridad.

En ese sentido, una vez adquirida la membresía, ésta requiere de su sostenimiento recíproco, es decir, tanto el individuo como la organización pueden codecidir sobre la perdurabilidad o extinción de la membresía. Lo mismo sucede en el caso de las organizaciones criminales. Éstas pueden decidir sobre la entrada y salida de individuos, es decir, fijar ellas mismas sus reglas de pertenencia (Kühl, 2011a, p. 18). La pertenencia, en ese sentido, es creada mediante decisión y sigue existiendo mientras no sea revocada a través de otra decisión (Luhmann, 2000, p. 113). El integrante de la organización criminal debe “mantener con vida” su pertenencia.

El carácter criminal de los objetivos de la organización exige un compromiso

12 También véase Kühl (2011a, pp. 30 y ss.).

bastante alto de aseguramiento y de cumplimiento permanente de las reglas de membresía, esto es, del guion escrito por la organización y del papel desempeñado por el individuo: observancia del secreto, elevada disponibilidad para la acción, puesta a disposición permanente en favor del colectivo, ejecución de determinados roles, etc. La membresía, como resultado de una codecisión individuo/organización, no se produce una sola vez —en el momento de la incorporación del individuo a la organización—, sino que exige ser continuamente actualizada en términos comunicativos (Schimank, 2001, pp. 23 y ss.).¹³

4. La pertenencia a una organización criminal como *hecho penalmente relevante*

¿Qué significa realmente “integrar” o “ser miembro de” una organización criminal? Una respuesta satisfactoria podría alcanzarse solamente cumpliendo dos exigencias básicas. En primer lugar, en tanto realidad policromática, la membresía en este tipo de organizaciones no debería analizarse desde una sola perspectiva o ángulo visual. Ello conduciría a conclusiones parciales o incompletas, como las de aquellos autores que utilizan el rótulo de “delitos de estatus”. En segundo lugar, esta clase de membresía requiere una comprensión de la dinámica social de las organizaciones —cómo éstas funcionan en la realidad— para que así pueda ser captado su contenido real. Ello evitaría, por ejemplo, que sea equiparada —como erróneamente lo hace Ziffer (2005, p. 69)— a una mera “tendencia interna” o a un elemento perteneciente al “derecho penal del ánimo”.

Ya en su obra *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Luhmann (1997, p. 829) destacó que la membresía no se reduce a un estatus. Aquella designa, en realidad, un papel (o rol) temporal, esto es, un haz de expectativas propias y ajenas a las cuales se orienta la comunicación (Schwartzing, 2020, p. 57). Conforme ha sido expuesto a lo largo del presente trabajo, el carácter criminal de una organización hace que la membresía adquiera matices propios, esto es, características distintas a las que presenta la membresía en las organizaciones que interactúan en el terreno de la juridicidad.

El individuo se somete a las condiciones de membresía diseñadas por la organización (ingreso a la organización). El sostenimiento en el tiempo de dicha membresía (mantenimiento del individuo en la organización) dependerá de la decisión del individuo y de la organización. La pertenencia es, en este sentido, competencia del autor —o, si se quiere, manifestación de la personalidad del

13 En el mismo sentido, véase Arnold-Cathalifaud (2008, p. 94).

autor—. El hecho —comportamiento— cometido por el miembro de la organización consiste entonces en contribuir a la existencia y perpetuación de la organización criminal. Este hecho es, a su vez, penalmente relevante.

En el ámbito del derecho penal, incluso aquellos autores que utilizan el rótulo “delito de estatus” para referirse a la pertenencia a una organización criminal admiten luego que la pertenencia equivale, en estricto, a un comportamiento. Así, por ejemplo, Nuria Pastor Muñoz (2005, p. 61) destaca que la pertenencia a una organización criminal constituye un “comportamiento”, el cual “consiste en hacerse miembro de una organización criminal”. Lo particular de la tesis de esta autora radica en que, según ella, dicho comportamiento es perturbador no porque ponga objetivamente en peligro bienes jurídicos, sino porque mediante ese comportamiento el sujeto se manifiesta como peligroso.

Por su parte, Mañalich (2011) señala que el “hecho” delictivo constitutivo de asociación ilícita consiste en “un comportamiento individual de vinculación práctica —de mayor o menor intensidad— a una estructura colectiva organizada” (p. 295). En ese sentido, agrega que entender el delito de pertenencia a una organización como un delito de estatus implica que a cada una de las personas que exhiben un determinado estatus “referido a la organización” pueda imputársele su respectivo comportamiento “organizativo”—esto es, de integración o de colaboración con la organización— como constitutivo de un delito asociativo (Mañalich, 2020, p. 473).

Queda claro, entonces, que no se incrimina ni un estatus personal ni una tendencia interna, sino un acto, esto es, un comportamiento de integración —y de permanencia— en la organización (Cancio Meliá, 2010, p. 159). A ese comportamiento, que es —diríamos— una “unidad social de sentido”, el legislador asocia un peligro, un riesgo: el riesgo de desestabilizar la seguridad colectiva (Polaino-Orts, 2016, p. 201). En ese sentido, hay dos alternativas: explicar el delito de pertenencia a una organización criminal como “adelantamiento” de la criminalización —“posibilidad de puesta en peligro concreto o de lesión de un bien jurídico individual”— o como auténtico delito de lesión, esto es, como delito que posee un injusto autónomo que consiste en la lesión de la seguridad (Pastor Muñoz, 2005, pp. 71 y ss.).

Si partimos de que la finalidad del derecho penal es garantizar la vigencia del derecho, esto es, reaccionar con una pena frente a la defraudación de la expectativa normativa de que toda persona se comporte de modo fiel al derecho (Jakobs, 2002, p. 3), corresponde afirmar que quienes se asocian para cometer delitos producen con ello una lesión intolerable del mínimo de seguridad cog-

nitiva en la vigencia de la norma (Polaino-Orts, 2016, p. 203).¹⁴ Dichos sujetos comprometen la vigencia del ordenamiento jurídico y dificultan que los ciudadanos fieles a la norma o que normalmente se guían por ella puedan vincular al ordenamiento jurídico su confianza en el desarrollo de su personalidad (Polaino-Orts, 2011, p. 426).

El hecho de que haya varios sujetos que se manifiesten seriamente dispuestos a delinquir de forma asociada hace que la confianza de los ciudadanos en que sus bienes jurídicos van a ser respetados (seguridad) se tambalee (Pastor Muñoz, 2005, p. 68). Al asociarse para cometer delitos, se asocia una idoneidad lesiva de la seguridad cognitiva en la vigencia de la norma, de manera que su tipificación no responde a parámetros subjetivos ni puramente objetivos, sino a la estabilización de una expectativa social, a saber: la expectativa según la cual únicamente prohibiendo el incorporarse a una organización criminal se puede mantener la seguridad de los ciudadanos en la norma (Polaino-Orts, 2016, p. 202). Nuria Pastor (2005, p. 69) le otorga, acertadamente, naturaleza normativa a la seguridad, por lo que define la lesión de la seguridad como “perturbación”, como “injusto penal” frente al que se reacciona con una pena, de modo que la protección de esa seguridad pertenece al derecho penal.

Al integrante de una organización criminal no se lo castiga porque es un “sujeto peligroso” —en tal caso, estaríamos ante un derecho penal de autor—, sino porque, al asociarse o hacerse miembro de una organización criminal, manifiesta seriamente su disposición a cometer delitos, y esa manifestación perturba a la sociedad, esto es, constituye una auténtica lesión al derecho —con independencia de que ese sujeto intervenga o no en delitos futuros de la organización— (Pastor Muñoz, 2005, p. 63). Para afirmar ello, resulta irrelevante que el legislador haya utilizado la expresión “tomar parte”, “participar como miembro” o el verbo “integrar”; en ningún caso el *principio del hecho* es puesto en cuestión.

5. Conclusiones

Según el artículo 210 del Código Penal argentino, se castiga “al que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación”. Según el artículo 317.1 del Código Penal peruano, en cambio, a quien “integre” —en el sentido de “ser integrante de”— una organización criminal.

14 También véase Ziffer (2008, p. 501).

Conforme a lo desarrollado en el presente trabajo, debe concluirse que las diferencias en la formulación legal de la figura de la pertenencia a una organización criminal entre el CPA y el CPP son en realidad una cuestión accidental. Si se parte de que quien “integra” una organización criminal ya por ese solo hecho “toma parte” de ella y de que, por tanto, hablar de “pertenencia pasiva” en una organización criminal es una *contradictio in terminis*, carecerá de toda relevancia que a nivel del tipo objetivo se utilicen las expresiones “tomar parte”, “participar como miembro” o “integrar”. Si se toma en cuenta, además, que —según el texto argentino— se castiga a quien “tomare parte” en una organización criminal “por el solo hecho de ser miembro de la asociación”, debe concluirse que no existe gran diferencia, sino más bien gran similitud entre el precepto peruano y el argentino.

Hablar de pertenencia a una organización criminal significa que alguien está integrado en la organización, esto es, en la estructura, en la jerarquía, etc. La membresía constituye el aspecto visible de la organización y es establecida mediante decisiones (Arnold-Cathalifaud, 2008, p. 100). Desde la perspectiva del principio del hecho, la integración en la organización criminal constituye un comportamiento objetivamente fijado en su significado (Cancio Meliá, 2008, p. 72). El agente que se integra en la organización abandona la “esfera privada” y lleva a cabo una conducta descrita *ex re* claramente como perturbadora: ha orientado, “adaptado” su comportamiento al guion establecido por la organización, de tal modo que ya no es posible una interpretación como conducta irrelevante (Cancio Meliá, 2008, p. 72).

El delito de pertenencia a una organización criminal es, por tanto, un auténtico delito de comportamiento (no se trata del castigo de un mero estado, estatus o tendencia interna del autor), el cual, conforme a la legislación peruana, adquiere su unidad típica a través de la figura jurídica del delito permanente (*Dauerdelikt*). En esta clase de delito no existe una acción unitaria en sentido “natural”, sino que es el propio tipo el que, dada la unidad subjetiva, produce el efecto de “reunir” distintos actos “naturales” en una única realización típica (Ziffer, 2008, p. 504). Ahora bien, este delito subsistirá siempre que la voluntad del autor consienta dicha adscripción (Cancio Meliá, 2010, p. 154), mientras que la unidad del delito se perderá cuando el delito permanente haya terminado y se vuelva a cometer nuevamente. En estos casos, estaremos ante dos delitos permanentes (García Caveró, 2012, p. 790).

Adquisición de la pertenencia, mantenimiento de la pertenencia y dolo de asociación son elementos objetivos y subjetivos que permiten distinguir la pu-

nibilidad de la pertenencia en una organización criminal de la punibilidad de un mero estatus o de una mera actitud subjetiva interna. El dolo de asociarse para cometer delitos fundamenta la dominabilidad subjetiva, la cual autoriza para el reproche jurídico-penal.

Bibliografía

- Abels, Heinz (2019). *Einführung in die Soziologie. Tomo II: Die Individuen in ihrer Gesellschaft* (5ª ed.). Springer VS.
- Arnold-Cathalifaud, M. (2008). Las organizaciones desde la teoría de los sistemas sociopoiéticos. *Cinta Moebio. Revista de Epistemología de Ciencias Sociales*, 32, 90-108. <https://cintade-moebio.uchile.cl/index.php/CDM/article/view/25911>.
- Cadenas, H. (2012). La desigualdad de la sociedad. Diferenciación y desigualdad en la sociedad moderna. *Persona y sociedad*, 26(2), 51-77. <https://doi.org/10.53689/pys.v26i2.16>.
- Cadenas, H. (2014). Organizaciones y grupos: loose coupling/strict coupling. En Arnold, M., Cadenas, H. y Urquiza, A. (Ed.), *La organización de las organizaciones sociales: Aplicaciones desde perspectivas sistémicas* (pp. 153-170). RIL Editores.
- Cancio Meliá, M. (2010). El delito de pertenencia a una organización terrorista en el Código Penal español. *Revista de estudios de la justicia*, (12), 149-165. <https://doi.org/10.5354/0718-4735.2010.15233>.
- Candida, F. (2018). Rituale in Gangs und kriminellen Vereinigungen. En Frey, D. (Ed.), *Psychologie der Rituale und Bräuche* (pp. 333-342). Springer.
- Coser, L. A. (2015). *Gierige Institutionen*. Suhrkamp Verlag.
- De Campo, M. E. (2014). Neue Medien – Alte Greedy Institutions. *Leviathan*, 42(1), 7-28. <https://doi.org/10.5771/0340-0425-2014-1>.
- Dorn, C. (2011). *Kriminelle Organisationen und Gesellschaft: ein Vergleich von Neo-Institutionalismus und Systemtheorie* (Tesis de pregado). Facultad de Sociología, Universität Bielefeld, Bielefeld. <https://www.uni-bielefeld.de/fakultaeten/soziologie/fakultaet/arbeitsbereiche/ab3/pdf/DA-Dorn-Endfassung2.pdf>.
- Eckstein, K. (2005). Grundlagen und aktuelle Probleme der Besitzdelikte - EDV, EU, Strafrechtsänderungsgesetze, Konkurrenzen. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (117), 7-142.
- Eschelbach, R. (2023). § 129. En Kindhäuser, U., Neumann, U., Paeffgen, H. U. y Saliger, F. (Ed.), *Strafgesetzbuch. Nomos Kommentar* (pp. 809-842), Nomos.
- Franken, S. (2010). *Verhaltensorientierte Führung. Handeln, Lernen und Diversity in Unternehmen* (3ª ed.). Springer Gabler.
- García Caverro, P. (2012). *Derecho Penal. Parte General* (2ª ed.). Jurista Editores.
- Goffman, E. (2001). *Internados. Ensayos sobre la situación mental de los enfermos mentales* (1ª ed.). Amorrortu.

- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (2ª ed.). Marcial Pons.
- Jakobs, G. (2002). Consumación material en los delitos contra la persona. Al mismo tiempo, una contribución a la generalización de la parte especial. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 04-13, 13:01-13:18. <http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc04-13.pdf>.
- Jakobs, G. (2003). *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Civitas.
- Jakobs, G. (2006). Feindstrafrecht? – Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtllichkeit. *Onlinezeitschrift für höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht*, 8-9, 289-297.
- Jakobs, G. (2023). *Der Kern des Strafrechts und sein Rand. Überlegungen zum Feindstrafrecht*. Manuskript.
- Kühl, S. (2011a). *Organisationen. Eine sehr kurze Einführung*. Vs Verlag Für Sozialwissenschaften.
- Kühl, S. (2011b). Mitgliedschaft - das magische Mittel zur Herstellung von Konformität in Organisationen. En Bucher, B., Thomann, G., Kuhn, R. y Hagmann, T. (Ed.), *Loyalität. Resonanz - Gestalten von Organisationen in flüchtigen Zeiten* (Tomo II, pp. 48-68). Hep Verlag.
- Kühl, S. (2014). Gruppen, Organisationen, Familien und Bewegungen. Zur Sociologie mitgliedschaftsbasierter Systeme zwischen Interaktion und Gesellschaft. *Zeitschrift für Soziologie (Sonderheft Interaktion - Organisation - Gesellschaft revisited)*, 65-85. <https://pub.uni-bielefeld.de/record/2711857>.
- Kühl, S. (2021). Gruppe - Eine systemtheoretische Bestimmung. *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, (73), 25-28.
- Kühl, S. (2022). Zur Gruppenförmigkeit terroristischer Zusammenschlüsse. En Rothenberger, L., Krause, J., Jost, J. y Frankenthalt, K. (Ed.), *Terrorismusforschung* (Vol. III, pp. 121-134). Nomos.
- Kuntze, J. (2013). *Bürgerliche Mitgliedschaft in Religionsgemeinschaften. Studie über die Rechtsbeziehungen der Mitglieder zu den römisch-katholischen, evangelischen, jüdischen und islamischen Religionsgemeinschaften in Deutschland* (Vol. IV). Universitätsverlag Göttingen.
- Labraña, J., Pérez-Solari, F., Rivera, F. y Campos, E. (2012). Sistemas funcionales, organizaciones y membresía: paradojas sobre la inclusión organización/sistema parcial en Chile. *Revista del Magister en Análisis Sistemico Aplicado a la Sociedad*, 27, 53-66. <https://doi.org/10.5354/0718-0527.2012.22307>.
- Lampe, E. J. (2001). Rezension zu Eckstein, Besitz als Straftat. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (113), 885-896.
- Lange, S. (2019). *Provokante Kommunikation: Strategien im politischen Umgang mit transnationalem Terrorismus*. Transcript Verlag.
- Lesch, H. (2016). *El concepto de delito. Las ideas fundamentales de una revisión funcional* (1ª ed.). Marcial Pons.
- Luhmann, N. (1997). *Die Gesellschaft der Gesellschaft* (Tomo II). Suhrkamp Verlag.
- Luhmann, N. (1999). *Funktionen und Folgen formaler Organisation* (5ª ed.). Duncker & Humblot.
- Luhmann, N. (2000). *Organisation und Entscheidung*. Westdeutscher Verlag.
- Mañalich, J. P. (2011). Organización Delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el Derecho Penal chileno. *Revista Chilena de Derecho*, 38(2), 279-310.
- Mañalich, J. P. (2014). *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros*. Marcial Pons.
- Mañalich, J. P. (2020). *Estudios sobre la Parte Especial del Derecho Penal chileno*. Thomson Reuters.

- Márquez Cisneros, R. (2023). *La pertenencia a una organización criminal. Análisis sobre su compatibilidad con el principio de lesividad*. BdeF.
- Meini, I. (2009). La autoría mediata por dominio de la organización en el caso Fujimori. Comentario a la sentencia de fecha 7.4.2009 (Exp. a.v. 19-2001) emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 11, 603-608.
- Neumann, F. (2020). Vormoderne Organisationen. Mitgliedschaft und „formale Organisation in der sächsischen Bergverwaltung des 16. Jahrhunderts. *Zeitschrift für Historische Forschung*, (47), 591-628.
- Pastor Muñoz, N. (2005). *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: Una aproximación político-criminal y dogmática*. Atelier.
- Pastor Muñoz, N. (2006). Besitz- und Statusdelikte: eine kriminalpolitische und dogmatische Annäherung. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 153, 793-806.
- Pastor Muñoz, N. (2016). Aproximación a los delitos de posesión y a los delitos de pertenencia. En Schroeder, F. C., Eckstein, K. y Falcone, A. (Ed.), *Delitos de posesión o tenencia. Estudios de Derecho penal, partes General y Especial, y de Derecho Procesal Penal* (pp. 189-208). Ad-hoc.
- Paul, A. y Schwalb, B. (2012). Kriminelle Organisationen. En Apelt, M. y Tacke, V. (Ed.), *Handbuch Organisationstypen* (pp. 327-344). VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- Perdomo, J. y Parra, W. (2021). *Las organizaciones criminales. Sistemas de injusto autónomo*. Universidad Externado de Colombia.
- Petzsche, A. (2019). Die Kriminalisierung von Vorbereitungshandlungen – Abschied vom Tatstrafrecht? *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 131(3), 576-594.
- Polaino-Orts, M. (2011). Verdades y mentiras en el Derecho penal del enemigo. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas*, 5(9), Editorial Dunken.
- Polaino-Orts, M. (2016). Delitos de posesión como Derecho penal del enemigo. En Schroeder, F. C., Eckstein, K. y Falcone, A. (Ed.), *Delitos de posesión o tenencia. Estudios de Derecho penal, partes General y Especial, y de Derecho Procesal Penal* (pp. 189-208). Ad-hoc.
- Rodríguez Mansilla, D. (2008). *Gestión Organizacional. Elementos para su estudio*. Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Roxin, C. y Greco, L. (2020). *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Tomo I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. C. H. Beck.
- Sahui Maldonado, J. A., Pérez Canul, C. A. y Patrón Cortés, R. M. (2015). Consideraciones en torno a la paradoja de la racionalidad en las organizaciones. *Revista Electrónica sobre Tecnología, Educación y Sociedad*, 2(3). <https://www.ctes.org.mx/index.php/ctes/article/view/101>.
- Schroeder, F. C. (2007). Besitz als Straftat. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 11, 444-449.
- Schimank, U. (2001). Funktionale Differenzierung, Durchorganisation und Integration der modernen Gesellschaft. En Tacke, V. (Ed.), *Organisation und gesellschaftliche Differenzierung* (pp. 19-38). Westdeutscher Verlag.
- Schwarting, R. (2020). *Organisationsbildung und gesellschaftliche Differenzierung. Empirische Einsichten und theoretische Perspektiven*. Springer.
- Sponsel, R. (2020). Mitglied und Gruppe. En Feltes, T. y Rauls, F. (Ed.), *Der Kampf gegen Rocker: der "administrative Ansatz" und seine rechtsstaatlichen Grenzen* (Tomo XII, pp. 127-148). Verlag für Polizeiwissenschaft.

- Stein, U. y Greco, L. (2019). § 129. En Deiters, M., Hoyer, A., Jäger, C., Rogall, K., Schall, H., Sinn, A., Stein, U., Wolter, J., Wolters, G. y Zöller, M. (Ed.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch* (ap. 1-69). Carl Heymanns Verlag.
- Stichweh, R. (2009). Leitgesichtspunkte einer Soziologie der Inklusion und Exklusion. En Stichweh, R. y Windolf, P. (Ed.), *Inklusion und Exklusion: Analysen zur Sozialstruktur und sozialen Ungleichheit* (pp. 29-42). VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- Thommen, M., Pajarola, U. y Oehen, M. (2018). Kriminelle Organisation, Kommentar zu Art. 260ter StGB. En Ackermann, J. B. (Ed.), *Kommentar Kriminelles Vermögen, kriminelle Organisationen - Einziehung, kriminelle Organisation, Finanzierung des Terrorismus, Geldwäscherei* (pp. 1-349). Schulthess Verlag.
- Weber, M. (2002). Voluntary Associational Life (Vereinswesen). *Max Weber Studies*, II(2), 199-209).
- Weick, K. E. (1985). *Der Prozeß des Organisierens*. Suhrkamp Verlag.
- Yacobucci, G. (2014). *El sentido de los principios penales*. BdeF.
- Ziffer, P. (2005). *El delito de asociación ilícita* (1ª ed.). Ad-Hoc.
- Ziffer, P. (2008). El delito de asociación ilícita frente al “Derecho penal en expansión”. En Cancio Meliá, M. y Pozuelo Pérez, L. (Ed.), *Política criminal en vanguardia: inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada* (pp. 495-515). Thomson Reuters-Civitas.

Legislación citada

- Honorable Congreso de la Nación Argentina. (29 de octubre de 1921). Código Penal de la Nación. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>.
- Presidencia de la República del Perú. (1991). Decreto Legislativo 635 de 1991. Código Penal. Diario Oficial El Peruano del 8 de abril de 1991. <https://lpderecho.pe/codigo-penal-peruano-actualizado/>.

APROXIMACIÓN CRÍTICA AL DELITO DE MALTRATO ANIMAL EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO: ¿ES POSIBLE TUTELAR EL BIENESTAR ANIMAL DESDE EL DERECHO PENAL?¹

Percy Vladimiro Bedoya Perales

Universidad Católica San Pablo (Arequipa, Perú)

pvbedoya@ucsp.edu.pe

Recibido: 11/07/2024

Aceptado: 23/09/2024

Resumen

En este trabajo analizamos el delito de “actos de crueldad contra animales domésticos y silvestres” (en adelante, delito de “maltrato animal”), tipificado en el Código Penal peruano. Nos aproximamos críticamente a este delito pues, al momento de abordar su naturaleza jurídica, vemos que la criminalización del maltrato animal carece de algunos presupuestos que, a nuestro juicio, resultan indispensables para legitimar su presencia en el Código Penal. Básicamente, no se identifica el criterio de necesidad de la intervención penal por el cual se exige que la prohibición y castigo de alguna conducta se den cuando ésta comprometa seriamente el desarrollo de las personas en sociedad. De esta forma, pareciera ser que el hecho de maltratar a un animal —en sí mismo— no ocasiona la afectación de algún interés jurídico determinante para el desarrollo social de la persona. Consecuentemente, el bienestar de los animales no alcanzaría a ser un objeto que merezca ser tutelado desde el derecho penal. En sentido contrario, la presencia de este delito genera aspectos problemáticos desde el análisis de la legitimación del castigo, pues se muestra incompatible con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que rigen la actuación del derecho penal. Asimismo, otro aspecto problemático de esta figura está en que no se logra entender claramente cuál es el interés jurídico que se pretende proteger. Junto a ello, el análisis político-criminal de los casos que se han suscitado tras la promulgación de este delito y las respuestas que han recibido desde la práctica judicial evidencian que estaríamos ante una figura penal de carácter simbólico que no se adecúa a los fines político-criminales que se ha pretendido asignarle.

1 Esta investigación ha sido desarrollada gracias al financiamiento de la Universidad Católica San Pablo a través del Concurso de Proyectos de Investigación 2023. Código del proyecto: UCSP-CPI2023-10.

Palabras clave: bienestar animal, maltrato animal, bien jurídico penal, persona humana, legitimación del derecho penal.

Critical Approach to the Crime of Animal Abuse in the Peruvian Criminal Code: Is it Possible to Protect Animal Welfare through Criminal Law?

Abstract

This article analyzes the crime of “acts of cruelty against domestic and wild animals” included in the Peruvian Criminal Code (hereinafter the crime of “animal abuse”). We will assess this crime critically approaching its legal nature, to evidence that the criminalization of animal abuse lacks some attributes that in our opinion are essential to legitimate its presence in the Criminal Code. In short, elements such as necessity of criminal intervention are not identified; this criterion requires that the prohibition and punishment of an action occurs when it seriously compromises the development of people in society. Thus, it would seem that abusing an animal—in itself—does not impair any legal interest that is decisive for the social development of the person. Consequently, the welfare of animals would not be an object deserving the protection of criminal law. On the contrary, its criminalization generates some doctrinal questionings regarding the legitimacy of punishment, since it is inconsistent with the principles of subsidiarity and proportionality that are effective in criminal law. Likewise, another problematic aspect of this figure concerns the hazy understanding of the legal interest to be protected. In addition, from a criminal policy analysis of the case law arising after the enactment of this crime it can be stated that this crime might constitute a symbolic criminal figure that does not fit the political-criminal purposes assigned to it.

Key words: animal welfare, animal abuse, criminal legal interest, human person, legitimization of criminal law.

1. Introducción

Actualmente se viene dando una nueva tendencia consistente en reconocer a los animales como sujetos de derecho y, con ello, otorgarles un estatus preferente en el ámbito de la tutela jurídica. Uno de los argumentos para sostener este reconocimiento parte de la premisa relativa de que los animales son seres susceptibles de experimentar sensaciones de dolor o sufrimiento en el transcurso de su vida. Esta realidad generaría en el ser humano un conjunto de deberes tendientes a garantizar que el desarrollo vital de los animales se dé en un escenario exento de situaciones de malestar para ellos.

Estas consideraciones han introducido nuevas perspectivas de análisis en torno a la tutela jurídica de los animales. Uno de los escenarios donde más

impacto se ha generado es en el derecho penal, pues, a raíz del reconocimiento del bienestar animal como bien jurídicamente protegido, se ha procedido a criminalizar las conductas que lo afectan. De esta forma, es posible encontrar que, en diversos ordenamientos jurídicos, se ha tipificado el delito de “maltrato animal”; tal es el caso del Perú, donde este delito ha sido regulado en el artículo 206-A del Código Penal.

A razón de esto, surge una serie de interrogantes tales como: ¿es el derecho penal el medio de control social idóneo para reprimir las conductas que afectan a los animales?, ¿es el bienestar animal un bien jurídico que amerite tutela penal?, ¿cuál es el bien jurídico en este delito? o ¿cómo impacta esto en el análisis de legitimidad de la actuación punitiva?

Ante estos interrogantes, vemos la necesidad de analizar este delito a efectos de reflexionar si se presenta como un supuesto válido para la intervención del derecho penal. Este es un aspecto importante, pues la actuación del derecho penal como medio de control social requiere como presupuesto habilitante para el castigo que existan situaciones que realmente afecten el desarrollo social de la persona humana, pues sólo de esta forma resulta posible justificar y legitimar la punición de ciertas conductas. Asimismo, es importante que la reflexión dogmática se dirija también a analizar la racionalidad de las leyes penales, pues ciertamente: “El análisis de la política legislativa tiene mucho que ver con la necesidad de averiguar si las leyes son o no útiles, racionales, coherentes y eficaces. Si sirven al propósito para el que fueron aprobadas” (Muñoz Arenas, 2016, p. 25).

En esta perspectiva, este trabajo se enfoca en analizar críticamente el delito de maltrato animal, pues al momento de estudiar su naturaleza jurídica, reparamos en que este ilícito no reviste un supuesto legítimo de criminalización. Las razones para afirmar esto se encuentran en que, tras la construcción típica del maltrato animal, no observamos que exista un bien jurídico que fundamente el núcleo de ilicitud de este delito y que amerite la intervención del derecho penal. Al contrario, la presencia de esta figura delictiva en los ordenamientos penales genera dificultades en torno a su legitimación, pues sería contraria a principios fundamentales del *ius puniendi*, como son el principio de subsidiariedad y *ultima ratio*. Asimismo, consideramos que las dificultades también se presentan a nivel del juicio de proporcionalidad de la pena y en torno a los criterios de coherencia interna que han de estar presente en el sistema punitivo.

Por otro lado, las dificultades que este delito presenta también se evidencian a nivel de los efectos político-criminales, pues desde que este delito se tipificó en el Código Penal peruano (año 2016), no son muchas las sentencias

que los tribunales de justicia han emitido. Incluso —como veremos más adelante— muchos de los casos que se han presentado han sido sancionados con penas de carácter suspensivo o sin fundamentar adecuadamente la decisión. Este panorama nos hace pensar que la tipificación del maltrato animal, más que obedecer a un interés social legítimo para la intervención del *ius puniendi*, se identifica con un supuesto de punitivismo simbólico que expande innecesariamente las conductas prohibidas en el Código Penal. De ahí que la respuesta que se ha dado desde la práctica judicial no evidencie la necesidad social que teóricamente justificó su incorporación en la legislación penal.

A efectos de sustentar nuestra postura, la aproximación crítica que desplegamos se realizará siguiendo una metodología descriptiva y argumentativa. De esta forma, los objetivos que pretendemos son los de determinar cuándo resulta legítimo otorgar tutela penal a un bien jurídico y, de forma concreta, establecer si el delito de maltrato animal constituye un supuesto válido para ser objeto de tratamiento desde el derecho penal. La fundamentación que desplegaremos se desarrollará desde dos tópicos fundamentales: la noción de bien jurídico-penal y la noción de persona humana como presupuestos habilitantes de la injerencia punitiva.

El camino metodológico que seguiremos se conforma por los siguientes estadios: en primer lugar, desarrollaremos cómo la conducta de maltrato animal ha logrado consagrarse en la legislación penal del Perú, a la vez que haremos una breve referencia a los modelos que propugnan el reconocimiento de derechos subjetivos a los animales. Seguidamente, procederemos a desplegar nuestro análisis crítico a través del estudio de las notas distintivas que el delito de maltrato animal tiene, principalmente a nivel del concepto de bien jurídico y el interés que se pretende proteger. Posteriormente, nos enfocaremos en desarrollar las controversias que este delito genera en el ámbito político-criminal. En último término, trataremos de dar respuesta a si el maltrato animal es una conducta que debe ser castigada desde el derecho penal. Finalmente, desplegaremos las conclusiones de nuestra investigación.

2. La regulación típica del maltrato animal en el Código Penal peruano

2.1 Antecedentes y contenido del delito de maltrato animal

El desarrollo dogmático de la tutela jurídico-penal de los animales es un proceso relativamente nuevo. Según Brague Cendán (2017), la tipificación del delito de maltrato animal se inicia en el tardío derecho común que se ve acentuado con la codificación penal en el siglo XIX y se revitaliza con nuevos paradigmas

a lo largo del siglo XX (p. 15). Así pues, la preocupación por regular un trato adecuado para con los animales fue materializándose en los sistemas legales de diversos países. Por ejemplo, ya en 1954, la Ley 14346 de la República Argentina fue pionera en América Latina al considerar como delito el maltrato y la crueldad contra los animales. Años más tarde, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) aprobó en 1978 la “Declaración universal de los derechos del animal”, documento sin carácter vinculante para la comunidad internacional, pero que grafica el interés existente en la preservación y cuidado de los animales a nivel supranacional. En años recientes, el ordenamiento jurídico español, a través de la Ley Orgánica 1/2015, modificó varios artículos del Código Penal e incorporó en sus artículos 337 y 337 bis los delitos de maltrato y abandono de animales, siendo esta reforma la que mayor reflexión dogmática ha suscitado en el ámbito hispanohablante.²

El Perú no fue ajeno a esta preocupación legítima por establecer parámetros al desarrollo humano en su relación con los demás seres vivientes. En cuanto a la tutela jurídico-penal se refiere, el Código Penal ya disponía en su artículo 450-A sancionar los actos de crueldad hacia los animales, considerando esta conducta como un supuesto de faltas contra las buenas costumbres. En esta infracción, se procedía a imponer una sanción equivalente a ciento veinte días-multa o trescientos sesenta días-multa cuando el animal moría a causa de los maltratos.

No obstante, el 8 de enero del año 2016 se promulgó la Ley 30407 (Ley de Protección y Bienestar Animal). Esta norma se encargó de regular diversos supuestos, por los cuales se estableció la política pública que el Estado peruano asume en cuanto a la protección de la vida y la salud de los animales vertebrados. Entre sus objetivos, el artículo 3 de esta norma señala como una necesidad social el proteger la integridad del animal, así como impedir los malos tratos por los cuales se les ocasione sufrimiento, muerte y lesiones. De igual modo, establece la exigencia de fomentar el bienestar de la vida animal en la sociedad peruana.

Entre toda la sistemática que esta norma presenta, el aspecto que nos importa destacar es el referido a la incorporación que realizó del artículo 206-A al Código Penal peruano. Conforme se expresó en el dictamen emitido por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República del

2 Para abundar sobre los países que también brindan tutela jurídica a los animales, se puede consultar el capítulo II del libro de Nadia Espina *Derecho animal. El bien jurídico en los delitos de maltrato* (2020). En esta obra, la autora realiza una revisión de las legislaciones que tutelan la protección de los animales tanto en Latinoamérica como en Europa.

Perú, era necesario penalizar el maltrato animal, ya que la legislación sancionatoria que existía hasta el momento resultaba insuficiente para una adecuada protección de los animales (2015). Bajo este criterio, se procedió a derogar la falta prevista en el artículo 450-A y se creó un nuevo delito —dentro del título correspondiente a los delitos contra el patrimonio— por el cual se sanciona a todo aquel que comete actos de crueldad o abandono contra animales domésticos y silvestres. La sanción que se estableció fue la de pena privativa de la libertad no mayor de tres años y de cien a ciento ochenta días-multa e inhabilitación para la tenencia definitiva o temporal de animales. Adicionalmente, se tipificó una modalidad agravada consistente en la muerte sobreviniente del animal como consecuencia de los actos de abandono o crueldad que se empleen en su contra. Con este agravante, la sanción se incrementa de tres a cinco años de pena privativa de la libertad y se contempla imponer pena pecuniaria de ciento cincuenta a trescientos días-multa. De igual modo, se mantiene la inhabilitación para la tenencia definitiva o temporal de animales.

2.2 Reflexiones preliminares sobre la tutela jurídico-penal de los animales

La tipificación del delito de maltrato animal fue un acto aclamado por cierto sector de la sociedad peruana. Conforme señalan Vega y Watanabe (2016, p. 392), la Asociación Peruana de Protección de los Animales (ASPPA) informó que, en los tres días siguientes a la promulgación de esta norma, el número de denuncias por maltrato animal se incrementó en un 60%. Esta tendencia continuó con el paso del tiempo, pues, según lo mencionado por Guardamino (2024), el Ministerio Público informó que, a lo largo del 2023, se registraron 1686 denuncias por abandono y actos de crueldad contra animales domésticos y silvestres en el Perú.

Partiendo desde una aproximación fenomenológica de la realidad anteriormente descrita, constatamos que efectivamente los actos de maltrato animal generan rechazo en algunas personas, pues cuando los medios informan sobre estos hechos, no son pocas las voces que expresan su indignación o incluso se ha llegado a ver una marcada exaltación en los ánimos de ciertas personas.³

Este panorama no resulta sorprendente, pues, en efecto, muchas personas suelen establecer vínculos especiales con los animales, dado que, ante situaciones donde estos experimentan sufrimiento, surge un desprecio manifiesto por

3 Un ejemplo de esto lo encontramos en los casos sucedidos en Chile, donde en noviembre del 2023 un grupo de personas intentaron incendiar y produjeron una serie de destrozos en una cafetería en

estos comportamientos. Esto ha generado que en el derecho se discutan cuestiones ético-jurídicas en torno al reconocimiento de los animales como sujetos de tutela jurídica.

Aunque el objetivo de este trabajo escapa a la cuestión referente a si los animales pueden ser considerados sujetos de derecho, resulta necesario hacer una breve referencia a este debate, principalmente en los aspectos que luego derivan en la tutela penal del bienestar animal.

Al revisar la literatura que existe en torno a los derechos de los animales, reparamos en que los argumentos a favor de esta postura parten de una aproximación utilitarista, por la cual coinciden en que la razón por la que se debe reconocerles derechos radica en la capacidad que estos tienen para experimentar dolor. Ya desde los planteamientos de Bentham en 1789 (2008, p. 291), se señalaba que la asignación de derechos a los animales era una obligación derivada del hecho de constatar que estos pueden sufrir. En tiempos más recientes, Singer (1999, p. 44) vuelve a postular esta lógica argumentando que, en la medida en que un ser tenga capacidad para sufrir o disfrutar, resultaría coherente reconocerle derechos, toda vez que si un ser puede padecer, entonces no existiría razón para negarle tutela. Esta idea se sigue replicando en palabras de Mosterín (2015), para quien la reivindicación de los animales como sujetos de derecho obedece al hecho de que “todos los animales sensibles (capaces de sufrir) tienen derecho a ser tratados con respeto y a no ser torturados ni sometidos a crueldad” (p. 61). Zaffaroni (2011) también comparte este criterio cuando señala que el delito de maltrato animal se fundamenta en “el derecho del propio animal a no ser objeto de la crueldad humana, para lo cual es menester reconocerle el carácter de sujeto de derechos” (p. 54).

Otros intentos que se han esbozado para adscribir derechos a los animales pueden ser encontrados en los planteamientos de Regan (1999) y de Nussbaum (2007). Conforme al primero, el reconocimiento de derechos a los animales parte de la premisa de que, en el ámbito de los derechos, algunos se presentan de forma negativa; esto es que, en torno a lo que se refiere a la vida, la integridad corporal y la libertad, existe el derecho a no ser dañado u obstaculizado (p. 18). Como la afectación de estos derechos conlleva un desvalor moral, ya que “[e]s moralmente malo anular rutinariamente los derechos de algunos individuos meramente sobre la base de que se beneficiará a otros” (p. 19), entonces el

la ciudad de Valdivia. Según se informó, los manifestantes acusaban a los dueños del establecimiento de haber desaparecido a unos perros que solían andar por la zona (*Destrozaron café en Valdivia...*, 2023).

fundamento de los derechos se encontraría en un factor de naturaleza moral. Ahora bien, contrario a lo que se puede pensar, el estatus moral no es algo exclusivo de los seres humanos y tampoco resulta cierto que sólo ellos presentan un nivel superior de esta condición moral. En su pensamiento, esta posición incluso es atribuible a los “animales no-humanos”; de ahí que Regan (1999) llegue a equiparar la forma de vida animal con la de los niños pequeños en la medida en que ambas formas de vida se hallan en el mundo y comparten la experiencia del placer, el dolor, el miedo y el confort, a la vez que son capaces de comunicar su subjetividad. Siendo así, el filósofo concluye:

Si es malo matar o hacer daño de otro modo rutinariamente a *niños* que tienen estas características, meramente para que se beneficien otros, y si esto es una base suficiente para que posean derechos, entonces ¿cómo podemos evitar sacar las mismas conclusiones en relación con aquellos *animales no-humanos* que se asemejan a esos niños en los aspectos pertinentes? Dicho brevemente, si esos niños tienen derechos, ¿cómo podemos ser consistentes al rechazar el reconocimiento de los derechos de esos animales? (Regan, 1999, p. 31)⁴

Finalmente, la postura de Nussbaum (2007) se plantea desde una aproximación diferente, que se aparta del criterio utilitarista que las posturas anteriores compartían y se centra en lo que denomina el “enfoque de las capacidades”. Conforme a su tesis, los principios políticos sobre los que se edifican las relaciones entre los seres humanos y los animales debieran buscar como objetivo que “[n]ingún animal sensible vea truncada la oportunidad de llevar una vida floreciente —una vida dotada de la dignidad relevante para su especie— y que todos los animales sensibles disfruten de ciertas oportunidades positivas de florecer” (p. 346). De esta forma, la capacidad del animal para ser sujeto de derechos se fundamenta en un concepto de dignidad, el mismo que se genera desde las capacidades y necesidades innatas que como ser vivo puede tener y que, a su vez, genera el deber de garantizarle una vida deseable, más aún si se toma en cuenta que los animales no hacen parte del proceso de toma de decisiones políticas que se dan en la sociedad.

Una última perspectiva que sobre el tema cabe mencionar es la reseñada por Mañalich Raffo (2018, pp. 326-327), quien sobre la base de la llamada “teoría del interés” señala que sí resultaría posible adscribir derechos subjetivos a los animales en la medida que se entienda que en ellos existe un conjunto de es-

4 Lo resaltado en cursivas corresponde al texto original.

tados intencionales que manifiestan su deseo a no ser objeto de malos tratos. La premisa que sostiene esta aproximación se asienta en la idea referida a que, detrás de todo derecho subjetivo, siempre existe un interés que habilita su reconocimiento jurídico. De esta forma, como los animales manifiestan expresiones que hacen ver que algo les es deseable o despreciable (intereses), entonces surge la posibilidad de reconocer como verdaderos derechos todo aquello que desde la perspectiva del animal resulta apetecible para él. Junto a ello, como la existencia de todo derecho lleva aparejada la presencia de un deber, si un animal tiene derecho a no ser maltratado (pues el maltrato no es algo que le interese), entonces los demás seres tienen el deber de no ir en contra de esta preferencia, con lo cual, la punición del maltrato animal resultaría factible (Mañalich, 2018, p. 327).

Consideramos que los modelos reseñados ciertamente presentan un enfoque valioso para construir las relaciones entre los seres humanos y los animales. En definitiva, el dinamismo deontológico del ser humano lleva a reconocer como una exigencia moral que el trato que les brinda a los demás seres sintientes no puede implicar un accionar abusivo. Ahora bien, a pesar de que las posturas a las cuales podemos definir como “animalistas” contemplan una profunda carga axiológica y probidad en torno a la consideración del bienestar animal, es importante recordar que cuando se pretende recurrir al derecho penal para criminalizar alguna conducta, debe tenerse presente que su actuación se rige por un conjunto de reglas y principios que determinan la legitimidad de su intervención. Esta consideración es de suma importancia al momento de valorar seriamente las implicancias que apareja el uso del castigo penal, así como las consecuencias de asumir una flexibilización de los parámetros de la actuación punitiva. De ahí que no compartamos la opinión de Ríos Corbacho (2016, p. 18) cuando afirma que todas aquellas posiciones que cuestionan la criminalización del maltrato animal apelando a nociones profundamente arraigadas en la tradición penal son opiniones que no han podido superar sus propias limitaciones conceptuales e ideológicas, por lo que rehúyen al cambio.

En esta perspectiva, reclamar la tutela penal de los animales únicamente bajo el criterio de que estos pueden sufrir o incluso fundamentar la pertinencia de la reacción penal como una cuestión de necesidad que refleja una sociedad evolucionada propia del siglo XXI (García Solé, 2010, p. 38) es una cuestión que debe tomarse con matices.

Dicho esto, corresponde dar respuesta a la pregunta que nos hiciéramos en torno a si la tipificación del delito de maltrato animal se legitima desde los fundamentos del castigo, toda vez que pareciera ser que la discusión sobre la

tutela penal de los animales solamente se ha enfocado desde la óptica de los derechos subjetivos de estas especies y la reivindicación de su tutela jurídica. Sin embargo, llama la atención que en esta reflexión se suela omitir los extremos correspondientes a la legitimidad del castigo y los presupuestos que habilitan la injerencia punitiva. En este sentido, como bien afirma Mesías Rodríguez (2018, p. 68), lo que debemos plantearnos al analizar el delito de maltrato animal es si la tutela penal que se brinda a los animales es el medio idóneo para protegerlos.

3. Presupuestos habilitantes para la tutela penal: bien jurídico y persona humana en el delito de maltrato animal

Hemos adelantado que, en nuestra opinión, los problemas de legitimación del delito de maltrato animal se encuentran en que en este ilícito no se identifican algunos presupuestos esenciales para legitimar la intervención penal, los cuales son: la presencia de un bien jurídico que merezca tutela penal y, seguidamente, la certeza de que las conductas de maltrato animal afectan algún interés determinante para el desarrollo de las personas en sociedad. Siendo así, corresponde adentrarnos en el análisis de estos extremos.

3.1 Función del bien jurídico-penal en la legitimación del castigo

No pretendemos hacer un estudio amplio de la noción de bien jurídico en el derecho penal, ya que esto excedería los objetivos de este trabajo. Sin embargo, resulta necesario estudiar este criterio en la dinámica del delito de maltrato animal, pues los análisis que se han hecho en torno a la legitimidad de este tipo manifiestan un particular esfuerzo por tratar de justificar la existencia de un bien jurídico tras la conducta que se reprocha en la ley penal (el cual, como se puede presumir, se centra en la noción de bienestar animal).

Es cierto que el concepto de bien jurídico y su importancia para el derecho penal es una cuestión altamente discutida. Sólo a manera de ejemplo, recuérdense los planteamientos de Jakobs (2003, p. 59), por los que se afirma que la función de la pena no se dirige a restaurar algún bien jurídico afectado por el delito, sino más bien a la vigencia de la norma. Más allá de la álgida discusión que existe en torno a si el derecho penal protege bienes jurídicos o no, creemos que el debate sobre este concepto siempre resulta ser un tópico relevante para la sistemática jurídico-penal, sobre todo cuando su reflexión se da desde el análisis de las estructuras típicas que se encuentran en la legislación (Hefendehl et al.,

2016, p. 23). Quizá por esto no resulta extraño que los que se muestran adeptos a la criminalización del maltrato animal hayan tratado de fundamentar la existencia de un bien jurídico en este delito, tal como lo veremos más adelante.

Lo que nos interesa ahora es centrarnos en un aspecto concreto del bien jurídico: la función que este ostenta en la legitimación del castigo. Este interés obedece a que, tanto desde un punto de vista teórico (referente a cuál podría ser la finalidad del derecho penal) como desde un punto de vista práctico (referente a cómo debe desplegarse la política legislativa), la función del bien jurídico sirve para explicar cuáles son las conductas que legítimamente pueden prohibirse en los códigos penales (Gimbernat Ordeig, 2016, p. 22). Así pues, expondremos tres funciones que se suelen asignar al bien jurídico: la función limitadora de la política legislativa, la función de interpretación de las leyes penales y la función crítica, siendo esta última la que mejor nos permite cuestionar la legitimidad del delito de maltrato animal y la que nos ofrece la posibilidad de desarrollar el segundo presupuesto mencionado.

3.1.1 ¿El bien jurídico sirve para limitar la política-criminal del legislador?

Usualmente se afirma que el bien jurídico ostenta una función de límite a la potestad legislativa en materia político-criminal. Por ejemplo, así lo cree Hassemer al decir que: “La teoría del bien jurídico ofrece un sustrato empírico al que están vinculados el legislador penal y los deberes de actuación que la ley penal formula” (Hassemer y Muñoz Conde, 1989, p. 104). Bajo esta premisa, se entiende que el legislador estaría impedido de recurrir al derecho penal para sancionar ideologías políticas, religiosas, etc. o para tutelar meras convicciones morales. A pesar de que esta postura guarda un contenido garantístico amplio, consideramos que tal potencial limitador no existe o es muy reducido por lo siguiente:

En primer lugar, si tomamos en cuenta que la criminalización de las conductas obedece a un proceso formal de naturaleza democrática y deliberativa, vemos que la noción de bien jurídico no limita en nada, ya que el legislador puede proteger lo que elija y afirmar que lo ha hecho justamente porque esto refleja la consideración de lo que la sociedad considera valioso (Szczaranski, 2012, p. 431). Así pues, al igual que Sternberg-Lieben (2016, pp. 116-117), creemos que al legislador le asiste cierta libertad en la evaluación de las conductas a sancionar, por lo tanto, siendo que la decisión legislativa se da en “condiciones de incertidumbre” (ya que la tutela legislativa se muestra como una medida

prospectiva ante un pronóstico de lesión o puesta en peligro del bien jurídico), resulta difícil limitar al legislador penal mediante la teoría del bien jurídico.

Otra razón por la que se complica sostener esta función de límite está en que la configuración social que presenta el derecho penal *a priori* torna legítima de por sí la tutela de prácticamente cualquier interés social (Bacigalupo, 1999, p. 44). De ahí que se asuman como “bienes jurídicos no sólo los intereses o derechos individuales, sino también metas y objetivos políticos, económicos, administrativos, etc.” (Yacobucci, 2014, p. 239). No obstante, si bien los fines garantistas que se persiguen con esta noción límite no operan a través de una restricción de las facultades legislativas, esta pretensión adquiere cierto sentido cuando se discute la legitimidad de las medidas legislativas que brindan tutela penal, toda vez que en el análisis de la legitimidad de la intervención penal es necesario mostrar las razones materiales que subyacen a la decisión legislativa de punir cierto comportamiento y también validar la forma en la que el legislador despliega la política-criminal (Szczeranski, 2012, p. 397).

Con lo señalado, la crítica al delito de maltrato animal no podría enfocarse desde la función límite del bien jurídico, pues, como se ha reseñado anteriormente, cierto sector de la sociedad sí refleja un interés manifiesto por que se castigue penalmente a las personas que maltratan animales e incluso se han desarrollado serios esfuerzos para fundamentar su calidad como sujetos de derechos. Por lo tanto, la decisión del legislador de tipificar esta conducta estaría siendo legítima, ya que observa este anhelo social y lo plasma en el ejercicio de sus atribuciones constitucionalmente establecidas.

3.1.2 Sobre la función dogmática del bien jurídico: más allá de la sola interpretación

Otra función que se le asigna al bien jurídico es una de naturaleza dogmática, por la cual se hace referencia a su utilidad en la hermenéutica de los tipos penales y en su organización sistemática. En esta línea, el bien jurídico sirve para indicar cuál es el objeto que se pretende resguardar y, a su vez, permite evidenciar la razón o la finalidad de la coacción penal (Lascaraín Sánchez, 2007, p. 127).

Ciertamente, esta consideración permite entender cuáles son las razones que el legislador presentó al momento de otorgar tutela penal a determinado interés. Esto convierte al concepto de bien jurídico en una herramienta valiosa para la interpretación del tipo, sobre todo en los casos donde resulta complicado entender la finalidad del castigo al momento de valorar la imputación. De ahí que Tavares (2004, p. 83) afirme que la función propia del bien jurídico

es la de servir como un elemento esencial de la estructura del injusto, ya que la lesión o peligro de lesión del interés tutelado brinda un punto referencia para saber cómo y cuándo incriminar. Así pues, con esta función del bien jurídico-penal, se otorga “la posibilidad de evaluar la utilización del instrumento penal en relación con el nivel de dañosidad social de los comportamientos que se pretenden penalizar” (Yacobucci, 2014, p. 241).

Al respecto, creemos que el bien jurídico-penal sí presenta esta función dogmática. No obstante, reducir su potencial únicamente a la utilidad descriptiva que puede aportar le resta capacidad a este elemento esencial del *ius puniendi*. Amelung (2016) explica esto señalando que “la función dogmática del juicio de valor constituyente de los bienes no se limita a su contribución a la interpretación teleológica de los tipos de la parte especial” (p. 223). Si se entendiera que el bien jurídico sólo sirve para identificar cuál es el objeto que la ley quiere proteger, entonces el análisis de la validez de las medidas punitivas en torno al qué y al cómo debe desplegarse el derecho penal perdería sentido. En esta perspectiva, creemos que el bien jurídico-penal trasciende la función de mera interpretación de los delitos y adquiere capacidad crítica al momento de realizar el juicio de legitimidad de las medidas punitivas. Con ello, esta función dogmática se presenta como un primer nivel, que, una vez realizada, apertura la posibilidad de someter a juicio la coherencia del sistema jurídico conforme al interés que se pretende tutelar, lo cual permite definir la legitimidad de la actuación punitiva en torno al bien jurídico protegido (Lascuraín Sánchez, 2007, p. 131).

En el caso del maltrato animal —específicamente en la forma en cómo se ha tipificado en el Perú—, esta función ostenta particular relevancia, pues, como se señaló, este delito se regula en el apartado correspondiente a los delitos contra el patrimonio. Como veremos posteriormente, ya desde este aspecto se presentan dificultades en torno a la legitimación de este delito, pues si los animales son considerados bienes jurídicos patrimoniales, no se entiende por qué disponer de ellos es una conducta que amerita sanción. No obstante, como consideramos que la función del bien jurídico va más allá de la sola interpretación, corresponde analizar la función crítica que este tiene y que a nuestro criterio resulta ser la más adecuada en el análisis de la legitimidad del delito de maltrato animal.

3.1.3 Función crítica del bien jurídico en el juicio de legitimidad de la tutela penal

De acuerdo con lo señalado por Von Hirsch (2016, p. 33), la función crítica del bien jurídico permite el análisis de las normas penales y, con ello, declarar

la inexistencia de un objeto legítimamente protegible frente a ciertos supuestos de criminalización. Esto obedece a que, desde esta función, el bien jurídico presenta un componente cognitivo y garantista que permite comprender qué se protege y la razón de esa protección a efectos de constatar si determinado objeto merece tutela penal (Bustos Ramírez y Hormazábal Malareé, 2006, p. 75).

Bajo este criterio, se sostiene que la función específica del bien jurídico consistiría en deslegitimar determinados intereses sociales cuando estos pretenden que se tutelen bienes jurídicos aparentes (Brandt et al., 2016, p. 430). Con ello, la función crítica del bien jurídico permite analizar la necesidad del castigo y someter a refutación los fines político-criminales que sustentan las formulaciones típicas desde la óptica del merecimiento de pena, tanto en el extremo correspondiente a la criminalización de la conducta como en el de la sanción en sentido estricto.

A esta función del bien jurídico se le ha objetado ser una propuesta poco precisa y de contenido abstracto, lo cual termina limitando su propio rendimiento como filtro de legitimación de las normas penales (Roxin, 2013, p. 6). Por ejemplo, Amelung (2016) señala:

La teoría de la protección de bienes jurídicos [en su función crítica] es un dogma, que por un lado, niega la legitimación a las normas penales inútiles, pero, por el otro, es tan flexible que toma en consideración la facultad del legislador de decidir qué ha de considerarse útil y digno de protección. (p. 256)

Consideramos que estas objeciones tienen sentido si es que sólo se entiende a la función crítica como una aproximación que simplemente se dirige a expresar un juicio de disconformidad respecto a algún delito. Bajo estos parámetros, el razonamiento que se realice de la norma penal ciertamente resultaría abstracto y no podría sostenerse una crítica suficiente a la tutela penal que otorga el legislador. Por esta razón, entendemos que el despliegue de la función crítica del bien jurídico precisa de presupuestos materiales que den racionalidad y delimiten el juicio de legitimidad de la intervención penal. De esta forma, la función crítica no sólo permite analizar qué es aquello que se puede considerar como bien jurídico-penal, sino también cómo es que se debe protegerlo en el marco de un ejercicio adecuado de la política criminal (Muñoz Conde, 2001, p. 93).

En relación con lo señalado, entendemos que la función crítica del bien jurídico implica entender que esta noción no puede constituirse como un concepto aislado, sino que su concepción debe estar relacionada con otras consi-

deraciones que estructuran el sistema penal y la propia sociedad. Con ello, el análisis sobre la legitimidad de la tutela penal también debe realizarse con los criterios constitucionales que configuran la sociedad y con los principios que rigen la actuación punitiva. Bajo esta óptica, Wohlers (2016) ha señalado: “El potencial crítico-sistemático de la teoría del bien jurídico no viene predeterminado a través del concepto de bien jurídico, sino que depende de los baremos que se tienen que incorporar externamente a dicha teoría” (pp. 393-394). Por este motivo, consideramos que el análisis crítico de lo que se quiere proteger en el delito de maltrato animal tiene que enfocarse desde los presupuestos materiales constituidos por la persona humana y la importancia superlativa que supone proteger algo para garantizar el desarrollo del ser humano en sociedad. Criterios que, a nuestro juicio, aportan validez a la tutela de algún bien jurídico y que en el caso del maltrato animal no parecieran estar presentes.

3.2 Fundamento antropocéntrico de la tutela jurídico-penal

Hemos señalado que el análisis de legitimidad del delito de maltrato animal debe efectuarse desde la función crítica del bien jurídico que se quiere proteger. Con ello, también es necesario que esta aproximación se complemente tomando en cuenta la noción de persona humana, pues ésta se presenta como presupuesto material del propio concepto de bien jurídico y, a la vez, como presupuesto de una intervención penal legitimada.

Ciertamente no se trata de hacer un estudio de lo que es la persona humana, pero tomando en cuenta que el debate sobre la tutela penal de los animales incluso ha llevado a afirmar que el concepto de persona no es algo propio del ser humano, sino que se habla de “personas no humanas” —como se desarrolló en la jurisprudencia argentina al resolverse una acción de *habeas corpus* a favor de una orangután (caso resuelto por la Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, el 18 de diciembre de 2014)—, resulta preciso hacer referencia a algunas cuestiones sobre la persona humana y su relación con la tutela jurídico-penal. Antes de ello, es importante dejar sentado que, en nuestra opinión, la única forma de entender la noción de persona humana es a partir de su sentido ontológico, esto es, de una consideración real de la existencia humana por la cual ésta se presenta como un ente preexistente a la ordenación político-jurídica y de la cual se demanda el respeto y reconocimiento de sus derechos (Yacobucci, 2006, pp. 1085-1086).

3.2.1 La teoría personal del bien jurídico

Creemos que no resulta controvertido afirmar que si la pena presenta fines de prevención, es precisamente porque se busca asegurar el desarrollo de las personas en sociedad. Esto implica reconocer que el despliegue del derecho penal efectivamente encuentra sentido cuando tiene como punto de referencia a la persona humana. De hecho, como bien expresa Ambos (2006, p. 151), el ser humano y su dignidad deben ser el punto de partida de todo sistema de derecho penal, por lo que no es extraño que la propia ley peruana parta señalando que el Código Penal tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad.

Bajo esta premisa, en lo referente a la tutela penal, pareciera ser claro que la criminalización de conductas y el castigo solamente serán legítimos cuando dichas medidas estén dirigidas a la protección de la persona humana en estricto. Por esta razón, la estructura del bien jurídico que se quiere proteger también debe tomar como referencia el sustrato antropológico para legitimar el tratamiento punitivo, aspecto que, en la dogmática penal, ha sido desarrollado en la llamada “teoría personal del bien jurídico”.

Esta propuesta, cuyo desarrollo principal se debe a Hassemer, pretende

funcionalizar los intereses generales desde el punto de vista de los de la persona, deduciendo los bienes sociales y estatales de los del individuo. Para esta teoría, los intereses generales sólo se pueden reconocer legítimamente en la medida en que sirvan a los intereses personales. (Hassemer y Muñoz Conde, 1989, p. 109)

Así pues, la noción personalista del bien jurídico implica asumir que la tutela jurídico-penal se encuentra supeditada a que la acción lesiva contra el interés protegido condicione de manera determinante el libre desarrollo de los atributos humanos (aspecto sobre el que volveremos más adelante).

Como se observa, esta concepción del bien jurídico permite que la función crítica a la que hacíamos referencia supere las críticas en torno a lo difuso de su contenido, pues, al colocar a la persona en el núcleo de la consideración penal, permite desarrollar la lectura crítica del derecho positivo cuando éste no explica por qué se debe recurrir a la represión penal en casos donde no está claro que dejar impune la conducta compromete el desarrollo de la persona en sociedad (como sucede con el delito de maltrato animal). Así pues, como concluye Hassemer, “la concepción personalista del bien jurídico lucha por una política del derecho penal vinculada a principios y que justifique y mida sus decisiones en función de si se protegen intereses humanos dignos de protección” (Hassemer y Muñoz Conde, 1989, p. 112).

Ahora bien, a esta noción personal del bien jurídico se le podrían oponer los siguientes problemas: en primer lugar, al manifestarse un marcado acento en los intereses primordiales de la persona, pareciera ser que esta formulación sigue siendo extensiva y poco precisa, toda vez que bajo esta idea de “interés primordial de la persona” se podría admitir la tutela penal de aquellos bienes con claro valor superlativo para la existencia humana (vida, salud, patrimonio, etc.), pero también aquellos que adquieren importancia con base en el consenso social mayoritario (como bien podría ser el bienestar animal). Si bien esto es cierto, el despliegue del derecho penal debe tomar en cuenta los intereses que la sociedad manifiesta; la formulación típica precisa incorporar otros elementos para su legitimación, como el aparato garantista de los principios referidos a la proporcionalidad del castigo y la necesidad de pena que complementan la actuación penal, aspecto que, como desarrollaremos después, se complica al analizar el delito de maltrato animal.

Por otro lado, también se podría señalar que la noción personalista del bien jurídico no sería compatible con la protección de bienes jurídicos supraindividuales, donde muchas veces la referencia personal no es del todo clara. En este punto, consideramos que la tutela de los bienes jurídicos supraindividuales también responde a un fundamento personalista, toda vez que la tutela penal de estos aspectos también tiene como finalidad garantizar el desarrollo humano. Siendo así, el reconocimiento de la teoría personal del bien jurídico no excluye la protección penal de los bienes supraindividuales en la medida en que estos también son medios importantes para la autorrealización social del individuo (Silva Sánchez, 2012, p. 433).

3.3 Dimensión social del bien jurídico: cuestiones sobre el valor superlativo del interés penalmente protegido

Para legitimar la punición de las conductas, el sustrato personal del bien jurídico-penal debe complementarse con la dimensión social del obrar humano. Al igual que la persona precisa de interacción social para el despliegue de su existencia, la tutela penal se enfoca en brindar protección a aquellos bienes jurídicos que, de no ser resguardados, condicionarían el libre desarrollo humano. Con ello, el concepto personal de bien jurídico extiende sus criterios a los bienes que cobran importancia con el contacto social, pues precisamente estos intereses resultan fundamentales para garantizar el desarrollo de las personas.

Relacionado con esto, la Corte Suprema de Justicia del Perú, a través del

Acuerdo Plenario N° 01-2012/CJ-11, ha señalado que “no existe en el Estado Democrático de Derecho un solo tipo penal que no afecte o ponga en riesgo algún bien jurídico de relevancia tal que merezca protección bajo amenaza de sanción como delito” (2012). Por esta razón, la tutela penal se supedita a la presencia de dañosidad del bien jurídico cuando esta resulta ser socialmente trascendente (Silva Sánchez, 2009. p. 276).

Junto a ello, al introducir componentes de valoración social a la tutela de bienes jurídicos, se constituye la idea en torno a que “un comportamiento que no afecte de ningún modo a las posibilidades de desarrollo de otros no debe ser valorado como injusto jurídico-penal” (Roxin, 2013, p. 6). De esta forma, consideramos que cuando se habla de un interés social en torno a la tutela penal de un bien jurídico, éste no debe entenderse como la manifestación de los anhelos de un grupo de personas sobre lo que consideran debe ser penalmente protegido, sino que la práctica legislativa debe tomar en cuenta que aquello que se quiere proteger constituye un interés en sí mismo valioso para que la persona despliegue su existencia, razón por la que el orden jurídico reconoce la necesidad de tutela.

Ahora bien, ¿qué define que un objeto tenga el valor necesario para ser tutelado penalmente? En nuestra consideración, el estatus de aportación positiva del bien jurídico viene definido por la relación que se genera entre el objeto a tutelar y el sujeto que ejerce titularidad sobre el bien. Así, el concepto de bien jurídico comprende un concepto relacional, donde el valor y aporte positivo que este ostenta se construye sobre la base del aporte valioso (un bien en sí mismo) que, desde la óptica de la persona humana, resulta vital para su existencia (Kahlo, 2016, p. 51). De igual modo, esta supremacía de la axiología del interés que pretende protección debe relacionarse con el marco constitucional, pues, como bien lo señala Muñoz Conde (2001, pp. 92-93), para evitar una “perversión” del concepto de bien jurídico, el legislador debe conectar su contenido con los valores constitucionales. Bajo esta perspectiva, la correspondencia constitucional necesariamente implicará fundamentar la tutela penal en la dignidad propia de la persona humana. Con ello, resulta precisa la cita que Carrasco Jiménez (2015, p. 257) realiza de Hormazabal, cuando afirma que el legislador —a efectos de brindar tutela penal— debe observar un juicio de ponderación, por el cual se analiza qué tanto se afectan la dignidad y los derechos de la persona al momento de criminalizar una conducta. Mir Puig (2006, pp. 211-212) expresa otro criterio para determinar la valía del bien jurídico. Según cree, para amparar penalmente un interés social, puede ser útil compararlo con

los bienes jurídico-penales que integran el núcleo del sistema penal, ya que en él se concentran los valores más importantes para una sociedad, cuya tutela le ha sido asignada al derecho penal con base en la influencia que ejercen sobre los individuos.

Con lo dicho, la tutela penal de bienes jurídicos se legitima cuando resulta posible fundamentar la relación entre el valor determinante de lo que se pretende proteger y el medio que se utiliza para hacer efectiva esta protección. Esto cobra relevancia al reparar que, en el universo jurídico, los medios de control social pueden encontrarse en distintos órdenes, por lo que la injerencia jurídica, entre más intensa sea, se supedita a supuestos de urgencia. Por esto creemos que no le falta razón a Schünemann (2016, p. 202) cuando afirma que la idea rectora respecto a que el Estado tiene el deber de asegurar la posibilidad de desarrollo del individuo también supone entender que hay cosas que el Estado puede proteger por medio del derecho penal y otras que no.

Precisamente, la legitimidad del delito de maltrato animal entra en crisis bajo estas premisas, pues no todos los casos donde se maltrate a un animal se presentan como supuestos de afectación a la posibilidad de desarrollo social del ser humano. Si bien es cierto que pueden existir supuestos donde los animales sí ejercen un rol para el desarrollo de las personas (por ejemplo, los perros guías o de soporte emocional), el reproche que se haría a la conducta que afectó al animal igual se estaría fundamentando en la afectación que se genera en el desarrollo del ser humano que precisa de la asistencia del animal, mas no por afectarse al animal en sí mismo.

Lo señalado nos hace pensar que la discusión sobre la legitimidad penal del delito mencionado no debiera enfocarse —como se ha venido haciendo hasta el momento— en fundamentar la calidad del animal como sujeto de derechos, o que este es un ser sensible, sino más bien en tratar de encontrar fundamentos que sustenten que el bienestar animal es un bien jurídico que en sí mismo aporta de manera determinante al desarrollo del ser humano.

En sentido contrario, Pawlik (2023, p. 169) ha señalado recientemente que la premisa en torno a que la legitimación de un tipo penal depende de la existencia de un bien jurídico digno de protección es un aspecto de reducido alcance que no deja de ser más que un problema marginal, pues esta idea no dice nada concreto sobre cuáles debieran ser las formas o los medios que el Estado debe optar para proteger los bienes jurídicos. Precisamente es por ello que, para criticar la legitimidad del maltrato animal (sobre la idea de que en este delito no existe un bien jurídico digno de protección penal), hemos desarrollado las

premisas en torno al estatus de aportación positiva que el bien objeto de protección debe tener en relación con el desarrollo de la persona. Junto a ello, no se podría olvidar que, a pesar de sustentar que el bienestar de los animales sí alcanzaría a tener este valor trascendente para el ser humano, lo cierto es que no todo ataque a los bienes jurídicos debe determinar la intervención del derecho penal (Mir, 2003, p. 131). Este criterio de fragmentariedad ha sido asentado por el Tribunal Constitucional del Perú al señalar que

no se trata tampoco de que la sola existencia de un bien jurídico a ser protegido genere *per se* la necesidad de recurrir a la sanción penal para protegerla. Ello, no solo porque la sanción penal es la *ultima ratio*, lo que tiene como correlato constitucional el determinar que solo es posible recurrir a la restricción de derechos (libertad personal) cuando no sea posible lograr los mismos fines a través de medidas menos restrictivas, sino también porque el legislador goza de un razonable margen de discrecionalidad dentro de lo constitucionalmente posible. (Exp. N° 00017-2011-AI/TC, 2011)

3.4 Cuestiones sobre la proporcionalidad del castigo y la tutela de bienes jurídicos

La legitimidad de la intervención penal no sólo puede ser analizada desde lo que se busca proteger, sino también desde la finalidad que la injerencia estatal persigue. En esta línea, pensamos que la tutela penal del bien jurídico y la finalidad de la pena son dos caras de la misma moneda que configuran el juicio de legitimidad de la intervención penal. Así pues, la teoría del bien jurídico también se presenta como una teoría de la finalidad de la norma penal y de la propia lesividad del delito (Lascuraín Sánchez, 2007, p. 142).

Esta relación entre la tutela penal de bienes jurídicos y la imposición del castigo se conforma desde la noción de proporcionalidad de la pena. Aunque este tema presenta muchos aspectos a desarrollar, en lo que aquí respecta consideramos que la legitimación de la tutela penal debe pasar por el juicio de proporcionalidad, ya que este ejercicio implica confrontar qué tan importantes son los intereses que se quieren proteger penalmente respecto a los derechos que se afectan con la sanción.

De esta forma, la teoría del bien jurídico y el principio de proporcionalidad se entrelazan y fungen como un factor de corrección en el modo de proteger penalmente los intereses sociales. Esto es algo que ya Roxin (2013, p. 24) diagnostica al señalar que el ejercicio crítico de la legislación desde la noción de bien jurídico también se suele realizar remitiéndose al principio fundamental

de proporcionalidad por el cual se analiza la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad estricta de la intervención estatal. Bajo este criterio, un precepto penal que no protege bienes jurídicos puede llegar a ser inconstitucional en la medida en que la intervención inadecuada, excesiva y desproporcionada de la libertad del ciudadano no resulta legítima.

En el delito de maltrato animal, se presentan los problemas desde la óptica de la proporcionalidad, pues no resulta fácil explicar por qué se puede castigar penalmente y afectar un derecho fundamental —como es la libertad— cuando el bienestar animal no se presenta de forma indubitable como un interés de valor determinante que haya sido lesionado. En el mismo sentido, Doménech (2015, pp. 117-118) plantea que, al momento de ponderar las ventajas y desventajas que se derivan de tutelar el bienestar animal, corresponde reconocer que los derechos fundamentales tienen un mayor peso que el bienestar animal, toda vez que, en sí misma, la tutela de los animales no tiene el rango constitucional que por definición sí presentan los bienes de importancia superior que el derecho penal tutela.

Aunque el análisis de la legitimidad desde la relación bien jurídico-proporcionalidad-pena no se ve exenta de críticas —como la expresada por Bunzel et al. (2016, p. 413), al decir que el principio de proporcionalidad no presenta un potencial limitador para el control de los bienes jurídicos—, creemos que este razonamiento enfatiza el contenido de justicia que lógicamente debe presentarse en la actuación penal; en el caso concreto, a través de los criterios de idoneidad y necesidad de la sanción penal que subyacen al principio de proporcionalidad. Con ello, la idea que también es expresada por Silva Sánchez (2012, p. 441) respecto a que la cuestión no está en verificar si se lesionan bienes jurídicos, sino más bien en determinar si estos merecen protección penal, vuelve a ser un tópico para reflexionar sobre la criminalización del maltrato animal.

4. Crítica al delito de maltrato animal: las dificultades de tutelar penalmente a los animales

Habiendo desarrollado los aspectos que, a nuestro criterio, son necesarios para poder habilitar la tutela penal de un bien jurídico, corresponde analizar si el delito de maltrato animal se adecuaba a estos extremos.

4.1 ¿Qué es lo que se protege en el maltrato animal?

La cuestión sobre cuál es el bien jurídico que este delito protege quizás sea el principal problema por resolver al momento de cuestionar su legitimidad. Probablemente, esta sea la razón por la que la mayoría de los estudios sobre este delito han puesto especial esfuerzo en tratar de sustentar la presencia de un bien jurídico que legitime su tipificación en el Código Penal. No obstante, a pesar de los intentos realizados, estas propuestas no alcanzan para solventar suficientemente la necesidad de recurrir al derecho penal para castigar los actos de crueldad contra los animales. Junto a ello, las propuestas brindadas carecen —en su mayoría— del sustrato material que hemos identificado en la persona humana y lo determinante que el bien jurídico debe ser para que ésta se desarrolle en sociedad. De esta forma, las alternativas que existen pueden clasificarse de la siguiente manera: primeramente, tenemos nociones a las cuales podríamos denominar “criterios parcialmente antropocéntricos”, pues fundamentan el bien jurídico bajo una referencia personal de carácter relativo. Por otro lado, tenemos propuestas que sustentan un “criterio de protección supra-individual”, donde el bien jurídico se fundamenta desde el interés social por tutelar la integridad de los animales. Finalmente, se presentan “nociones de referencia estrictamente animalistas”, donde el bien jurídico se identifica con el interés del propio animal a desplegar su existencia en situaciones de bienestar. En lo que sigue, mostraremos los alcances de estas propuestas y los problemas que enfrentan en su intento por fundamentar la presencia de un bien jurídico penal en el delito de maltrato animal.

4.1.1 Criterios parcialmente antropocéntricos: las dificultades de sustentar el bien jurídico en el patrimonio, la moral y los sentimientos hacia los animales

El primer intento para justificar el bien jurídico en el maltrato animal se estructura desde una visión parcialmente antropocéntrica. Esto, porque se señala que, tras este delito, lo que el derecho penal quiere tutelar es el patrimonio de los individuos, la moral, las buenas costumbres y los sentimientos de amor que las personas tienen hacia los animales. Vemos que estas alternativas presentan cierto fundamento personal, pues en su fundamentación se hace referencia a la relación que existe entre la persona y el animal como objeto de protección. De esta forma, parte de la doctrina concibe al delito de maltrato animal como un ilícito que afecta al ser humano (Despouy Santoro y Rinaldoni, 2017, p. 59). En este sentido, corresponde analizar si estas propuestas para solventar el

bien jurídico del delito en cuestión alcanzan para legitimar su presencia en el Código Penal.

En el caso del patrimonio, se entiende que los animales constituyen bienes muebles y, como tales, son susceptibles de valoración económica, por lo que resultan de utilidad para el ser humano. Bajo esta óptica, es sencillo sustentar la validez de la sanción penal frente a las conductas que afectan al animal. No obstante, el problema de fundamentar el bien jurídico en este criterio está en que resulta incompatible con las ideologías animalistas. Como se vio anteriormente, en el debate ético-jurídico en torno a los animales estas posturas pretenden que el animal deje de ser considerado un objeto y adquiera calidad de sujeto de derechos. Incluso se ha llegado a señalar que, con este criterio, se mantiene la crítica que ya fuera formulada por el especismo, en el sentido de que, al no tomar en cuenta los intereses de los animales y reducirlos al estatus de cosas por el sólo hecho de no pertenecer a la especie humana, implica un acto de discriminación contra ellos (Brague Cendán, 2017, p. 20). Asimismo, otro problema que este criterio tiene está a nivel de la antijuridicidad: como se sabe, lo propio del patrimonio como bien jurídico es que éste resulta ser plenamente disponible por su titular. Bajo esta perspectiva, si el animal es un bien patrimonial, ¿por qué sería un delito disponer de él? La respuesta a esta cuestión será efectuada más adelante al momento de analizar la tipificación del maltrato animal en el Perú, pues precisamente la legislación penal peruana reconoce que el delito de maltrato animal es un ilícito contra el patrimonio.

Respecto a la moral y las buenas costumbres, se señala que estos son los intereses que se protegen en el delito de maltrato animal, toda vez que, cuando se trata cruelmente a estas especies, la convivencia social y el sentimiento general de moralidad que en ella suele existir se ven afectados. En relación con esto, la punición del maltrato animal también coadyuva a la protección de la moral, pues se señala que la comisión de estos comportamientos predispone a que las personas consientan el maltrato hacia otros humanos y relativicen sus efectos nocivos, llegando incluso a normalizarlos (Brague Cendán, 2017, pp. 51-52). El primer problema que afronta esta consideración está en que la criminalización de la conducta se daría únicamente por ser un acto inmoral y no por tener un trasfondo de desvalorización propiamente jurídica. Este aspecto impacta en el juicio de legitimidad, pues, como apunta Roxin (2013, p. 11), en el análisis del derecho penal la sola conducta inmoral o reprochable no representa como tal una lesión de un bien jurídico.

El segundo problema sobre la moral como bien jurídico protegido se refiere

al análisis de la ejecución del delito. Esto se debe a que si lo que se protege es la moral y las buenas costumbres, la consumación del tipo sólo podría darse cuando el acto de maltrato se produce en público (Hava García, 2011, p. 285).

En último término, se señalan como bien jurídico protegido los sentimientos de amor y compasión por los animales. Desde esta perspectiva, se castiga el maltrato animal con normas penales, ya que en la actualidad la sociedad no tolera que se haga sufrir a los animales (Brague Cendán, 2017, p. 53). En palabras de Serrano Tárraga (2005): “Se castiga el maltrato de los animales en cuanto que ofende los sentimientos de piedad y compasión que el hombre tiene sobre los animales y que se ofenden cuando estos sufren crueldad y sufrimientos innecesarios” (p. 243). Al respecto, si bien esta propuesta pareciera vincular la tutela penal con un interés relevante para la persona humana, creemos que el hecho de tutelar los sentimientos presenta algunas dificultades respecto al ejercicio de imputación y al cumplimiento de los fines político-criminales de la sanción. Esto se explica por lo siguiente: si los intereses que se afectan a razón de la crueldad animal son los sentimientos de las personas, entonces la imputación del delito necesitaría como requisito *sine qua non* que el maltrato haya sido percibido o constatado por alguien, puesto que si esto no se da, ningún sentimiento podría verse afectado. Asimismo, otro de los problemas que identificamos en esta argumentación es que político-criminalmente no se podría sustentar la protección de los animales bajo el criterio de la tutela de los sentimientos de amor y compasión, dado que ciertamente no todos los animales despiertan estos sentimientos en todas las personas. Con esto, la tutela penal se tornaría selectiva, pues sólo se protegería a los animales que comúnmente suelen despertar este tipo de sentimientos en las personas y se dejaría de lado a aquellos que no lo hacen (Mesías Rodríguez, 2018, p. 76). Junto a ello, también está el factor correspondiente a que no todas las personas evidencian sentimientos hacia los animales; en estos casos, nos preguntamos cómo podría aplicarse este delito si tenemos a una persona que señala no haberse sentido afectada por el maltrato animal a pesar de que éste se presentó objetivamente; ¿estaríamos frente a un supuesto de atipicidad?

Como se observa, fundamentar el bien jurídico del maltrato animal apelando a los sentimientos genera grandes dificultades que complican más la legitimidad de este delito. No obstante, aquí vemos un campo de análisis interesante para continuar la discusión en torno a si el derecho penal puede tutelar los meros sentimientos, pues ciertamente en los códigos penales existen delitos donde el bien jurídico podría relacionarse con algún tipo de sentimiento. Por

ejemplo, piénsese en el honor, el sentimiento de seguridad pública por parte de las personas o también en aquellos tipos penales donde la presencia de un sentimiento genera supuestos de exculpación, como es el caso del homicidio por piedad. Si bien estos aspectos no corresponden ser analizados en este trabajo, a nuestro criterio no llegan a ser equivalentes a los sentimientos de amor hacia los animales, dado que, a diferencia de estos, los casos mencionados respecto al honor, la seguridad pública, etc. sí pueden sustentar un interés determinante para el desarrollo de las personas en sociedad. De hecho, sobre este criterio, Hörnle (2016, p. 377) ha señalado que, para considerar un sentimiento como interés legítimo de tutela, es necesario que éste se identifique con un interés humano especialmente importante entre el espectro de intereses existentes. En sentido similar, Roxin (2016, p. 440) ha afirmado que el derecho penal no puede extenderse a la tutela de los sentimientos, pues estos no constituyen bienes jurídicos, salvo cuando se trata de sentimientos de inseguridad, situaciones que en el maltrato animal parecen no existir.

4.1.2 Propuestas de carácter supraindividual: el interés social como bien penalmente protegido

Otras propuestas para fundamentar el bien jurídico en el delito de maltrato animal se encuentran relacionadas con un sentir general que la sociedad expresa en torno a que los malos tratos hacia los animales no debieran consentirse. Recordando que los cambios normativos que tutelan el bienestar animal se han dado por el creciente interés social de que los animales sean considerados como sujetos de derecho y que su maltrato no quede impune, algunas opiniones fundamentan que el bien jurídico que este delito protege sería el interés de la propia sociedad respecto a no tolerar el maltrato de los animales, mas no una protección de ellos en sí mismos (Brague Cendán, 2017, p. 52).

Esta propuesta implica aceptar que la convivencia social se configura por diversos estándares que la opinión dominante establece. Por lo tanto, es el interés social mayoritario el que configura qué conductas se toleran y cuáles se prohíben. Así pues, al igual que el ideario social, de forma mayoritaria considera que los animales son seres valiosos para las personas, entonces son dignos de merecer protección penal (Hava García, 2011, p. 25).

En relación con esta fundamentación de naturaleza supraindividual, también se ha señalado que el interés social por proteger a los animales radica en un criterio preventivo, puesto que los actos de maltrato animal criminógena-

mente pueden dar indicios de que la persona que es cruel con los animales también podría serlo con los humanos, dando lugar a la comisión de delitos. Así, por ejemplo, Moreno Jiménez (2014) señala que

el maltratador de animales puede convertirse en el futuro en un maltratador de personas, lo que conllevaría un riesgo para la convivencia humana y pacífica. Por ello, se entiende que el bien jurídico protegido sería la sociedad, siendo ésta la verdadera titular del bien jurídico colectivo. (p. 464)

Los problemas que observamos en esta fundación radican en que supeditar la tutela penal a la mera demanda social podría derivarse en arbitrariedades por parte del poder estatal, más aún cuando este sentimiento social ciertamente no es un sentir generalizado. Por su lado, otro aspecto que consideramos relevante es el que identifica Gimbernat Ordeig (2016, p. 17) al señalar que resulta complicado fundamentar la legitimidad del maltrato animal apelando a un sentimiento general socialmente dominante, pues, bajo esta lógica, nada impediría que se penalicen otros comportamientos que de forma general son o no de agrado de la sociedad; por ejemplo, una sociedad donde los comportamientos homosexuales generan un sentimiento de rechazo o repudio justificaría que estos sean criminalizados, situación que se muestra ilegítima en sí misma.

En cuanto al criterio preventivo, si bien es cierto que desde un análisis criminológico este comportamiento podría aportar factores interesantes para identificar las causas del comportamiento desviado y prevenirlo o tratarlo, nos hace pensar en que la punición de la conducta bajo este criterio expresaría criterios propios de un derecho penal de autor, donde el castigo se explicaría por el modo en que el sujeto despliega su personalidad, lo cual claramente colisiona con las garantías de culpabilidad por el hecho y lesividad.

Finalmente, un aspecto que resulta interesante resaltar es el que Jakobs (1997, p. 54) plantea al referir que el delito de maltrato animal podría analizarse como una norma que tiende a proteger la paz social. En su crítica, que esboza la idea de que el derecho penal debe proteger bienes jurídicos, señala que existen normas que no pasan por tutelar algún bien jurídico, sino más bien por resguardar la paz social. En estas normas ubica el delito de maltrato animal, pues no contendría ningún bien jurídico, sino más bien una prohibición normativa que tiende a la armonía social. No obstante, él mismo reconoce que esta forma de legislar implica entender que estos tipos penales terminan presentándose como delitos de peligro extremadamente abstracto, donde la prohibición de la conducta resulta ser simbólica en referencia a un bien concreto a tutelar, como sería la integridad del animal.

4.1.3 Nociones de referencia animalista: el animal como sujeto de derechos y el bienestar animal

Finalmente, existen intentos de ubicar el bien jurídico de este delito remitiéndose de manera directa a los propios animales como titulares del bien que se lesiona. Bajo este criterio, “el bien jurídico protegido en las conductas de maltrato a los animales sería la integridad física y psíquica de los animales como seres vivos, ya que sienten, sufren, se alegran o entristecen, están mansos o agresivos” (Cervello Donderis, 2008, s.p.). Esta consideración supone admitir que el animal es el sujeto pasivo del delito y, por ende, titular del bien jurídico protegido. En este sentido, Despouy Santoro y Rinaldoni (2017) señalan: “Al ser la vida e integridad física y psíquica del animal el principal bien jurídico protegido, los *sujetos pasivos* de los delitos contenidos en la ley que analizamos son —a nuestro criterio— los propios animales domésticos” (p. 98).⁵

Más allá de las dificultades que existen para fundamentar la capacidad ontológica del animal para ser sujeto de derechos, vemos que esta postura suscita los siguientes problemas: en primer lugar, respecto al elemento de autoría delictiva, si se entiende que el animal puede ser sujeto pasivo de un delito, consecuentemente también podría ser considerado sujeto activo. Esta es una consideración que se deriva del análisis sobre la capacidad para ser sujeto de imputación y la lógica del deber general que todo sujeto tiene de evitar que su comportamiento cause daños a terceros. Relacionado con esto, también se afronta la dificultad de carácter procesal referente a que si el animal es considerado sujeto pasivo, ¿cómo podría ejercer la acción para reclamar la afectación al bien jurídico? Desde la doctrina se han ensayado algunas respuestas para estas objeciones. Por ejemplo, respecto a la consideración del animal como sujeto pasivo del delito —mas no como sujeto activo—, se ha señalado que no existiría problema en considerarlo solamente como sujeto pasivo, pues esto supone reconocerle una esfera jurídica de carácter preferente por la cual se reconocen derechos, mas no obligaciones. En esta línea, Moreno Jiménez (2014) señala que

los animales podrían ser equiparados con un niño recién nacido, carente igualmente de raciocinio y de culpabilidad, que posee derechos subjetivos y que por lo tanto puede ser sujeto pasivo de un delito, pero no tienen capacidad de cometer delitos. (p. 465)

5 Lo resaltado en cursivas corresponde al texto original.

En cuanto al problema de la capacidad para accionar penalmente, se señala que esto podría superarse fácilmente recurriendo a la tutela jurídica por representación, tal como pasa con los sujetos de derechos con incapacidad relativa o absoluta.

Ciertamente, estas objeciones resultan coherentes para poder sostener que los animales puedan recibir tutela jurídica, sin embargo, como ya lo señalamos, el problema que aquí afrontamos es el referente a si esta tutela jurídica debiera provenir desde el derecho penal. Como se ha visto, a pesar de que en este punto se admite el tratamiento diferenciado de los animales y su representación legal, esto no alcanza para solventar la injerencia punitiva, sino que sólo son aspectos tangenciales que no resuelven el problema de fondo sobre la legitimidad de la actuación penal.

Vinculado al criterio anterior, se formula el último intento para fundamentar el bien jurídico en este delito. Nos referimos a la noción de “bienestar animal”, la cual se entiende como aquel derecho de ciertos animales a no sufrir un maltrato innecesario e injustificado. Bajo este criterio, en el delito de maltrato animal es la propia especie la que se presenta como sujeto pasivo y como objeto material del delito (Brague Cendán, 2017, p. 59). En efecto, como se ha señalado, pareciera ser que la doctrina y la legislación actual tienden a inclinarse por este criterio a la hora de fijar el bien jurídico-penal que se protege en este delito (Ríos Corbacho, 2016, p. 33). Este es el caso del Código Penal peruano, donde la modificación legislativa que resolvió incorporar el artículo 206-A que castiga el maltrato animal expresamente señalaba que la necesidad de tutela penal obedece al hecho de garantizar el bienestar de los animales.

Como veremos más adelante, asumir el bienestar animal como un interés válido para recibir tutela penal necesariamente supone reformular el contenido material de la noción de bien jurídico, principalmente por que se tendría que sostener de manera suficiente que el bienestar de los animales constituye un elemento esencial para el desarrollo del ser humano en sociedad, situación que, como hemos ido adelantando, no es posible afirmar de manera categórica.

5. Críticas al delito de maltrato animal tipificado en el Código Penal peruano

Vistos los intentos dogmáticos por fijar un bien jurídico en este delito, analizaremos las opciones que han sido tomadas por la normativa peruana al momento de tipificar el maltrato animal.

Según se observa, en el artículo 206-A del Código Penal peruano se identifica que el legislador optó por tutelar el bienestar animal y el patrimonio como

bienes jurídicos protegidos. Esta conclusión se sustenta en que, al enfocarnos en la *ratio legis* de la Ley 30407 (que ordenó incorporar el mencionado artículo 206-A al Código Penal), se tiene que esta norma presenta como finalidad “garantizar el bienestar y la protección de todas las especies de animales vertebrados”. Por su parte, atendiendo a la interpretación sistemática del tipo, vemos que este delito es tratado como una modalidad de daños que lesiona al patrimonio como bien jurídico. Esta divergencia de criterios plantea importantes cuestiones que atañen a la legitimidad de la injerencia estatal en torno al bien jurídico que el derecho penal peruano ha decidido proteger, situación que pasamos a desarrollar.

5.1 El problema del patrimonio como bien jurídico penalmente protegido

Aunque ya hemos adelantado algunos problemas que ocasiona postular que el patrimonio es el bien jurídico protegido en el delito de maltrato animal, corresponde abundar este aspecto y analizar si el artículo 206-A puede legitimarse por proteger el patrimonio de las personas.

Conforme lo desarrolla Salinas Siccha (2018, pp. 964-965), en el Perú la noción de patrimonio —como bien jurídico penal— hace referencia al conjunto de bienes susceptibles de valoración económica que el orden jurídico ha resuelto reconocer (sentido genérico de patrimonio) y también al conjunto de derechos reales y obligaciones de naturaleza económica con reconocimiento jurídico (sentido material). Bajo estas premisas, consideramos que, desde la esfera material del patrimonio, sostener que éste es el bien jurídico que se protege en el delito de maltrato animal genera muchas dificultades a nivel de la coherencia interna que rige el sistema normativo, situación que pasamos a explicar.

Siendo que el patrimonio se conforma por un conjunto de bienes sobre los cuales las personas pueden ejercer diversos derechos, tales como la propiedad o posesión —que permiten al titular ejercer el uso, disfrute, disposición o reivindicación del bien—, nos preguntamos cómo sería posible castigar al dueño de un animal por ejercer su derecho de propiedad sobre éste. Por otro lado, si algo caracteriza al patrimonio como bien jurídico es que éste es un bien plenamente disponible sobre el cual el consentimiento generaría la atipicidad del delito. Asimismo, conforme al sistema de causas de justificación reguladas en el artículo 20 del Código Penal peruano, está exento de responsabilidad penal todo aquel que obra en el ejercicio legítimo de un derecho, como bien podría ser el disponer de un animal.

Bajo estas consideraciones, tutelar el maltrato animal como un delito contra el patrimonio pareciera enfrentar dificultades de legitimación, pues sería un tipo penal cuya formulación no toma en cuenta la coherencia interna que rige el sistema normativo. Al respecto, este es un aspecto importante, pues no puede olvidarse que el derecho —como ciencia del obrar humano práctico— tiene como objeto a lo justo, razón por la que no pueden establecerse orientaciones de conducta que son contradictorias entre sí (Pérez del Valle, 2022, p. 152).

En sentido contrario a lo señalado, se podría argumentar que con este delito no se castiga la libre disposición del patrimonio ni el ejercicio legítimo del derecho de propiedad y disposición del bien mueble que constituye el animal, sino que lo que es objeto de sanción es el ejercer crueldad contra los animales a través de todo acto que les produzca dolor, sufrimiento, lesiones o muerte innecesarias, tal como lo ha contemplado la Ley 30407 (Ley de Protección y Bienestar Animal). No obstante, debe recordarse que la taxatividad y ubicación sistemática del delito de maltrato animal tipificado en el Código Penal peruano es la que ha resuelto entender que el bien jurídico que se protege es el propio patrimonio.

5.2 El problema del bienestar animal como bien jurídico tutelado

El otro supuesto de bien jurídico que el artículo 206-A protegería estaría conformado por el bienestar animal en estricto. Conforme la definición normativa contenida en la Ley 30407, se entiende por éste al

conjunto de elementos que se refieren a la calidad de vida de los animales, basado en la protección de las especies, respeto a sus hábitos naturales y adaptación a los entornos brindados por el ser humano que les permita desarrollarse y mantener un comportamiento natural y un estado de plena salud física y mental que implica aspectos de sensibilidad referidos principalmente al dolor y miedo.

Como ya hemos señalado, el problema que identificamos en el bienestar animal como un interés jurídico es que pareciera ser un concepto que no alcanza a tener un contenido material en los términos expuestos de valor superlativo y determinante para el ser humano.

Asimismo, vemos que tras la noción de bienestar animal como bien jurídico-penal se encuentra que el fundamento del delito estaría en los rasgos sensibles del animal, criterio que, como ya fue desarrollado, eleva al animal a un estatus jurídico preferente sobre la base de que es la afectación de sus sentimientos lo que justifica tutelarlos penalmente. En este punto, creemos que la

sola experiencia sensitiva que no es grata para el animal no es suficiente para poder fundamentar una categoría tan compleja como es el bien jurídico y legitimar la intervención penal. Aquí nos parecen interesantes las cuestiones que Sánchez Gascón et al. (2019, p. 19) plantean al preguntarse si la existencia de los derechos depende del sufrimiento o si lo que le otorga tutela jurídica al animal es el hecho de que éste padezca, pues bajo esta lógica ¿el animal que sufra mucho tendrá más derechos que el animal que sufre poco?, ¿o sólo las personas que sufren tienen derechos? A estas cuestiones también se les podría añadir cómo podría solventarse a nivel probatorio los casos de sufrimiento animal de índole psicológico o cuestiones donde causalmente no se pueda comprobar que el animal sufre.

Un último punto a mencionar es el desarrollado por Mañalich Raffo (2022, p. 31), quien aporta una perspectiva interesante en torno a la noción de bienestar animal como núcleo de protección en este delito. Conforme deja entrever, el modelo de criminalización bienestarista tiene como particularidad que sus alcances no se reducen únicamente al hecho de no hacer sufrir innecesariamente al animal, sino que esto también comprende no privarlo de condiciones o experiencias que le resulten deseables. De esta forma, vemos que también se podría maltratar a un animal por el sólo hecho de impedirle acceder a alguna actividad que le resulte agradable y, con ello, proceder a la imputación del delito en cuestión, situación que nos resulta criticable por lo extenso y abstracto de su contenido. Por otro lado, es interesante constatar que los sistemas de punición que han asumido el paradigma bienestarista lo han hecho de forma bastante flexible, pues en muchos casos se observa que, junto con las medidas tendientes a resguardar el bienestar animal, también se han planteado exenciones que parecieran no adecuarse a este afán proteccionista de los animales. Para ejemplificar esto, el autor trae a colación algunas prácticas generalizadas en el sector agrícola, las cuales implican dañar animales (Mañalich Raffo, 2022, p. 33). En el caso peruano, esta flexibilización del modelo bienestarista se aprecia en la propia Ley 30407, pues la primera disposición final complementaria señala que se exceptúa de sus alcances a las corridas de toros, peleas de toros, peleas de gallos y demás espectáculos que sean declarados de carácter cultural, extremo cuya constitucionalidad fue ratificada por el Tribunal Constitucional a través de sentencia recaída en el Expediente 00022-2018-PI/TC del 2020.

Con lo dicho, vemos que la noción de bienestar animal como bien jurídico protegido en el delito de maltrato animal es un aspecto de difícil legitimación. No obstante, el aspecto que a nuestro entender sigue siendo el más problemático es

el referido a que el criterio del bienestar animal no alcanza a presentar un interés de valor superlativo para la subsistencia humana que amerite tutela penal.

En este aspecto, Roxin (2013, p. 20) ha señalado que no existe dificultad en considerar el sufrimiento animal como bien jurídico protegido en la medida en que se reconozca a los animales como seres superiores cuya experiencia del dolor es equivalente a la humana. No obstante, como hemos señalado reiteradamente, nos parece que considerar los sentimientos del animal como bien jurídico no constituye un factor concluyente para el desarrollo de la persona y, a pesar de que esta aproximación indudablemente pueda ennoblecer o hacer mejor al ser humano, no alcanza para fundamentar la legitimidad del castigo.

5.3 Cuestiones accesorias en el ámbito de la política criminal

Hasta ahora, el desarrollo que hemos efectuado se ha hecho desde la óptica de la dogmática jurídica, sin embargo, creemos que el análisis de la legitimidad de los delitos también debe tomar en cuenta consideraciones político-criminales, como son la coherencia con la que el sistema responde a las conductas que lesionan los bienes jurídicos. En este sentido, la reacción jurídica que se opone al hecho delictivo debe expresar criterios de razonabilidad, los cuales permiten afirmar la validez de la medida represiva; esto, porque la imposición del castigo atañe a un criterio material de justicia.

Al enfocarse en la pena que el legislador peruano ha establecido para sancionar el maltrato animal, se observa que el margen punitivo alcanza un rango máximo de tres años de pena privativa de libertad (en su tipo penal básico), el cual puede agravarse hasta los cinco años cuando el animal muere a consecuencia de los actos de crueldad. Aunque es verdad que el legislador cuenta con la potestad de fijar los extremos de la pena según crea conveniente, pareciera ser que el ejercicio de la política criminal que culminó en la tipificación del maltrato animal se hizo sin reparar en la necesidad de que la pena se establezca conforme a la gravedad de la conducta que se prohíbe.

Así, al confrontar el delito de maltrato animal con otros tipos penales, llama la atención que la pena prevista se presente de forma más intensa que en otros casos donde el interés jurídico que se quiere proteger sí reviste un bien de valor superlativo para el desarrollo de la persona en sociedad, característica que, como hemos desarrollado, no se presenta en el delito de maltrato hacia los animales. Así las cosas, observamos los siguientes casos:

En la regulación típica del delito de autoaborto previsto en el artículo 114

del Código Penal peruano, se castiga a la mujer que le pone fin a la vida humana dependiente con una pena no mayor de dos años. En el caso del aborto consentido, se castiga a aquel que mata al concebido con la anuencia de la mujer embarazada y se le impone una pena privativa de la libertad de hasta cuatro años. Viendo esto, nos parece paradójico que, a nivel de la sanción, se considere que es más grave atentar contra la integridad de un animal que hacerlo contra un ser humano en formación, lo cual nos hace cuestionar cómo se puede sostener que maltratar o matar a un animal debe ser castigado con mayor pena que matar al concebido.

Algo similar sucede al analizar el delito de instigación o ayuda al suicidio contemplado en el artículo 113, donde la sanción comprende una pena máxima de cuatro años en su tipo penal básico. Aquí nuevamente surge la pregunta a referida a cómo se puede justificar que la injerencia que busca la lesión de la vida humana se castigue con menos pena que la lesión al bienestar animal.

Igualmente, en los delitos que protegen el honor (el cual se constituye como un bien jurídico de naturaleza fundamental), la pena impuesta llega a ser de servicios comunitarios y de multa (en los casos de injuria y calumnia) y como máximo se impone dos años de pena privativa de la libertad cuando se trata de un supuesto de difamación. Aquí también resulta llamativo que el legislador considere castigar con mayor gravedad la afectación de los animales y no la del honor como derecho fundamental que claramente condiciona de manera determinante el desarrollo de la persona en sociedad.

Por otro lado, un aspecto que también es importante tener presente es el referente a la operatividad del delito en cuestión. Para analizar esto, nos parece interesante remitirnos a los datos que la práctica judicial en torno a este delito registra. Anteriormente, habíamos señalado que, tras la tipificación del maltrato animal, las denuncias de este delito habían visto un incremento por parte de las personas que buscaban tutela jurídica y que evidencian una inclinación pro animalista. Recuérdese que, hasta el año 2023, el número de denuncias por maltrato animal ascendía a 1686 casos; no obstante, conforme a la información extraída del Ministerio Público, el 58% de ellas fueron archivadas de forma preliminar (Guardamino Soto, 2024). De igual modo, llama la atención que, desde la fecha en que el delito se incorporó al Código Penal, las sentencias que se han emitido en el Perú sean muy pocas. Nuevamente, según la información aportada por Guardamino Soto (2024), en lo que va de 2023 sólo se han expedido doce sentencias sobre esta materia.

En cuanto a esto, hemos logrado encontrar algunas sentencias que se han

emitido por este delito donde sus fundamentos presentan elementos interesantes que evidencian la valoración que los jueces realizan en torno a la reprochabilidad del delito y la consideración del bienestar animal como interés jurídicamente protegido. Vemos que este es un aspecto para tomar en cuenta, ya que desde la aproximación crítica que hemos efectuado, la imposición del castigo —como fin político-criminal— no puede reducirse sólo a la mera aplicación mecánica de la ley, sino que el ejercicio jurisdiccional despliega los fines del sistema punitivo, atendiendo a la necesidad de castigo como criterio preventivo, reeducativo y resocializador.

Así, en el Expediente 00550-2017-7-2801-JR-PE-02, emitido por el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, se resolvió la imputación contra la persona que disparó una carabina de balines e hirió a un gato de raza siamés que finalmente terminó muriendo. Aquí, la judicatura resolvió imponer dos años y seis meses de pena privativa de la libertad con carácter de suspendida y fijó normas de conducta, multa y el pago de la reparación civil de 950 soles a favor de la parte agraviada. Es interesante advertir que, a pesar de haberse configurado el agravante de muerte del animal, no se haya aplicado la pena prevista. Este es un aspecto que pareciera contradecir la supuesta necesidad social de dar respuesta a los tratos crueles contra los animales o quizá evidencia que, desde el razonamiento judicial, estos casos no ameritan ser sancionados con tanta severidad; de ahí que la pena haya sido así de reducida.

En la sentencia de terminación anticipada recaída en el Expediente 01128-2023-1814-JR-PE-03, emitida por el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de La Corte Superior de Justicia de Lima-La Victoria, el 30 de agosto de 2023 se resolvió el caso de un sujeto que apuñaló en reiteradas oportunidades a una perra de raza pug. En esta ocasión, se aprobó el acuerdo de terminación anticipada establecido entre el Ministerio Público y al imputado y se lo condenó a un año y seis meses de pena privativa de la libertad efectiva, junto con una pena de inhabilitación para la tenencia definitiva de animales domésticos, además de una imposición de ciento veinticinco días multa y el pago de una reparación civil equivalente a 5000 soles. Aquí llama la atención el fundamento que el juez desarrolla para sustentar la pena:

la pena a imponerse sería de 01 año y 6 meses de pena privativa de libertad, la misma que tendría carácter de efectiva por las circunstancias del caso, por el resultado evidente de la conducta del investigado el cual ha generado una notoria repulsión en la sociedad; el acuchillamiento cruel y sin defensa de un animal

doméstico sumado a la alarma social que tal acto provocó, lo que establece una base sólida para ser condenado con pena de cárcel.

Es interesante advertir que el juez justifica la privación efectiva de la libertad apelando al “elevado nivel de alarma social” que causó el hecho; no obstante, esta es una premisa que el racionamiento judicial establece sin fundamentarla suficientemente, es decir, ¿sobre qué base se puede alegar que este caso, y el maltrato animal en sí mismo, ocasionan un elevado nivel de alarma social que amerite la privación efectiva de la libertad?

Anteriormente habíamos visto que uno de los problemas de sostener el bien jurídico del maltrato animal en la apreciación social presentaba como dificultades que esta sensación de afectación social es relativa. Así las cosas, pareciera ser que la administración de justicia no sólo implica aplicar el tipo penal en abstracto, sino también justificar válidamente la razón por la que privar de la libertad a una persona resulta necesario; criterio que, en definitiva, se identifica con el derecho de toda persona a la debida motivación de las resoluciones judiciales, el que, conforme a lo desarrollado por el Tribunal Constitucional del Perú, garantiza a los justiciables que —en el caso penal— la imposición de la sanción no deriva de la arbitrariedad o capricho de los jueces, sino de datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico. Situación que no resulta menor, pues la propia exposición de motivos del Código Penal peruano señala que es urgente buscar otras alternativas a la pena privativa de la libertad, pues ésta debe reservarse para los delitos que son incuestionablemente graves. Esta urgencia obedece a que los elevados gastos que demanda la construcción y sostenimiento de un centro penitenciario obligan a imaginar nuevas formas de sanciones para los infractores que no amenacen significativamente la paz social y seguridad colectivas, criterio que, conforme hemos desarrollado, no se presenta con el delito de maltrato animal, donde la relevancia del bien jurídico que se quiere proteger y la afectación social que su lesión genera no resulta ser absoluta y objetivamente trascendente. Si a esto se le suma el dato de que los niveles de hacinamiento carcelario en el Perú son alarmantes —pues, conforme a la estadística brindada por el Sistema de Información de Estadísticas Penitenciarias del Instituto Nacional Penitenciario del Perú en agosto de 2023 (fecha en la que esta sentencia fue emitida) en la oficina regional de Lima (lugar donde se entiende el sentenciado cumplirá la condena), existía sobrepoblación carcelaria que alcanzaba hasta el 251%—, los cuestionamientos político-criminales sobre la necesidad del castigo penal en el maltrato animal se manifiestan.

Otro caso interesante es el que observamos en la sentencia recaída en el Expediente N° 0621-2020 emitida por el Quinto Juzgado Penal Unipersonal Supraprovincial de Chiclayo y Ferreñafe el 6 de julio del 2021. Aquí se resolvió la imputación dirigida contra la acusada por haber lanzado una piedra que impactó en el ojo de un perro que se encontraba ensuciando la zona. En este caso, el juzgador tuvo el buen criterio de reservar el fallo condenatorio bajo observancia de reglas de conducta, pero resulta llamativa la interpretación que hace del delito:

El bien jurídico que se preserva conforme al espíritu de la norma es blindar la vida, y la integridad del semoviente considerado como ser sensible. El sujeto activo resulta ser cualquier persona, pues la descripción normativa no hace alusión a algún elemento especial para considerarse autor. El sujeto pasivo de la acción, conforme a la naturaleza del bien jurídico protegido, resulta ser el animal vertebrado (doméstico, o silvestre en cautiverio).

Como se observa, desde la propia jurisprudencia no existe claridad al determinar qué es lo que se quiere proteger con este delito, aspecto en el que hemos enfatizado a lo largo de este trabajo y que nos lleva a pensar si la fundamentación que despliegan los juzgadores puede hacerse sin que exista claridad de los presupuestos que legitiman la imposición de la sanción.

Adicionalmente, un aspecto que también merece ser tomado en cuenta al momento de someter a crítica el delito de maltrato animal es el referido al potencial disuasivo que se pretende asignarle a este delito. Como se recordará, cuando el legislador peruano optó por criminalizar la conducta de maltrato animal, lo hizo convencido de que sólo con una respuesta propiamente punitiva se podía prevenir adecuadamente que los animales sean objeto de tratos crueles. De ahí que haya dispuesto que se derogue la falta contemplada en el artículo 450-A (que ya sancionaba los malos tratos hacia los animales) y que haya decidido elevarla a la categoría de delito incorporando el artículo 206-A al Código Penal. Con este proceder, pareciera ser que el legislador asumió una idea comúnmente difundida en el ideario social referente a que, entre mayor sea la amenaza del castigo, mayor será el efecto de disuasión que genera el derecho penal. Dicho de otro modo: sólo la amenaza de pena privativa de la libertad puede servir realmente para que las personas se abstengan de cometer actos de maltrato hacia los animales.

Esta premisa ha sido ampliamente cuestionada en el ámbito de la criminología y de la política criminal, pues es una cuestión que no siempre suele ser cierta

y en sí misma no alcanza para legitimar la presencia de un delito en el Código Penal. Al respecto, Robinson y Darley (2004, p. 1) han señalado que, si bien es cierto algunas medidas de derecho penal pueden influir en la conducta de las personas, las condiciones bajo las cuales el potencial disuasivo de estas medidas sí es efectivo no siempre suelen presentarse, por lo que la pretendida eficacia disuasiva del derecho penal no es tanta como a veces se le quiere atribuir. En sentido similar, Kennedy (2016) considera que la idea referente a que las penas sirven para transmitir el mensaje de que “el delincuente no puede salirse con la suya” no resulta ser determinante para la disuasión, pues la realidad demuestra que en muchos casos “sí puede salirse con la suya” (p. 92). Esto obedece a que el factor disuasivo de la pena sólo podría lograrse cuando su operativización resulte efectiva; no obstante, en el curso que se sigue hasta llegar a la condena, pueden aparecer diversos factores que en muchos casos terminan excluyendo el castigo y, con ello, terminan difuminando el potencial disuasivo del derecho penal.

Esto pareciera estar presente al tratar los casos de maltrato animal, pues, como se ha visto, la realidad peruana evidencia que, tras el cúmulo de denuncias que se formulan, son pocos los casos que se procesan, como también las condenas que se imponen. Con esto, el criterio preventivo-disuasor que justificaría la presencia de este delito en el Código Penal también experimenta dificultades en su legitimación.

Con lo señalado, consideramos que los problemas de legitimidad que la tipificación del maltrato animal presenta no sólo es una cuestión que se ubique en el análisis de los fundamentos del tipo penal, sino que también aparecen al someter a crítica la racionalidad de este delito desde la forma en cómo se operativizan sus fines político-criminales.

6. A manera de conclusión: ¿es el derecho penal el medio legítimo para castigar y prevenir el maltrato animal?

La tipificación del delito de maltrato animal responde a un proceso ideológico que en la actualidad tiende a ampliar el núcleo de tutela jurídica a aquellos seres distintos a la persona humana. Esto ocasiona nuevos desafíos en torno a si el bienestar de los animales es una cuestión que deba tratarse afectando derechos fundamentales. De esta forma, la cuestión de fondo está en determinar si el derecho penal es el medio adecuado para castigar y prevenir el maltrato animal.

En primer lugar, es necesario reafirmar que en el delito de maltrato animal

no encontramos un bien jurídico que logre tener las características necesarias para justificar la injerencia penal. Situación que se da por la ausencia de un contenido material respecto al bienestar animal que haga de su tutela un interés determinante y trascendente para la subsistencia humana. Esta misma idea es expresada por Baucells I Lladós (2004, pp. 1468-1469), quien, analizando la regulación española, señala que el hecho de no someter a los animales domésticos a maltratos crueles no satisface ninguna necesidad existencial de la persona (ni siquiera cuando se trata de justificarlo apelando a los sentimientos humanos que se ven afectados por estos hechos), por lo que en el fondo se trata de una cuestión de contenido moral que no es suficiente para legitimar la intervención penal.

Por su parte, cuando se analiza el maltrato animal desde los extremos de la pena, vemos que la razonabilidad del castigo es un aspecto altamente problemático en este delito, pues al final se termina cayendo en una pena claramente irracional o se termina imponiendo una sanción simbólica que pone en duda los fines político-criminales de esta medida.

Otro aspecto a tomar en cuenta es que el carácter subsidiario del derecho penal y su particular forma de reaccionar hacen que sea necesario ponderar la conveniencia de castigar el maltrato animal privando de la libertad a las personas. Junto con ello, resulta conveniente aceptar que, al menos en estos casos, la solución penal no llega a ser determinante. Si lo que se pretende es que las personas entiendan que los demás seres sintientes también son pasibles de respeto y de un trato adecuado, la solución no pasa por criminalizar las conductas contrarias a estos ideales, sino por generar convicción sobre la necesidad de que los actos humanos se expresen en armonía con el entorno, toda vez que esto también atañe al desarrollo del ser humano. Así pues, la tutela del bienestar animal debiera darse desde mecanismos de control social distintos al derecho penal (educación, programas de sensibilización, sanciones administrativas, etc.), pues son estos mecanismos los que *a priori* pueden ejercer un rol preventivo y de tutela de los animales que de forma equivocada se le quiere asignar al derecho penal. Por lo tanto, es preciso recordar que la tipificación del maltrato animal no puede darse sin antes ponderar si la criminalización de esta conducta se sostiene en criterios acordes a los principios constitucionales que delimitan la actuación del derecho penal en nuestra sociedad (Mañalich Raffo, 2022, p. 27), criterios que, conforme hemos desarrollado, no encontramos presentes en este delito.

Desde la regulación del Código Penal peruano se puede afirmar que el bien

jurídico que se protege en el delito de maltrato animal oscila entre el patrimonio y el bienestar de los propios animales. Este último aspecto, estructurado sobre las sensaciones de dolor o sufrimiento que un animal puede experimentar. El problema que aquí se tiene es que ni el bienestar de los animales ni su capacidad de sufrimiento se constituyen como presupuestos materialmente válidos para justificar la intervención del derecho penal; esto, porque la prohibición de conductas y la consecuente sanción sólo se muestran razonables cuando se dirigen contra un comportamiento que compromete gravemente la convivencia social.

Con ello, debemos finalizar nuestros comentarios resaltando una vez más la importancia de que los tipos penales se legitimen desde criterios materiales. Así pues, resulta importante entender que la imposición del castigo penal debe ser un acto que se reserve sólo para aquellas conductas que afecten intereses de valor superlativo para el ser humano y no para aquellos bienes jurídicos aparentes, como pareciera presentarse en el delito de maltrato animal, ya que esto lidia con la razonabilidad del castigo, el cual debe obedecer a un criterio de merecimiento como reacción justa.

Bibliografía

- Ambos, K. (2006). Derecho penal del enemigo. En Gómez Jara Diez, C. (Coord.), *Derecho penal del enemigo: EL discurso penal de la exclusión* (Tomo I), (pp. 119-161). BdeF.
- Amelung, K. (2016). El concepto de “Bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. En Hefendhl, R., Von Hirsch, A. y Wohlers, W. (Eds.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (pp. 221-257). Marcial Pons.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho penal. Parte general* (2ª ed.). Hammurabi.
- Baucells I Lladós, J. (2004). Comentarios a los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente. En Córdoba, J., Rodá, M. y García, A. (Dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte especial Tomo I* (pp. 1347-1477). Marcial Pons.
- Bentham, J. (2008). *Los principios de la moral y la legislación*. Claridad.
- Brague Cendán, S. (2017). *Los delitos de maltrato y abandono de animales*. Tirant Lo Blanch.
- Brandt, K., Hoentzsch, S., Maatz, R. y Schulenburg, J. (2016). Tercera sesión. Criminalización más allá del dogma del bien jurídico. En Hefendhl, R., Von Hirsch, A. y Wohlers, W. (Eds.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (pp. 423-430). Marcial Pons.
- Bunzel, M., Schmidt, J. y Stolle, P. (2016). Primera sesión. Teoría del bien jurídico y Harm

- Principle. En Hefendhl, R., Von Hirsch, A., Wohlers, W. (Eds.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (pp. 407-414). Marcial Pons.
- Bustos Ramírez, J. y Hormazábal Malareé, H. (2006). *Lecciones de Derecho penal. Parte General*. Trotta.
- Carrasco Jiménez, E. (2015). La “teoría material del bien jurídico” del sistema Bustos/Hormazábal. *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXV, 239-289.
- Cervello Donderis, V. (2008). El maltrato de animales en el Código penal español. *Revista General de Derecho Penal*. (10). https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=406987&d=1.
- Congreso de la República del Perú. (2015). *Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos recaído en los Proyectos de Ley 4351/2014-CR y 466/2014-IC, que propone una ley que modifica diversos artículos de la Ley 27265, Ley de protección a los Animales Domésticos y a los Animales Silvestres mantenidos en cautiverio*. Dictamen recaído sobre el Proyecto N° 4351/2014-CR y 4666/2014-IC, de 5 de Noviembre de 2015 (vlex.com).
- Despouy Santoro, P. E. y Rinaldoni, M. C. (2017). *Protección penal a los animales. Análisis de las leyes 14.346 y 27.330* (2ª ed.). Lerner.
- Destrozaron café en Valdivia e intentaron incendiarlo: Acusan a dueño de desaparición de perros. (23 de noviembre de 2023). T13. <https://www.t13.cl/noticia/nacional/destrozaron-cafe-valdivia-e-intentaron-incendiarlo-acusan-dueno-desaparicion-perros>.
- Doménech, G. (2015). Colisiones entre bienestar animal y Derechos fundamentales. En Baltasar, B. (Coord.), *El Derecho de los animales* (pp. 89-124). Marcial Pons.
- Espina, N. (2020). *Derecho animal. El bien jurídico en los delitos de maltrato*. Ediar.
- García Solé, M. (2010). El delito de maltrato a los animales. El maltrato legislativo a su protección. *Revista de Bioética y Derecho*, 18, 36-43. <https://doi.org/10.1344/rbd2010.18.7991>.
- Gimbernat Ordeig, E. (2016) Presentación. En Hefendhl, R., Von Hirsch, A. y Wohlers, W. (Eds.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (pp. 11-22). Marcial Pons.
- Guardamino Soto, B. (13 de abril de 2024). Maltrato animal: más de la mitad de denuncias registradas por abandono y actos de crueldad en 2023 fueron archivadas. *Infobae*. <https://www.infobae.com/peru/2024/04/13/maltrato-animal-mas-de-la-mitad-de-denuncias-registradas-por-abandono-y-actos-de-crueldad-en-2023-fueron-archivadas/>.
- Hava García, E. (2011). La protección del bienestar animal a través de Derecho penal. *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXI, 259-304.
- Hassemer, W. y Muñoz Conde, F. (1989). *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*. Tirant Lo Blanch.
- Hefendehl, R., Von Hirsch, A. y Wohlers, W. (2016). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Marcial Pons.
- Hörnle, T. (2016). La protección de los sentimientos en el StGB. En Hefendhl, R., Von Hirsch, A. y Wohlers, W. (Eds.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (pp. 375-390). Marcial Pons.
- Instituto Nacional Penitenciario del Perú. (2024) *Sistema de información de estadísticas penitenciarias*. Reporte (inpe.gob.pe).

- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal. Parte General* (2ª ed. corregida). Marcial Pons.
- Jakobs, G. (2003). *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Civitas.
- Kahlo, M. (2016). Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho penal. En Hefendhl, R., Von Hirsch, A. y Wohlers, W. (Eds.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (pp. 49-64). Marcial Pons.
- Kennedy, D. (2016). *Disuasión y prevención del delito. Reconsiderando la expectativa de pena*. Marcial Pons.
- Lascuraín Sánchez, J. A. (2007). Bien jurídico y objeto protegible. *Anuario de derecho y ciencias penales*, LX(1), 119-163. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2863873>.
- Mañalich Raffo, J. P. (2018). Animalidad y subjetividad. Los animales (no humanos) como sujetos-de-derecho. *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXXI(2), 321-337. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502018000200321>.
- Mañalich Raffo, J. P. (2022). El injusto del maltrato animal. *Revista Chilena de Derecho Animal*, 3, 23-36.
- Mesías Rodríguez, J. (2018). Los delitos de maltrato y abandono de animales en el Código Penal español. *Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 9(2), 6-105. <https://doi.org/10.5565/rev/da.324>.
- Mir Puig, S. (2003). *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*. BdeF.
- Mir Puig, S. (2006). *Estado, pena y delito*. BdeF.
- Moreno Jiménez, C. (2014). La tutela de los animales domésticos en el Derecho penal. En Valencia Saiz, A. (Coord.), *Investigaciones en Ciencias Jurídicas: Desafíos actuales del Derecho* (pp. 462-468). Eumed.
- Mosterín, J. (2015). Los Derechos de los Animales. En Baltasar, B. (Coord.), *El Derecho de los animales* (pp. 47-65). Marcial Pons.
- Muñoz Arenas, A. (2016). Aspectos teóricos y procedimentales de la evaluación de políticas públicas. En Nieto Martín, A., Muñoz de Morales Romero, M. y Becerra Muñoz, J. (Dirs.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales* (pp. 25-47). Marcial Pons.
- Muñoz Conde, F. (2001). *Introducción al Derecho penal* (2ª ed.). BdeF.
- Nussbaum, M. (2007). *Las fronteras de la justicia*. Paidós.
- Pawlik, M. (2023). *El injusto del ciudadano: fundamentos de la teoría general del delito*. Atelier.
- Pérez del Valle, C. (2022). *Lecciones de Derecho penal. Parte General*. Dykinson.
- Regan, T. (1999). Poniendo a las personas en su sitio. *Teorema*, XVIII(3), 17-37.
- Ríos Corbacho, J. M. (2016). Nuevos tiempos para el delito de maltrato de animales a la luz de la reforma del Código Penal español (LO 1/2015). *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 17, 1-55. <http://criminnet.ugr.es/recpc/18/recpc18-17.pdf>.
- Robinson, P. y Darley, J. (2004). ¿Disuade el Derecho penal? *Oxford Journal of legal Studies*, 24, 1-37.
- Roxin, C. (2013). El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 15(01), 1-27.
- Roxin, C. (2016). ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? En Hefendhl, R., Von Hirsch, A. y Wohlers, W. (Eds.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (pp. 433-488). Marcial Pons.
- Salinas Siccha, R. (2018). *Derecho penal parte especial* (Vol. II). Grijley.

- Sánchez Gáscon, A., Mateos Ibáñez, J. L. y Herrera Coronado, J. P. (2019). *El delito de maltrato y los derechos de los animales: la protección penal de los animales domésticos y de compañía. Un esquema práctico*. Lúa.
- Serrano Tárraga, M. D. (2005). La reforma del maltrato de animales en el Derecho penal italiano. *UNED. Boletín de la Facultad de Derecho*, 26, 241-21. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1341991>.
- Silva Sánchez, J. M. (2009). *Tiempos de Derecho penal*. BdeF.
- Silva Sánchez, J. M. (2012). *Aproximación al Derecho penal contemporáneo* (2ª ed.). BdeF.
- Singer, P. (1999). *Liberación animal*. Trotta.
- Schünemann, B. (2016). El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. En Hefendhl, R., Von Hirsch, A. y Wohlers, W. (Eds.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (pp. 191-219). Marcial Pons.
- Sternberg-Lieben, D. (2016). Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. En Hefendhl, R., Von Hirsch, A. y Wohlers, W. (Eds.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (pp. 11-22). Marcial Pons.
- Szczaranski, F. (2012). Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra. *Política criminal*, 7(14), 378-453. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992012000200005>.
- Tavares, J. E. X. (2004). *Bien jurídico y función en Derecho penal*. Hammurabi.
- Vega, O. S. y Watanabe, W. R. (2016). Análisis de la Ley 30407 «Ley de Protección y Bienestar Animal» en el Perú. *Revista de Investigaciones Veterinarias del Perú*, 27(2), 388-396. <http://dx.doi.org/10.15381/rivep.v27i2.11664>.
- Von Hirsch, A. (2016). El concepto de bien jurídico y el «Principio del daño». En Hefendhl, R., Von Hirsch, A. y Wohlers, W. (Eds.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (pp. 33-48). Marcial Pons.
- Wohlers, W. (2016). Las Jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico. En Hefendhl, R., Von Hirsch, A. y Wohlers, W. (Eds.), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (pp. 393-398). Marcial Pons.
- Yacobucci, G. (2006). El dilema de la legalidad en el Derecho penal. En Gómez Jara Diez, C. (Coord.), *Derecho penal del enemigo: El discurso penal de la exclusión* (Tomo II, pp. 1073-1116). BdeF.
- Yacobucci, G. (2014). *El sentido de los Principios penales*. BdeF.
- Zaffaroni, E. (2011). *La Pachamama y el humano*. Colihue.

Jurisprudencia citada

- Cámara Federal de Casación Penal, *Orangután Sandra, S/recurso de casación S/Habeas Corpus*, 18/12/2014.
- Corte Suprema de Justicia del Perú, *Acuerdo Plenario 01-2012/CJ-11* (2012).
- Corte Superior de Justicia de Moquegua, STC. *Expediente 00550-2017-7-2801-JR-PE-02* (2017).
- Corte Superior de Justicia de Lambayeque, STC *Expediente 0621-2020* (2021).
- Corte Superior de Justicia de Lima, STC. *Expediente 01128-2023-1814-JR-PE-03* (2023).
- Tribunal Constitucional del Perú, STC. *Expediente N° 00022-2018-PI/TC* (2020).
- Tribunal Constitucional del Perú, STC. *Expediente N° 00017-2011-AI/TC*, (2011).

Legislación citada

Constitución Política del Perú (1993).

Código Penal Peruano. Decreto Legislativo N° 635 (1991).

Ley 30407, Ley de Protección y Bienestar Animal (2016).

ANÁLISIS COMPARADO DEL INSTITUTO GRAN JURADO Y SU VIABILIDAD EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO¹

Noelia Anahí Viegas

Universidad Austral. Universidad de Buenos Aires

noeliaanahiviegas@gmail.com

Recibido: 01/10/2024

Aceptado: 24/10/2024

Resumen

Las crisis han generado oportunidades de cambio en los sistemas judiciales. Actualmente, el nuestro atraviesa una crisis de legitimidad, como lo demuestra el clamor social y la disconformidad de la ciudadanía ante las respuestas que brindan nuestros sistemas de justicia. En vista de ello, es necesario elaborar estrategias superadoras que involucren la participación popular. En esa línea, desde el año 2004 se han sancionado leyes de jurados en doce jurisdicciones del país y se han presentado varios proyectos de ley a nivel federal, recurriendo a un instituto previsto en la Constitución Nacional de 1853, pero nunca implementado. El gran jurado es un instituto de participación ciudadana en el sistema de justicia estadounidense establecido en la Quinta Enmienda. Su actuación está prevista sólo en la etapa previa al juicio, con la colaboración del fiscal a cargo, y se lo conoce como “el escudo y la espada del pueblo” por su capacidad de evitar discrecionalidades y de acusar cuando corresponda. Luego de cotejar los sistemas judiciales de Estados Unidos y de Argentina en torno a la concepción del debido proceso, se busca reflexionar sobre la compatibilidad y viabilidad del instituto en nuestro país bajo cualquiera de sus modalidades como una herramienta disponible para superar esta crisis.

Palabras clave: gran jurado, participación ciudadana, acusación, delitos complejos.

A Comparative Analysis of the Grand Jury and its Feasibility in Argentine Criminal Law

Abstract

Crises have generated opportunities for change in judicial systems. Currently, ours is experiencing a legitimacy crisis, as evidenced by the social outcry and citizen discontent toward

1 Trabajo de tesis de Maestría. Director de tesis: Dr. Alejandro Cascio. Universidad Austral.

the responses provided by our justice systems. In light of this, it is imperative to develop more advanced strategies involving citizen participation. In this regard, since 2004, jury laws have been enacted in twelve jurisdictions across the country, and several bills have been presented at the federal level, referring to an institution previously provided for in our National Constitution of 1853 which had never implemented. The Grand Jury is an institution of citizen participation in the U.S. justice system, established in the Fifth Amendment. Its function is only foreseen in the pre-trial stage, in collaboration with the prosecuting attorney, and often known as “the shield and sword of the people” due to its capability to prevent discretion and to accuse when appropriate. After comparing the judicial systems of the U.S. and Argentina regarding the notion of the due process, there is an inquire to reflect on the compatibility and viability of the grand jury in our country in any of its forms as an instrument available to overcome this crisis.

Key words: grand jury, citizen participation, accusation, complex crimes.

1. Introducción

Todos los soberanos que han elegido gobernar por su propia autoridad, y a dirigir a la sociedad en lugar de obedecer sus instrucciones, han destruido o debilitado la institución del jurado (...) El jurado contribuye poderosamente hacia formar el juicio y aumentar la inteligencia del pueblo; y esa es, en mi opinión, su mayor ventaja. Se puede considerar como una educación pública gratuita. (De Tocqueville, 1966, p. 266)

A lo largo de la historia, la participación ciudadana en las decisiones judiciales ha sido fundamental para legitimar las acciones de los representantes del pueblo. Una de las formas de ejercicio de la soberanía popular en la administración de justicia es el instituto del jurado. Sin embargo, en la doctrina jurídica no siempre se aclara de qué tipo de jurado se habla.

Por un lado, el *Grand Jury* o “gran jurado”, también llamado “jurado de acusación”, está vigente en Estados Unidos (EE. UU.). Su denominación se debe a la cantidad de miembros y porque actúa en la etapa de investigación y acusación sobre los cargos que ellos determinen. En este sistema, la fiscalía presenta un caso ante un *Grand Jury* y les brinda las instrucciones, mientras que el tribunal cumple un rol distinto.

Por otro lado, el jurado de juicio, conocido como *Petit Jury* o “pequeño jurado”, es el más relevante a nivel mundial. Generalmente compuesto por doce miembros, su función es decidir si los hechos de un caso ocurrieron o no y determinar si el acusado es culpable, basándose en las instrucciones que el juez

les dio. Existe un compromiso mutuo entre el juez, responsable del derecho, y los jurados, encargados de los hechos.

El *Petit Jury* se desprendió del *Grand Jury* por la necesidad de garantizar la imparcialidad, dada la dificultad que presentaba el hecho de que los jurados de acusación pudieran luego dictar un veredicto de no culpabilidad en el juicio. Por ello, se implementaron dos tipos de jurados con atributos y objetivos diferenciados.

Se tomará como ejemplo el modelo estadounidense, donde al instituto se lo ha denominado como el “escudo y espada del pueblo”. Actúa como escudo protegiendo a los ciudadanos de arbitrariedades y como espada cuando decide acusar.

El análisis incluirá tanto el nivel federal como estatal, porque algunas de sus características han sido desarrolladas con mayor detalle en precedentes estatales.

A continuación, se reseñarán figuras inspiradas en el gran jurado utilizadas en países como Japón, Canadá, Gales e Inglaterra y también en Estados Unidos, donde además se emplean grandes jurados civiles municipales.

Se evaluará la relación de Argentina con el gran jurado, así como las facultades de investigación y acusación del Ministerio Público Fiscal, identificando los delitos en los cuales la sociedad podría intervenir. También se valorarán las fortalezas, debilidades y su compatibilidad con el sistema judicial argentino, que atraviesa un proceso de transición hacia un sistema acusatorio y adversarial en todo el país.

El presente trabajo se estructura en torno al concepto de debido proceso, que en EE. UU. y en Argentina se conciben de manera distinta por los orígenes de sus sistemas judiciales, provenientes del *common law* y del *civil law*.

Finalmente, se pretende generar una reflexión en el lector sobre si la participación ciudadana en etapas previas al juicio sería una herramienta viable para reconstruir la legitimidad de nuestras instituciones.

2. Atributos del gran jurado

2.1 El derecho a la acusación por parte de un gran jurado no es considerado un derecho fundamental

La carta magna de EE. UU. es obligatoria a nivel federal y sus diez primeras enmiendas se denominan Declaración de derechos (*bill of rights*). Son obligatorias para todos los estados por ser inherentes y fundamentales para que exista un debido proceso (*due process of law*) (Hendler, 2006, pág. 33).

Las Enmiendas N° 4, 5, 6, y 8 establecen garantías fundamentales para aque-

llas personas que estén sometidas a proceso, por ejemplo: la garantía de que ninguna persona será privada de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso de ley; la prohibición de doble juzgamiento (*double jeopardy*), el derecho a un juicio sin demora ante un jurado imparcial, el derecho a interrogar a todos los testigos, el derecho a la representación legal, la prohibición de autoincriminación.² El *quid* de la cuestión es que solo las ocho primeras enmiendas vinculaban al Estado federal.

El debido proceso se positivizó en una Decimocuarta Enmienda,³ que es vinculante para todos los estados, pero no define qué es un debido proceso legal. Es por ello que la Corte Suprema interpretó en el caso *Duncan v. Louisiana*⁴ de 1968, mediante la doctrina de incorporación selectiva,⁵ que cuando el delito tiene una pena de dos años o más, el juicio por jurados integra el debido proceso.

Aún no se han incorporado los derechos de la Séptima Enmienda a un jurado civil ni el de la Quinta Enmienda a un gran jurado de acusación.⁶

La doctrina de la incorporación de derechos abordó en el Caso *McDonald v. Chicago*,⁷ del año 2010, el derecho de las personas a portar armas.⁸ En el mismo sentido, en el caso *Timbs v. Indiana*,⁹ del año 2019, se incorporó la Octava Enmienda de multas excesivas. La corte comprobó la lógica y la utilidad de la generalización de ese derecho en los estados.¹⁰

En 2020, el caso *Ramos v. Louisiana*¹¹ incorporó al debido proceso el requisito de unanimidad del jurado para condenar anulando el precedente *Apodaca v. Oregon*.¹² El fallo modificó el *stare decisis*, el cual no debe considerarse una camisa de fuerza que impida que la esencia de un precedente sea modificada por

2 “La Rama Judicial”, en Casa Blanca. Disponible en: www.whitehouse.gov/es/acerca-de-la-casa-blanca/nuestro-gobierno/la-rama-judicial/.

3 Cfr. 14° enmienda a la Constitución de Estados Unidos de América.

4 *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968).

5 Cfr. *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 171 (1968).

6 Para mayor abundamiento, cfr. Frey (2022, pp. 1613, 1615).

7 *McDonald v. City of Chicago*, 561 U.S. 742 (2010).

8 Cfr. *McDonald v. City of Chicago*, 561 U.S. 742 (2010) en concurrencia con cfr. Frey (2022, pp. 1613, 1621-1623).

9 *Timbs v. Indiana*, 586 U.S. (2019).

10 Cfr. *Timbs v. Indiana*, 586 U.S. (2019) en concurrencia con cfr. Frey (2022, pp. 1613, 1623-1625).

11 Cfr. *Ramos v. Louisiana*, 590 U.S. (2020).

12 Cfr. *Apodaca v. Oregon*, 406 U.S. 404, 410-412 (1972).

otro.¹³ Los estados reconocieron la esencialidad de la Decimocuarta Enmienda; sin embargo, la Quinta Enmienda aún no ha sido incorporada, lo que limita la participación ciudadana en los procedimientos de acusación (Frey, 2022, pp. 1625-1628).

Para Frey (2022), cumple con los requisitos para ser un derecho fundamental, ya que los estados la consideraron esencial en la creación y ratificación de la Decimocuarta Enmienda. Además, los estados aplican los grandes jurados, en especial en los casos de corrupción pública (Frey, 2022, pp. 1636 y 1639, nota al pie 135).

A pesar de ello, el sistema estadounidense resuelve la mayoría de los conflictos penales a través de acuerdos negociados, como el *guilty plea* o *plea bargaining*,¹⁴ donde los estándares probatorios son más bajos; en *U. S v. Torres-Vázquez*,¹⁵ la Corte Suprema determinó que es suficiente con que la evidencia permita argumentar que el acusado es culpable.

2.2 Delitos que habilitan la acusación a través de un gran jurado

La Quinta Enmienda establece que la acusación mediante un gran jurado aplica a delitos infames o con pena de muerte, excluyendo a miembros de las fuerzas armadas en servicio.¹⁶

Los delitos graves, denominados *felonies*, implican un castigo de más de un año de prisión, como el robo, fraude y delitos de cuello blanco.¹⁷ Los delitos

13 “The doctrine of stare decisis is not a straitjacket that forecloses reexamination of outmoded rules. The doctrine does, however, provide busy judges with a valid reason for refusing to remeasure a delicate balance that has tipped in the same direction every time the conflicting interests have been weighed”. Cfr. *Rose contra Mitchell*, 443 US 545, 594 (1979).

14 Cfr. José Arrieta Caro (2017, p. 129). En igual sentido, un estudio de la National Association of Criminal Defense Lawyers (NACDL)(2018) asegura que en los últimos 50 años ha disminuido al 3% aproximadamente los casos Federales que culminan en un juicio por jurados, porque la mayoría se resuelve con acuerdos de culpabilidad. Para mayor abundamiento, cfr. NACDL (2018, pp. 3, 5, 14-15, 61).

15 “... To establish a sufficient factual foundation for a plea, “the government need only show a rational basis in fact for the defendant’s guilt.” Ramos-Mejía, 721 F.3d at 16. This showing can be achieved even if the government does not “support every element of the charged crime by direct evidence.” Id. After all, “[a] Rule 11 inquiry is not designed to prove a criminal defendant’s guilt beyond all doubt.” *United States v. Jimenez*, 498 F. 3d 82, 87 (1st Cir. 2007). As long as the record evinces “some basis for thinking that the defendant is at least arguably guilty,” *no more is exigible.*” *Ramos-Mejía*, 721 F. 3d at 16” Cfr. *United States v. Torres-Vazquez*, No. 12-1903 (1st Cir. 2013), 5.

16 5ª Enmienda, con anotaciones. En Justia US Law. Disponible en: <https://law.justia.com/constitution/us/amendment-05/01-indictment-by-grand-jury.html>.

17 “Legal Classification of Criminal Offenses”. En Justia US Law. Disponible en: <https://www.justia>.

infames encuentran relación en la escala penal o grado de castigo previsto. Aunque los estados clasifican los delitos de forma independiente, a nivel federal están regulados en el Título 18 del Código de Estados Unidos.¹⁸

2.3 Funcionamiento

Una vez que el fiscal presenta las pruebas, instruye al gran jurado sobre los cargos y define los delitos, pero es el jurado quien decide si acusa y por qué delitos emitiendo un documento denominado *indictment*. Este grupo de ciudadanos puede citar a testigos y hacer preguntas. Si el fiscal no convoca al gran jurado, realiza una presentación llamada *presentment* (Frey, 2022, pp. 1617, nota al pie 11) y un juez en audiencia preliminar decide si existe “causa probable” para acusar. En esta audiencia, la defensa puede participar, a diferencia del proceso ante el gran jurado.

Una vez que el fiscal presenta las evidencias, instruye al jurado sobre los cargos y define los delitos, pero los ciudadanos deciden si acusan y por cuáles delitos (Frey, 2022, pp. 1619, nota al pie 20). Si hay acusación, se convoca a una audiencia de lectura de cargos, donde el acusado puede declararse culpable o no culpable, en este último caso, el proceso continúa en el juicio.¹⁹

El gran jurado puede dirigir la investigación y solicitar pruebas, pero en la práctica depende considerablemente de la fiscalía, que guía el proceso. Esta relación es similar a la que tienen los jueces técnicos con el jurado de juicio. La fiscalía garantiza la legalidad y protege al jurado de influencias externas y se encuentra presente en las deliberaciones, mientras que el tribunal interviene solo para otorgar inmunidades o aprobar medidas de prueba (Bianchi, 1999, pp. 67-69).

2.3.1 Poder de investigación

El gran jurado tiene atribuciones más amplias que el fiscal; puede tomar declaraciones bajo juramento, exigir documentos (Hendler, 2006, p. 34) y citar testigos por iniciativa propia o a sugerencia de la fiscalía. La regla es que pueden obtener información de cualquier persona; sin embargo, podrían surgir conflictos si los

com/criminal/classification/.

18 United States Code, 2018 Edition, Supplement 3, Title 18 - Crimes And Criminal Procedure. Disponible en: <https://law.justia.com/codes/us/2021/title-18/part-i/>.

19 “Gran jurado / Audiencia preliminar” en Más allá de los Tribunales Penales (s.f.). Disponible en: <https://beyondcourts.org/es/tribunales/gran-jurado-audiencia-preliminar>.

citados pueden autoincriminarse. La Corte, en *Branzburg v. Hayes*²⁰ de 1972, estableció que los únicos límites son los constitucionales (Bianchi, 1999, p. 56).

Además, beneficia al fiscal que la investigación sea secreta y no rijan las Reglas de Miranda, establecidas en *Miranda v. Arizona*²¹ de 1966, que obligan a informarles a los acusados sobre su derecho a guardar silencio y contar con asistencia legal. Este criterio fue reafirmado en el caso *U. S v. Mandujano*.²² Tampoco se aplican las reglas de producción de prueba del proceso criminal *U.S v. Calandra*²³ de 1974.

El gran jurado puede emitir dos tipos de citaciones: *subpoenas ad testificandum* para testigos y *subpoenas duces tekum* para documentos (Tudor, 2011, pp. 72, 87). No comparecer ante un gran jurado o fiscal del distrito puede resultar en multas o constituir un delito menor, según el Código de Procedimiento Penal Federal de EE. UU.²⁴

2.3.1.1 Facultad de exigir medidas de prueba

El poder del gran jurado para exigir pruebas *subpoena power* no es ilimitado. Está restringido por la Cuarta y Quinta enmienda de la Constitución de EE. UU., que protegen contra la autoincriminación y garantizan el derecho a la privacidad, prohibiendo allanamientos, registros y detenciones arbitrarias (Bianchi, 1999, p. 57). La Corte Suprema estableció que las personas jurídicas deben exhibir documentación, dado que no tienen los mismos derechos que las personas físicas, en casos como *Boyd v. US*²⁵ de 1986 y en *Hale v. Hekel*²⁶ de 1906, reafirmado en *U. S v. Dionisio*²⁷ y *U. S v. Mara* de 1973.²⁸

Toda persona citada por un gran jurado debe comparecer, pero puede negarse a responder preguntas invocando la Quinta Enmienda sin que pueda valorarse en su contra, y no está obligada a entregar documentación autoincriminatoria. La American Bar Association ha recomendado que, si la persona

20 Cfr. *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972).

21 Cfr. *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

22 Cfr. *United States v. Mandujano*, 425 U.S. 564 (1976).

23 Cfr. *United States v. Calandra*, 414 U.S. 338 (1974).

24 43 U.S.C. § 104 (2021). En concurrencia, cfr. Bianchi (1999, p. 66).

25 Cfr. *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886).

26 Cfr. *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43 (1906).

27 Cfr. *United States v. Dionisio*, 410 U.S. 1 (1973).

28 *United States v. Mara*, 410 U.S. 19 (1973) en concurrencia con cfr. Bianchi (1999, p. 57).

citada no desea declarar, los tribunales deben prohibirle a la fiscalía obligarla a hacerlo (Bianchi, 1999, p. 60, nota al pie 116).

2.3.1.2 Inmunidades

Pueden otorgar dos tipos de inmunidades para asegurarse el testimonio de personas que podrían autoincriminarse. La transaccional, que ofrece protección absoluta frente a procesos penales federales o estatales en el cual los testigos no pueden negarse a responder, como en los casos *Counselman v. Hitchcock*²⁹ de 1892 y *Brown v. Walker*³⁰ de 1896. En cambio, la inmunidad de uso y uso derivado impide emplear el testimonio directa o indirectamente contra el testigo, salvo si encuentran pruebas independientes. Es por ello que no pueden declarar si su testimonio lo compromete en otra jurisdicción. Esta inmunidad se aplica tras el fallo *Murphy v. Waterfront Commission*³¹ de 1964.

Debido a problemas de jurisdicción, se reemplazó la inmunidad transaccional por una nueva doctrina que prohíbe el uso de testimonios en cualquier jurisdicción, salvo que surjan pruebas independientes y legítimas. Esta doctrina se cristalizó en *Kastigar v. US*³² de 1972 y *Zicarelli v. New Jersey*³³ de 1972 (Bianchi, 1999, p. 65). Las Secciones 6002 y 6003 del Título 18 del Código de Procedimiento Federal³⁴ garantizan que los testimonios bajo inmunidad no se usen en contra de los declarantes y evitan que cometan perjurio.

En *U. S v Rice*³⁵ se cita el fallo *Kastigar* y reafirma que la información obtenida bajo inmunidad no puede ser utilizada para guiar o enfocar la investigación en el testigo:

Esta prohibición total de uso proporciona una salvaguarda integral, que prohíbe el uso de testimonios forzados para su utilización como una suerte de “pistas de investigación” y también prohíbe el uso de cualquier prueba obtenida al centrar la investigación en un testigo como resultado de sus revelaciones forzadas.³⁶

29 Cfr. *Counselman v. Hitchcock*, 142 U.S. 547 (1892).

30 Cfr. *Brown v. Walker*, 161 U.S. 591 (1896).

31 Cfr. *Murphy v. Waterfront Comm’n*, 378 U.S. 52 (1964).

32 Cfr. *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441 (1972).

33 Cfr. *Zicarelli v. New Jersey Investigation Comm’n*, 406 U.S. 472 (1972).

34 18 USC § 6002 (2021); 18 USC § 6003 (2021).

35 Cfr. *United States v. Rice*, 317 U.S. 61 (1942).

36 Traducción propia de: “[T]his total prohibition on use provides a comprehensive safeguard, barring the use of compelled testimony as an ‘investigatory lead,’ and also barring the use of any evidence

2.3.1.3 Imposibilidad de revisión de acusación (*indictment*) por prueba inadmisibles y mala fe del fiscal

El *indictment* emitido por un gran jurado es difícil de anular. Bianchi (1999, p. 74) señaló cuatro razones que podrían justificarlo.

a. Insuficiencia de prueba. El estándar requerido para acusar es “causa probable”, que es inferior al de “más allá de toda duda razonable” exigido al jurado de juicio. Los jueces son reticentes a revisar *indictments* por esta razón, dado que las reglas de evidencia no se aplican en la admisibilidad ante un gran jurado. La Corte, en *Costello v. U. S.*³⁷ de 1956, rechazó estas impugnaciones, y en *U. S. v. Calandra*³⁸ de 1974 descartó de plano la posibilidad de anulación de un *indictment* por prueba obtenida ilegalmente para no inmiscuirse en la independencia del gran jurado.

b. Mal desempeño de la fiscalía. Para acceder a la revisión de una acusación, la fiscalía debe haber violado la constitución. La Corte Suprema, en *U. S. v. Williams*³⁹ de 1992, afirmó que no puede revisarse una acusación cuando el fiscal no presentó pruebas exculpativas. En *Bank of Nova Scotia v. U.S.*⁴⁰ de 1988, dejó asentado que las violaciones a la Regla de Procedimiento Penal 6(e) no son causal de nulidad, a menos que influyan sustancialmente en la decisión del gran jurado. Las violaciones incluyeron la divulgación indebida de información, la instrucción a testigos y permitir la comparecencia conjunta de agentes posteriormente acusados ante el gran jurado.⁴¹

En el Estado de Nuevo México, la revisión judicial de *indictments*⁴² por evidencia presentada ante un gran jurado solo es permitida cuando se comprueba la mala fe del fiscal (Chiado, 2019, pp. 370, 371, nota al pie 1). En *State v. Chance* de 1923, la Corte confirmó que las disposiciones del Estatuto son directrices,⁴³ que el gran jurado debe recibir solo prueba legal —excluyendo las evidencias de *hearsay*— y que la suficiencia de las pruebas no está sujeta a revi-

obtained by focusing investigation on a witness as a result of his compelled disclosures”. Cfr. *United States v. Rice*, 421 F. Supp. 871 (E.D. Ill. 1976).

37 Cfr. *Costello v. United States*, 350 U.S. 359 (1956).

38 Cfr. *United States v. Calandra*, 414 U.S. 338 (1974).

39 Cfr. *United States v. Williams*, 504 U.S. 36 (1992).

40 Cfr. *Bank of Nova Scotia v. United States*, 487 U.S. 250 (1988).

41 Cfr. *Bank of Nova Scotia v. United States*, 487 U.S. 250 (1988).

42 Sección 31-6-11 de los Estatutos.

43 Cfr. *Washington University in St. Louis* (1963, p. 112, nota 43) en concurrencia con cfr. Chiado (2019, pp. 370, 374, nota 28).

sión judicial. En *State v. Eder*⁴⁴ de 1985, la Corte de Apelaciones señaló que las citaciones no autorizadas constituyen mala conducta del fiscal y que las pruebas inadmisibles presentadas ante un gran jurado no causan agravio, dado que pueden suprimirse en el juicio posterior.⁴⁵

En 2003, se modificó el Estatuto de Nuevo México para exigir que las evidencias presentadas ante un gran jurado sean lícitas, competentes y relevantes, sin perjuicio de que no se aplican las reglas de evidencia de juicio.⁴⁶

En *State v. Romero*⁴⁷ del año 2006, los acusados solicitaron revisión porque el gran jurado había recibido evidencia proveniente de *hearsay*. La Corte de apelaciones ratificó que el Estatuto es una guía para el gran jurado y que la revisión judicial solo procede ante la mala fe del fiscal. La suficiencia o competencia de la evidencia no es motivo de revisión, el gran jurado concluye un *indictment* si la prueba reunida podría justificar una condena en juicio (Chiado, 2019, pp. 376, remite a nota 59).⁴⁸ En *State v. Martínez*,⁴⁹ el fiscal utilizó una evidencia obtenida a través de citaciones ilegales emitidas sin un proceso judicial en curso (Chiado, 2019, pp. 370, 376-378) y la defensa solicitó la nulidad del *indictment*. La Corte Suprema de Apelaciones de Nuevo México rechazó el pedido al no probarse la mala fe del fiscal, la cual es condición *sine qua non* para que se encuentre vulnerada la integridad estructural del procedimiento (Chiado, 2019, pp. 370, 376-378). En *Herrera v. Sánchez*⁵⁰ del año 2012, el *indictment* fue revocado porque el fiscal interrumpió el testimonio de la acusada, afectando la independencia e integridad estructural del gran jurado.⁵¹

Los casos que revisan la mala fe del fiscal incluyen influir ilegalmente en la selección del jurado o instruir de manera inconstitucional, pero nunca afectan la cuestión probatoria, ya que hacerlo comprometería⁵² la legitimidad y la independencia, asemejándose a un minijuicio sobre la decisión de los ciudadanos.⁵³

44 Cfr. *State v. Eder*, 1985-NMCA-076, 704 P.2d 465.

45 Cfr. Chiado (2019, pp. 370, 375, nota 53) remite a *Buzbee V. Donnelly*, 1981-NMSC-097, 634 P. 2d 1244.

46 NM Stat § 31-6-11 (A) (2021).

47 Cfr. *State v. Romero*, 2006-NMCA-105, 140 N.M. 281, 142 P.3d 362.

48 Cfr. *State v. Romero*, 2006-NMCA-105, 140 N.M. 281, 142 P.3d 362 {4}.

49 Cfr. *State v. Martinez*, 2018-NMSC-031, 420 P. 3d 568.

50 Cfr. *Herrera v. Sanchez*, 2014-NMSC-018, 328 P.3d 1176.

51 Cfr. Chiado (2019, pp. 370, 378-379) en concurrencia con cfr. *Herrera v. Sanchez*, 2014-NMSC-018, 328 P.3d 1176, {18}.

52 Cfr. *State v. Martinez*, 2018-NMSC-031, 420 P. 3d 568, {27}.

53 “Cualquier decisión que cargara al gran jurado con mini juicios y demostraciones preliminares

a. Prácticas discriminatorias en la selección del gran jurado. La Corte considera que estas prácticas son una violación grave a la Constitución, incluso si un pequeño jurado emite una condena sin problemas aparentes en su selección (Bianchi, 1999, pp. 78-79). Es la causal de revisión con mayor posibilidad de prosperar porque es una afectación directa a la representatividad. En *Rose v. Mitchell*⁵⁴ de 1979, los acusados alegaron prácticas discriminatorias raciales en la selección del gran jurado, especialmente en la elección de su presidente. Estas exclusiones deliberadas atentaron contra los valores del sistema judicial y de la sociedad.⁵⁵ En *Vasquez v. Hillery*⁵⁶ de 1986, se reiteró que la discriminación intencional en la selección es una falta constitucional grave y que el Estado debe prevenir.⁵⁷

En *Campbell v. Louisiana*,⁵⁸ el tribunal eligió al presidente del gran jurado antes del sorteo, y ninguno de sus miembros era afroamericano. No solo eligió al presidente, sino también a un miembro no sorteado con sesgos pese a que el acusado no era afroamericano; la Corte determinó que cualquier persona puede impugnar la composición de un gran jurado, ya que afecta la imparcialidad de todas las decisiones posteriores.⁵⁹

b. Apartamiento del *indictment* de la prueba producida. En *U. S. v. Miller*,⁶⁰ se aborda un problema de congruencia entre la acusación inicial y la condena final. En el *indictment* se acusó al imputado por tres cargos de fraude postal, aunque durante el juicio se mencionaron hechos relacionados con un cargo desestimado. Existió una variación entre la acusación y el desarrollo del juicio, pero no implicó nuevos delitos. Si el apartamiento no es esencial, no constituye una causal de nulidad. La Corte recordó los precedentes *Salinger* y *Ford*, en los

seguramente impediría su investigación y frustraría el interés del público en la administración justa y expedita de las leyes penales. Cf. *U.S. v. Ryan*, 402 U.S. 530, 402 U.S. 532-533; *Costello v. U.S.*, 350 U.S. 359, 350 U.S. 363-364; *Cobbledick v. U.S.* 309 U.S. 323, 309 U.S. 327-328” (traducción propia de: “Any holding that would saddle a grand jury with minitrials and preliminary showings would assuredly impede its investigation and frustrate the public’s interest in the fair and expeditious administration of the criminal laws. Cf. *United States v. Ryan*, 402 U.S. 530, 402 U.S. 532-533; *Costello v. United States*, 350 U.S. 359, 350 U.S. 363-364; *Cobbledick v. United States*, 309 U.S. 323, 309 U.S. 327-328”). Cfr. con *United States v. Dionisio*, 410 U.S. 1 (1973), nota al pie 16.

54 *Rose v. Mitchell*, 443 U.S. 545 (1979).

55 Cfr. *Rose v. Mitchell*, 443 U.S. 545, 551-557.

56 *Vasquez v. Hillery*, 474 U.S. 254 (1986).

57 Cfr. *Vasquez v. Hillery*, 474 U.S. 255-260.

58 Cfr. *Campbell v. Luisiana*, 523 U.S. 392 (1998).

59 Cfr. *Campbell v. Luisiana*, 523 U.S. 392, 393 (1998).

60 Cfr. *United States v. Miller*, 471 U.S. 130 (1985).

que definió que mientras el delito o sus elementos se encuentren incluidos en la acusación, no se vulnera el derecho ante el gran jurado.⁶¹

2.3.2 Poder de acusación

El estándar requerido para una acusación que remita a juicio es la “causa probable” (*probable cause*), la cual es valorativa y discrecional. Si bien es un concepto impreciso, la jurisprudencia intentó delimitarlo.

2.3.2.1 Estándar de “causa probable”

El estándar de “causa probable” en la Corte Federal de EE. UU. se alcanza cuando al menos doce miembros del gran jurado consideran que la persona investigada probablemente cometió un delito federal, sin que esta haya presentado explicaciones o evidencias exculpatorias.⁶²

El procedimiento es unilateral, no permite el control de la defensa porque solo requiere que cualquier persona razonable y prudente considere que se trata de una probabilidad justa de que la persona investigada pudo haber cometido ese delito.⁶³

Por esto, la Corte Suprema considera que el estándar de “causa probable”, metafóricamente hablando, es una puerta de entrada y no exige que los fiscales presenten evidencias exculpatorias y, excepcionalmente, solo se admitieron las evidencias de *hearsay*.⁶⁴

2.3.2.2 Instrucciones del fiscal al gran jurado

El fiscal tiene la función de instruir al gran jurado sobre los elementos esenciales de los cargos que pretende que se le imputen a una persona y debe proporcionar copias de los estatutos y las instrucciones.⁶⁵

Según la legislación de Nueva York, la “causa probable” debe que cumplir

61 Cfr. *United States v. Miller*, 471 U.S. 135-145 (1985) en concurrencia con cfr. Bianchi (1999, pp. 79-80).

62 “Handbook of federal grand jurors”, Administrative Office of the U.S. Courts Thurgood Marshall Federal Judiciary Building One Columbus Circle, N.E. Washington, D.C. 20544.

63 Cfr. *Kaley v. US*, 571 U.S. 320, Apartado II, (2014) con referencia a los fallos: *Florida v. Harris*, 568; *Gerstein*, 420 U.S., en 121-122; *US v. Williams*, 504 U.S. 36, 51 (1992) y *Costello*, 350 U.S., en 362-364.

64 Ídem.

65 Cfr. *State v. Augustin M.*, 2003-NMCA-065, 133 N.M. 636, 68 P.3d 182, [52].

con dos requisitos: suficiencia legal y causa razonable. La evidencia puede satisfacer uno o ambos criterios.⁶⁶

a. Legalmente suficiente implica que, si se acepta como verdadera la evidencia, debe establecer los elementos del delito imputado y que la persona acusada lo habría cometido.⁶⁷

b. La evidencia es competente y admisible si proporciona una causa razonable para creer que la persona cometió un delito. Esto refiere a que tiene que revelar hechos o circunstancias que son colectivamente de tal peso como para convencer a una persona de inteligencia, juicio y experiencia ordinarios que es probable que tal delito fue cometido y que esa persona lo cometió.⁶⁸

Los ciudadanos definen la suficiencia de la evidencia, ya que no es posible separar los aspectos que hacen a una “causa probable” para que el fiscal sólo se ocupe de determinar la suficiencia legal de la evidencia y que el gran jurado sólo determine el peso de los hechos que surgen de esta. En el caso *People v. Batashure*⁶⁹ de 1990, la Corte de Apelaciones de Nueva York desestimó la acusación porque el fiscal influyó indebidamente en la valoración de la evidencia en las instrucciones cuando determinó que era suficiente para justificar la acusación, inmiscuyéndose en un análisis que perjudicó la integridad del procedimiento. Un gran jurado no requiere la precisión con la que debe ser instruido un pequeño jurado.⁷⁰ Esto es porque las cuestiones referidas a la comisión de un delito son cuestiones de hecho que tienen que ser sopesadas en un foro contradictorio, con un jurado de juicio.⁷¹

La Corte de Apelaciones del Estado de Nuevo México, en una serie de precedentes,⁷² concluyó que no es necesario que el fiscal instruya sobre las posibles defensas que podría presentar una persona investigada a menos que conozca evidencia que niegue la culpabilidad de la persona, según la sección 31-6-11 (B) de Procedimiento Criminal.⁷³

66 Legislación Criminal de Nueva York, *Criminal Procedure* (CPL), Chapter 11-A, Part 2, Title I, Article 190.65.

67 *People v. Batashure*, 75 N.Y.2d 306, 308, 309 (N.Y. 1990) en la referencia CPL 70.10.

68 *People v. Batashure*, 75 N.Y.2d 306, 308, 309 (N.Y. 1990) en la referencia CPL 70.10.

69 *People v. Batashure*, 75 N.Y.2d 306 308, 312 (N.Y. 1990) en la referencia CPL 210.35 (5).

70 *People v. Batashure*, 75 N.Y.2d 306, 311 (N.Y. 1990) con referencia a *People v. Calbud, Inc.*, 49 NY2d 389, 394.

71 *State v. Augustin M.*, 2003-NMCA-065, 133 N.M. 636, 68 P.3d 182, {58} con nota en Buzbee, 96 NM en 696, 634 P. 2d en 1248.

72 *State v. Augustin M.*, 2003-NMCA-065, 133 N.M. 636, 68 P.3d 182.

73 Cfr. NM Stat § 31-6-11 (B) (2021).

2.4 Secreto de las actuaciones

El secreto es un atributo esencial y está regulado por el Código de EE. UU.⁷⁴ en el Título 18 USC, Sección 332, y las Reglas Federales del Procedimiento Penal 6(e)(2) y 6 (e)(3). En particular, la Regla 6(d)(1) establece quiénes pueden estar presentes en las sesiones. Se caracteriza por la prohibición de que la persona bajo investigación, ni sus abogados, pueden asistir a las audiencias, tampoco ser notificados de la investigación, sin perjuicio de que algunos estados contemplan excepciones. Excepcionalmente, si algún miembro requiere el apoyo de intérpretes, estos pueden estar presentes en la sala de deliberación.⁷⁵

La Corte Suprema de EE. UU. ha establecido cuatro razones para justificar el secreto.⁷⁶

- a. Evitar que la persona sospechosa se fugue o que manipule a los testigos de cargo.
- b. Asegurar que el gran jurado delibere e investigue sin presiones externas. También facilita y promueve la realización de denuncias.
- c. Alentar a los testigos a hablar sin temor a represalias.
- d. Proteger al ciudadano de daños a su vida personal debido a la investigación.

Desde 1979, la Regla 6(e)(1) Regla 6(e)(2)(i) establece que las actuaciones deben registrarse. Contarán con un taquígrafo judicial, dispositivos de grabación y una persona que transcriba los testimonios grabados.

Existen excepciones al secreto del gran jurado, divididas, según Bianchi (1999, p. 52), en cuatro situaciones.

En primer lugar, según la Regla 6(e)(2), los testigos no están obligados a guardar secreto. Esto puede poner en riesgo los intereses que desea tutelar, especialmente en el caso de una investigación de alto perfil, y podría comprometer la confidencialidad de la investigación.

En segundo lugar, la Regla 6(e)(3)(C)(ii) permite que la persona investigada solicite copias de las actuaciones al gran jurado si demuestra que existen motivos suficientes para revocar el *indictment* o para preparar mejor su defensa. El hecho de tener que esperar hasta su emisión representa un obstáculo para cualquier acusado que quiera evitar el *indictment*.

74 United States Code, 2018 Edition, Supplement 3, Title 18 - Crimes And Criminal Procedure.

75 FL Stat § 905.24 (2021).

76 *Pittsburgh Plate Glass Co. v. United States*, 360 U.S. 395, 405 (1959) con nota referida al caso *Estados Unidos v. Alper*, 156 F.2d 222, 226; in re *Bullock*, 103 F.Supp. 639 en concurrencia con cfr. Bianchi (1999, pp. 50-51).

En tercer lugar, en casos donde coexisten intereses civiles y penales, un tribunal puede autorizar el acceso a las actuaciones del gran jurado; no es un acceso irrestricto. Según la Corte Suprema, se dará acceso a quien lo solicite solo en la medida de lo necesario, siempre que demuestre que el material buscado es imprescindible para evitar una posible injusticia en otro procedimiento judicial (Cardero , 2008, p. 3, nota al pie 13), es decir que la necesidad de divulgación supera la necesidad de mantener el secreto.⁷⁷ La información proporcionada solo puede usarse en la defensa o en el enjuiciamiento del caso civil o penal.⁷⁸

En cuarto lugar, el Gobierno o sus organismos pueden acceder a la información del gran jurado si demuestra una necesidad particular y un tribunal lo autoriza en virtud de la Regla de Procedimiento Penal 6(e)(3)(C)(i).⁷⁹

Un ejemplo de esto es el uso de evidencia obtenida en otros procesos para investigaciones de terrorismo. Tras los atentados del 11 de septiembre de 2001, se sancionó la Ley The USA PATRIOT Act of 2001,⁸⁰ que permite el acceso a esta información cuando se trate de datos útiles para prevenir y proteger la seguridad nacional frente a posibles ataques extranjeros.⁸¹

El acceso a la evidencia presentada en un gran jurado plantea riesgos de autoincrimación y afecta el derecho a una defensa justa, por ejemplo, en el caso de una persona que no estaba protegida por inmunidades en ese momento, esa evidencia podría ser utilizada en un futuro proceso penal en contra de ella.

2.5 Cómo se conforma un gran jurado

En el sistema federal, el gran jurado está compuesto por veintitrés ciudadanos, pero puede sesionar con dieciséis⁸² y necesita un *quorum* de al menos doce para acusar.⁸³

77 Cfr. *Douglas Oil Co. v. Petrol Stops Northwest*, 441 U.S. 211 (1979).

78 Cfr. *Butterworth v. Smith*, 494 U.S. 636 (1990).

79 Cfr. *United States v. Sells Engineering, Inc.*, 463 U.S. 418 (1983).

80 “Uniting And Strengthening America By Providing Appropriate Tools Required To Intercept And Obstruct Terrorism (Usa Patriot Act) Act Of 2001”, Public Law 107-56—OCT. 26, 2001, Sec. 203 Authority To Share Criminal Investigative Information. Disponible en: <https://www.congress.gov/107/plaws/publ56/PLAW-107publ56.pdf>.

81 Cfr. Cardero (2008, p. 3, nota al pie 16) en concurrencia con Secc. 203(a) “*Authority To Share Grand Jury Information*”.

82 Código EE. UU., sección 3321, Título 18USC, en concordancia con la Regla 6 del procedimiento criminal del mismo cuerpo normativo.

83 Regla 6.c del Procedimiento Penal Federal.

Los números varían en los estados: en Nueva York, se sigue el mismo procedimiento federal;⁸⁴ en Tennessee, hay trece jurados y se requieren doce votos para acusar;⁸⁵ en Virginia, son entre cinco y siete jurados y requiere el voto de al menos cuatro;⁸⁶ y en el Estado de Nuevo México, se necesitan doce jurados y ocho votos.⁸⁷

Se designan un presidente y un vicepresidente para llevar a cabo tareas administrativas, como tomar juramentos, llevar un registro de los jurados presentes en las sesiones y firmar el *indictment*. Sin el presidente (*foreperson*), no se puede sesionar; en ese caso, el vicepresidente (*deputy foreperson*) lo reemplaza.⁸⁸ Cuando algún miembro debe dejar su puesto de forma temporal o permanente, el tribunal define quien será su sustituto.

2.6 Quienes pueden ser jurados

La representatividad en la conformación de un jurado en cualquier es esencial, porque sus miembros representan y deciden en función de los intereses de la sociedad.

Inicialmente, los jurados se conformaron por personas que respondían a los intereses de la corona. A lo largo de la historia, su conformación etaria, racial y distrital fue evolucionando a medida que lo hacía la sociedad. En sus inicios, los jurados estaban integrados por hombres, caballeros de la alta sociedad, quienes debían poseer propiedades para ser considerados de buen nombre y de honor.

Algunos estados como Connecticut abolieron en 1836 los requisitos de pago de tributos o propiedades para ser jurados. En 1946, la Corte Suprema eliminó la exclusión de jurados con sueldo diario en el caso *Thiel v. Southern Pacific CO*.⁸⁹

Durante mucho tiempo, las mujeres y las personas afroamericanas no podían formar parte de los jurados porque no votaban, y los padrones electorales

84 NY Crim Pro L § 190.05 (2014); NY Crim Pro L § 190.25 (2014).

85 TN Code § 40-12-206 (2021); TN Code § 40-13-105 (2021).

86 VA Code § 19.2-195 (2014); VA Code § 19.2-202 (2014).

87 NM Stat § 31-6-11 (2021); NM Stat § 31-6-10 (2021).

88 Frank A. Rubino (s.f., sección Delitos de drogas). Disponible en: <https://www.frankrubino.com/inicio/delitos-de-drogas/el-rol-del-gran-jurado-en-casos-de-drogas/>.

89 *Thiel v. Southern Pacific Co.*, 328 U.S. 217 (1946). En concordancia con cfr. Arrieta Caro (2017, pp. 129, 144).

son el registro por los cuales se convoca a los jurados. Podría decirse que fueron exclusiones solapadas.

Los afroamericanos comenzaron a participar en jurados en el Estado de Massachusetts en 1860. El Congreso prohibió su exclusión en 1875 con las Federal Civil Rights Act, aunque fue revocada en 1879 con la Federal Jury Selection Act. Gracias al movimiento por los derechos civiles impulsado por Martin Luther King (Arrieta Caro, 2017, pp. 129, 144-145), las Civil Rights Act de 1957, las de 1964⁹⁰ y la Voting Rights de 1965 ampliaron los derechos para todos los ciudadanos. En el caso *Batson v. Kentucky*⁹¹ de 1986, se prohibió la exclusión sistemática de afroamericanos a través de las recusaciones sin causa en la audiencia de selección de un pequeño jurado, estableciendo que los jurados deben ser representativos de la comunidad, por lo que no es un derecho a ser juzgado por personas de su misma raza (Arrieta, 2017, pp. 129, 144).

La primera mujer en participar como jurado fue en Wyoming en 1870, aunque su derecho al voto fue reconocido en 1920 con la Decimonovena Enmienda. Sin perjuicio de ello, se les permitía abstenerse por considerarse que su rol era ser el centro del hogar y de la vida familiar.⁹² En algunos casos, se las eximía de ser jurado si los hechos o la evidencia podían parecerles “chocantes”, reflejando prejuicios de la época. La Corte Suprema, en 1975 con el caso *Taylor v. Louisiana*,⁹³ determinó que excluir a mujeres violaba la Sexta Enmienda. En 1994, en el caso *JEB v. Alabama ex rel TB*,⁹⁴ se prohibieron las recusaciones sin causa por cuestiones de género; se trató de un juicio civil en el cual se recusaron a los hombres. La necesidad de representatividad en un jurado se relaciona directamente con el sentido de justicia de la comunidad, por lo que queda prohibido suponer que una persona estará sesgada por su género (Arrieta, 2017, pp. 129, 145-146). Hoy en día, en EE. UU. se utilizan registros de licencias de conducir, además de padrones electorales, para la selección de jurados para así aumentar la representatividad. La exclusión sistemática de jurados es considerada causal de revisión de la acusación y de una condena.

El aspecto más delicado no es quiénes pueden ser jurados, sino quiénes no pueden. En Argentina, las leyes incluyen restricciones para funcionarios públi-

90 “Ley de derechos civiles” (Civil Rights Act de 1964), entre otras. Disponible en: <https://www.dol.gov/agencies/oasam/centers-offices/civil-rights-center/statutes>.

91 *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79 (1986).

92 Cfr. *Hoyt v. Florida*, 368 U.S. 57, 62 (1961).

93 Cfr. *Taylor v. Louisiana*, 419 U.S. 522 (1975).

94 Cfr. *J. E. B. v. Alabama ex rel. T. B.*, 511 U.S. 127 (1994).

cos, miembros de fuerzas de seguridad, profesionales de derecho y personas condenadas o con elevación a juicio en causas penales,⁹⁵ con el objetivo de evitar posibles conflictos de interés o parcialidad en el desarrollo de las deliberaciones.

En EE. UU., estas restricciones no aplican, lo que ha generado opiniones encontradas. Quienes formaron parte de un gran jurado encontraron obstáculos para participar libremente de la deliberación. Asimismo, ha sido una molestia para los fiscales cuando un abogado o exjuez formaba parte de uno. Un ejemplo notable es el caso del expresidente de EE. UU. Barack Obama, citado a servir como jurado en dos ocasiones mientras era presidente y posterior a ello, sin embargo, se lo dispensó en ambas oportunidades. En EE. UU. todos pueden ser jurados, salvo que el tribunal los excuse por razones justificadas.

2.7 Procedimiento de selección

El proceso se divide en dos etapas; en la primera, se conforma la mesa o rueda de jurados *venire*, en la cual se selecciona un pool de personas calificadas. Estas personas son notificadas y deben completar una declaración jurada y acudir cuando se los convoca, bajo apercibimiento de multas, arresto o servicio comunitario. Para ser jurado, se requiere ser ciudadano estadounidense, mayor de 18 años, residente del distrito judicial y no tener condenas por delitos graves, entre otros requisitos.⁹⁶ En la segunda etapa, se aplican exclusiones —según lo indicado por la Regla de Procedimiento Penal 6.(B).(1)— por razones de ciudadanía, residencia o disponibilidad, pero no por raza, género o estatus económico.⁹⁷

Ante un gran jurado, la defensa no tiene el derecho de realizar un *Voir Dire*.⁹⁸ Si se detectan irregularidades en la selección, el acusado tiene un plazo para solicitar la desestimación de la acusación antes de iniciar el juicio.⁹⁹

Se ha argumentado que esta imposibilidad de la defensa no genera un agravio en caso de condena en un juicio por jurados, siendo que no justificaría

95 Ley 6451, Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Ley 9106, Mendoza; Ley 14543, con modificaciones de la Ley 14589, Buenos Aires; Ley 10746, Entre Ríos; Ley 2364-B (antes Ley 7661), Chaco; Ley 5020 (modificada por la Ley 5192 y por la Ley 5413), Río Negro; Ley 9182, Córdoba; Ley 2784 (modificada por la Ley 3021), Neuquén; Ley XV N° 30, Chubut; Ley 1851-O (suspendido art. 5 por la Ley 1993-O), San Juan; Ley 5719, Catamarca; Ley 14253, Santa Fe.

96 28 U.S.C. § 1865 (2021); 28 USC § 1866 (2021); Juror Qualifications, Exemptions and Excuses.

97 28 U.S.C. § 1862 (2021).

98 Procedimiento de recusaciones de potenciales jurados.

99 28 USC § 1867 (2021).

cuestionar la imparcialidad del jurado de acusación (Bianchi, 1999, p. 49). No obstante, no se aborda el hecho de que, ante un eventual dictamen de no culpabilidad, la persona acusada tuvo que someterse a juicio corriendo el riesgo de una condena debido a la acusación de un gran jurado parcial.

2.8 Tiempo de cumplimiento del servicio

La duración del servicio de un gran jurado depende del caso, de si se trata de un gran jurado especial o regular y de lo que decida el tribunal. Según la Regla 6 (g)¹⁰⁰ del Procedimiento Penal Federal, un gran jurado regular puede prestar servicio hasta 18 meses, con una posible extensión de 6 meses más. Un gran jurado especial sirve por 18 meses, con la posibilidad de extenderse hasta 36 meses o más, de manera excepcional, si el tribunal lo permite.¹⁰¹

2.9 Variantes del gran jurado

Un gran jurado especial es una variante del gran jurado regular, utilizado para investigar delitos complejos, lo que les otorga mayor independencia a fiscales ante los grandes aparatos de poder.¹⁰² Este tipo de jurado fue clave en casos como los de Bill Clinton en 1998, investigado por perjurio y obstrucción a la justicia (Harfuch, 2019, p. 121) y el reciente caso de Donald Trump, quien enfrentó 41 cargos que incluyen extorsión, conspiración y falsificación, involucrando a otras 18 personas, entre ellas, Mark Meadows, exjefe de Gabinete de Trump, y Jeffrey Clark, exfuncionario del Departamento de Justicia.

La Ley de Crimen Organizado Americana (OCCA, por sus siglas en inglés) de 1970 prevé la conformación de estos jurados especiales¹⁰³ para funciones investigativas durante un tiempo determinado.

2.10 Fiscales especiales de acusación

En el sistema estadounidense, se puede designar un fiscal especial para pro-

100 Rules of Federal Criminal Procedure 6(g).

101 18 U.S.C. § 3331 (2021).

102 Cfr. Frank A. Rubino (s.f.).

103 “Public Law 91-452, AN ACT Relating to the control of organized crime in the United States”, 15/10/1970, Título I, Sec.101 (a), Chapter 216 “Special Grand Jury”. Disponible en: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-84/pdf/STATUTE-84-Pg922-3.pdf#page=7>. Williams (1971).

teger y satisfacer el interés público en asuntos que involucren a funcionarios públicos, especialmente cuando el Gobierno decide no procesar una acusación penal emitida por un gran jurado y el tribunal, bajo la Regla 48 (a), no accede a desestimar la causa.¹⁰⁴

Esta figura fue creada tras el escándalo Watergate en 1972, en el cual se solicitó un fiscal que pudiera trabajar sin interferencia política para investigar irregularidades cometidas por altos funcionarios del Poder Ejecutivo. Una vez que el Senado confirmó el nombramiento de fiscal general Elliot Richardson, éste nombró a Archibald Cox, un fiscal especial. La situación provocó protestas públicas, el nombramiento de otro fiscal especial y el inicio de un proceso de *impeachment*, es decir, de destitución por parte del Congreso (Brown y Cole, 2019, p. 3).

A su vez, el Congreso promulgó en el Título VI de la Ley de Ética Gubernamental de 1978 la posibilidad de designar “fiscales especiales” (*special prosecutor*), que posteriormente se llamaron “abogados independientes” (*independent counsel*), para investigar violaciones penales cometidas por funcionarios públicos (Brown y Cole, pp. 3-4).

El fiscal general debe realizar una investigación preliminar y, si considera necesario continuarla, puede solicitar a un tribunal de tres jueces que designe a un fiscal especial externo con funciones de investigación, acusación y juzgamiento. Este tiene la facultad de convocar un gran jurado. Si bien el fiscal general no puede nombrarlo, puede colaborar en su elección. Su designación externa busca evitar interferencias políticas, en especial porque en EE. UU. los fiscales dependen del Poder Ejecutivo (Brown y Cole, pp. 2, 5).

Actualmente, regulado por el Título 28 del Código de EE. UU.,¹⁰⁵ el fiscal especial tiene facultades extraordinarias, autoridad independiente de investigación y procesamiento similares a las del Departamento de Justicia (en adelante, DOJ, por sus siglas en inglés), el procurador general. Salvo, en aquellos asuntos que requieran específicamente la acción personal del procurador general conforme la sección 2516 del Título 18.

El Título 28¹⁰⁶ establece que el fiscal especial puede participar en procedimientos civiles y penales, apelar decisiones judiciales, revisar toda la evidencia documental disponible, impugnar privilegios testimoniales y solicitar inmuni-

104 *United States v. Cowan*, 396 F. Supp. 803 (N.D. Tex. 1974).

105 28 USC § 594 (2021).

106 Ídem.

dad para testigos o para órdenes judiciales. En igual sentido que lo normado en el Título 18 sección 6003, puede solicitar personal adicional como investigadores, abogados y consultores a tiempo parcial y la asistencia del DOJ. Tiene autoridad para desestimar casos dentro de su jurisdicción sin realizar una investigación o antes del procesamiento. Aunque el fiscal especial es independiente del DOJ, está sujeto a cierto control del fiscal general, y esta independencia se extiende a su equipo de trabajo.

Al finalizar su labor, debe presentar un informe final ante la división del tribunal, detallando el trabajo realizado y la disposición de todos los casos. El tribunal puede divulgar partes del informe al Congreso, al público o a personas apropiadas, según considere necesario para proteger los derechos de los involucrados y evitar interferencias en procesos pendientes.

Además, debe transferirle al archivista de los Estados Unidos todos los registros creados o recibidos por su oficina, identificando cuáles están sujetos a la Regla 6(e) de las Reglas Federales de Procedimiento Penal y los materiales del gran jurado o información clasificada de seguridad nacional. Si el fiscal general lo solicita, el archivista puede revelar estos registros al DOJ para investigaciones en curso, excepto los materiales del gran jurado, que requieren una orden judicial según la Regla 6(e) de las Reglas Federales de Procedimiento Penal.

Los fiscales especiales tienen plenos poderes, incluyendo la capacidad de impugnar privilegios testimoniales del Ejecutivo u otros privilegios. Para limitar su poder, el presidente debe solicitarlo a ambas cámaras y a los comités del Poder Judicial. En 1974, el presidente Nixon intentó anular citaciones *duces tekum* solicitadas por el fiscal especial Jarowski, pero no tuvo éxito.¹⁰⁷

Asimismo, cuentan con inmunidad privilegiada en acciones preliminares a un proceso y judiciales, aunque no es absoluta cuando exceden lo estrictamente procesal.¹⁰⁸

Katy Harriger sostiene que los fiscales especiales son necesarios cuando hay un conflicto de interés en un caso, puesto que genera confianza en la sociedad y muestran imparcialidad (Hendler, 2006). Un ejemplo fue Robert Mueller, fiscal especial designado durante la presidencia de Trump para investigar la posible coordinación entre Rusia y su campaña para ganar la elección en 2016. A lo largo de dos años, emitió 2800 citaciones y más de 500 órdenes de allanamientos e incautación de domicilios, aunque no acusó ni exoneró a Trump.

107 Cfr. *United States v. Mitchell*, 377 F. Supp. 1326 (D.D.C. 1974).

108 Cfr. *Bianchi v. McQueen*, No. 14-1635 (7th Cir. 2016), 12-13.

Posteriormente, otros fiscales especiales llevaron a Trump ante grandes jurados en distintas causas y presentaron *indictments* en su contra.

3. El gran jurado en la actualidad

3.1 Estados Unidos

3.1.1 Funcionamiento en investigaciones de leyes *antitrust* “antimonopolio”¹⁰⁹

El gran jurado tuvo un papel importante en la lucha contra la corrupción tras la revolución, gracias a su capacidad de investigar y de ser revisora en situaciones políticas sensibles. A veces, el fiscal recurre a esta figura para compartir responsabilidades. De algún modo, el gran jurado y el fiscal se controlan mutuamente (Tudor, 2011, pp. 72, nota al pie 43).

En EE. UU., las conductas *antitrust*, o anticompetitivas, reguladas en la Sección I de la Sherman Act son consideradas delitos graves (*felonies*)¹¹⁰ que pueden involucrar la responsabilidad de personas jurídicas y resultar grandes multas, con la posible intervención de un gran jurado (Tudor, 2011, pp. 72, 85).

La DOJ es supervisada por el asistente del fiscal general, que puede solicitar el inicio de una investigación si hay sospechas fundadas de una conducta anticompetitiva y dolosa. Luego, el juez puede pedirle a la demandada que presente documentación e incluso que responda preguntas. Sin embargo, las evidencias obtenidas en una investigación del gran jurado no pueden utilizarse en investigaciones paralelas.

3.1.2 Casos de Donald Trump

La figura del gran jurado como institución sigue vigente porque proporciona mayor legitimidad social, especialmente en casos en los que se acusa a un expresidente —como Donald Trump— de múltiples delitos durante y después del ejercicio de su función. En el año 2023, fue acusado en cuatro ocasiones distintas utilizando un gran jurado federal y un gran jurado estatal.

En la primera, un gran jurado federal en Washington, D.C. lo acusó de cuatro cargos por intentos de revertir el resultado de las elecciones del año 2020. La investigación estuvo a cargo del fiscal Jack Smith.

La segunda investigación fue realizada por un gran jurado federal en Miami,

109 Para mayor abundamiento del tema, cfr. Tudor (2011, pp. 72, 83-87).

110 15 U.S. Code § 1 - Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty.

también dirigida por el fiscal especial Jack Smith. En esta oportunidad, 24 ciudadanos emitieron un *indictment* por el delito de violación de secretos, dado que tenía en su posesión once mil documentos oficiales y confidenciales en su residencia de Mar-a-Lago, que debían estar en el archivo federal. Esta acusación lo convierte en el primer expresidente acusado de cometer un crimen.

El tercer *indictment*, impulsado por el fiscal de distrito de Manhattan, Alvin Bragel, involucró a un gran jurado estatal de Nueva York. Fue imputado por 34 cargos de falsificación de registros mercantiles en primer grado para ocultar actividades delictivas, incluyendo intentos de violar leyes electorales estatales y federales tipificados en el artículo 175.10 del Código Penal. Los cargos incluyeron pagos irregulares a un conserje, a una mujer a cambio de su silencio y a su abogado. En mayo de 2023, un jurado de decisión lo declaró culpable de todos los cargos.

El cuarto *indictment* fue dictado en el estado de Georgia: acusaron a Trump y a otras dieciocho personas de trece cargos por intentar manipular las elecciones del año 2020 en ese estado.

3.1.3 El caso Jack Teixeira

Un gran jurado de Boston, bajo la dirección del fiscal Merrick Garland, acusó a Jack Teixeira, miembro de la Guardia Nacional Aérea, de comprometer la seguridad nacional al divulgar documentos clasificados de la Defensa Nacional a través de la red social Discord.

Fue acusado por el gran jurado con seis cargos por retención y transmisión intencionada de información clasificada, violando la Ley de Espionaje de EE. UU.

3.1.4 El caso Travis Scott

Un gran jurado de Houston decidió no acusar al rapero Travis Scott por la muerte de diez personas y cientos de heridos durante su concierto en el *Festival Astroworld* en 2021. El jurado estuvo compuesto por doce personas seleccionadas al azar.

3.1.5 Gran jurado civil

Es una figura presente en los Estados de California y Florida. Este grupo de ciudadanos se reúne durante un año para supervisar el uso de recursos públicos

por parte de los funcionarios municipales. Sus funciones incluyen controlar las responsabilidades de los funcionarios y atender las denuncias de corrupción, maltrato e ineficiencia en la gestión (Harfuch, 2019, pp. 323, 326-327).

Un ejemplo de gran jurado civil es el del Condado de Sonoma, California, que depende del Tribunal Superior del Condado de Sonoma. Puede tener hasta diecinueve miembros voluntarios, de los cuales al menos doce deben aprobar los informes anuales. Su función es supervisar los departamentos legislativos y administrativos locales. Los informes aprobados son revisados por el abogado del condado y el juez presidente. Los investigados deben responder al gran jurado sobre los hallazgos e indicar si implementaron sus recomendaciones.¹¹¹

Según el Informe 2021-2022 del Gran Jurado Civil del Condado de Sonoma (Superior Court of California County Of Sonoma, 2022), se presentaron seis informes de investigación sobre temas como vivienda asequible y el Departamento de Salud, abordando desafíos en la atención a los ciudadanos durante emergencias, problemas de comunicación general y el acoso y la moral de sus empleados. El informe se centró en las recomendaciones del gran jurado que intervino anteriormente para garantizar un suministro de agua adecuado en el Valle de Sonoma.

Durante la investigación, el jurado pudo entrevistar a funcionarios y revisar documentos para elaborar informes con recomendaciones y plazos. Este jurado estuvo compuesto por dieciséis personas durante un año (Superior Court of California County Of Sonoma, 2022).

3.2 Reino Unido

En Inglaterra, el gran jurado fue abolido en el siglo XX. Sin embargo, figuras primitivas anteriores que llegaron con la invasión normanda han seguido evolucionando de manera residual. Desde 1988, se utilizan en Inglaterra y Gales bajo el nombre de *inquest* y *coroner jury* (jurado forense) (García Moreno, 2004, p. 88). Ambos investigan causas de muerte en circunstancias violentas o no naturales. El *inquest* es el proceso de investigación, y el *coroner jury* es el grupo de ciudadanos que determinan la causa de muerte y si una persona sospechosa podría llegar a ser acusado de esta.

Se utiliza principalmente en muertes ocurridas en una cárcel, bajo custodia policial o que afectan la seguridad o salud pública. Tras la investigación, en la

111 Ibidem, 7.

cual no interviene la defensa, el *Coroner Jury* presenta su veredicto como “muerte natural”, “muerte accidental”, “caso fortuito” o “suicidio” y puede incluir recomendaciones (Harfuch, 2019, pp. 323-325)

En 2022, un *Coroner Jury* investigó la muerte del adolescente Traevon Chalfoux-Desjarlais en un “hogar grupal de acogida” en Abbotsford, B.C., concluyendo que fue suicidio y emitiendo 18 recomendaciones para mejorar las políticas de bienestar infantil.¹¹²

Este caso ilustra cómo el *Coroner Jury* no solo investiga, sino que también trasciende el caso particular, proponiendo mejoras sociales y políticas para prevenir futuros incidentes similares.

3.3 Canadá

En Canadá existe un sistema similar al de Inglaterra y Gales, donde un grupo de ciudadanos, llamado *coroner's jury*, se convoca para investigar muertes sospechosas o inexplicables, como suicidios, o muertes ocurridas bajo custodia policial. Este proceso se realiza en audiencias públicas, donde el jurado revisa pruebas sobre la causa de muerte y puede efectuar recomendaciones para prevenir incidentes similares.

Un ejemplo reciente es el caso de Myles Gray, muerto en 2015 tras un enfrentamiento con la policía, donde el jurado forense tuvo la oportunidad de hacer recomendaciones.

En Ontario, llevan un registro de las actuaciones desde 1821 hasta 1963 y de algunos condados hasta 1974. En Columbia Británica,¹¹³ los requisitos para ser jurados de *Coroner's jurors*, o jurados en un juicio penal o civil *trial jurors*, son los mismos; están compuestos por entre cinco y siete miembros¹¹⁴ y no requieren unanimidad en su veredicto. Su función es determinar detalles clave sobre la muerte e informar al médico forense, con la capacidad de hacer recomendaciones. El veredicto debe contener la identificación de la persona fallecida, cómo, cuándo, dónde y por qué medios murió, como también cualquier otro asunto relacionado que el médico forense deba informar.¹¹⁵

112 Ídem.

113 Jury Act. [RSBC 1996], chapter 242. Disponible en: <https://www.justice.gov.nt.ca/en/files/legislation/coroners/coroners.a.pdf>.

114 Coroners Act, [SBC 2007], chapter 15, 22.2.(b). Disponible en: https://www.bclaws.gov.bc.ca/civix/document/id/complete/statreg/07015_01.

115 Coroners Act, [SBC 2007], chapter 15, 38.

3.4 Japón

En Japón, existe un instituto similar al gran jurado llamado *Kensatsu Shinasaki* o Prosecutorial Review Commission (PRC, Comisión de Revisión de la Acusación). Esta comisión, formada por once ciudadanos elegidos al azar en cada una de las 201 comisiones distribuidas en las 50 jurisdicciones del país, actúa por un periodo de 6 meses (Fukurai, 2013, pp. 315, 323) y revisa las decisiones de los fiscales que deciden no acusar para llevar una causa a juicio. Su función es ejercer control sobre el trabajo de los fiscales (Fukurai, 2013, pp. 517-518), quienes son los únicos con la competencia exclusiva de imputar cargos en el sistema judicial japonés.¹¹⁶

La PRC en Japón actúa cuando una víctima, un representante de la comisión o la propia comisión presentan una denuncia.¹¹⁷ Puede hacer tres recomendaciones: que no acusar fue correcto, que fue incorrecto o que se debe presentar una acusación. Para las dos primeras, se requiere mayoría simple, y para la tercera, una mayoría especial de ocho votos (Fukurai, 2007, pp. 315, 324). Este sistema es especialmente valioso cuando los fiscales enfrentan dificultades para procesar a figuras poderosas, como políticos o agentes de policías,¹¹⁸ exfiscales o personas vinculadas a organizaciones de poder (pp. 315, 328). En 2010, la comisión acusó a un importante político japonés por violar una ley electoral (Fukurai, 2011a, pp. 789, 798).

Inicialmente, la comisión en Japón solo podía efectuar recomendaciones no vinculantes para los fiscales, lo que limitaba la influencia de la participación ciudadana (Fukurai, 2007, pp. 315, 324). Sin embargo, tras una reforma del Código de Procedimiento Penal Japonés en 2004,¹¹⁹ se estableció que si la comisión recomienda presentar cargos, el fiscal debe revisar su decisión. Si des-

116 “El proceso sólo puede ser ejercido por un fiscal con algunas excepciones (...) Una de estas excepciones es un sistema cuasi-judicial en los casos de abuso de poder por parte de funcionarios públicos y el procesamiento obligatorio ordenado por el comité para la revisión de la facultad discrecional del fiscal, el cual está formado por legos (Nakanome y Yanagawa, s.f., cita 9).

117 ICC-01/09-154-Anx3 03-08-2015 1/9 NM PT, ANNEX 3, “Position under national law regarding victims’ ability to seek judicial intervention in respect of prosecutorial failure to investigate or prosecute”, 3. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RelatedRecords/CR2015_13490.PDF, en concurrencia con cfr. Fukurai (2007, pp. 315, 323).

118 “Un Oficial de policía fue el primer ciudadano imputado formalmente por una Comisión de Revisión de la Acusación compuesta por ciudadanos, sucedió en Enero del año 2010; se lo imputó por el hecho conocido como ‘La estampida de Akashi’ el incidente dejó once muertos y 247 heridos”. Para mayor abundamiento sobre el tema, cfr. Fukurai (2011b, p. 2).

119 Cfr. Ministry of Justice, “Justice system reforms”. Disponible en https://www.moj.go.jp/EN/housei/servicer/kanbou_housei_chousa18.html.

pués de tres meses el fiscal sigue sin imputar cargos, debe explicar su decisión ante la comisión. Si la comisión vuelve a recomendar la acusación, esa recomendación se convierte en vinculante para el fiscal (pp. 315, 327-328).

En este último caso, se designa un abogado como asesor jurídico para que asuma las funciones del fiscal y asista a la comisión incluso en la revisión de la decisión que será vinculante (Fukurai, 2007, pp. 315, 327-328). El procedimiento es secreto, con penalidades por violar la confidencialidad (pp. 315, 339) y la comisión tiene la autoridad para convocar a testigos, consultar a expertos e interrogar a fiscales y denunciantes.

Al inicio, la población no conocía ni confiaba plenamente en los efectos del sistema de la comisión, lo que generó problemas de asistencia en las citaciones de los jurados (Fukurai, 2007, pp. 315, 325). Sin embargo, este sistema procura democratizar la justicia penal y reconstruir la confianza pública, objetivos que requieren tiempo y continuidad. Desde su implementación hasta 2011, más de medio millón de japoneses participaron, revisando casi 140000 casos y participando activamente en las deliberaciones (Fukurai, 2011a, pp. 789, 802)

... Aunque los nuevos sistemas de adjudicación no profesionales enfrentaron muchos obstáculos, la sociedad japonesa finalmente ha creado un vehículo capaz de proporcionar un control importante sobre el poder político y judicial de elite, restaurando por fin la credibilidad en el sistema legal a través de la transparencia, la participación cívica y la educación jurídica... (Fukurai, 2011a, p. 829)¹²⁰

4. Argentina

4.1 Antecedentes

La Constitución Argentina se inspiró en la de EE. UU. y, por ello, Juan Bautista Alberdi incluyó al jurado de juicio en la Constitución de 1853, vigente en los arts. 24, 75, inc. 12, y en el 116 incluso después de la reforma de 1994. Desde 2004, se han sancionado leyes de juicio por jurados en materia penal, civil y municipal, y actualmente doce jurisdicciones han positivizado este sistema, aunque algunas están en fase de implementación.

Si bien la Constitución no establece el derecho al gran jurado de acusación, un proyecto de ley encomendado en 1871 a Victorino de la Plaza y Florentino

120 “... Although the new systems of lay adjudication faced many obstacles, Japanese society has finally created a vehicle capable of providing an important check on elite political and judicial power, at last restoring credibility in the legal system through transparency, civic participation, and legal education...”.

González presentado en 1873 sí lo contemplaba en nueve de sus artículos.¹²¹ Este proyecto proponía un jurado de acusación y otro de enjuiciamiento, así como el procedimiento para su formación mediante sorteo de ciudadanos con ciertos requisitos. Preveía que serían hombres ciudadanos de 21 a 60 años que supieran leer y escribir, con un patrimonio de 300 pesos fuertes —ya sean propios o de su mujer— y que gozaran de derechos civiles y de conocida integridad. Se establecía un comisario del jurado para elaborar las listas de ciudadanos. Para formar un jurado de acusación o juicio, se sacaba de una caja la cantidad de números que representaban a los ciudadanos necesarios para el jurado de acusación y los restantes para el jurado de juicio. Se emitían citaciones con sus nombres publicados en un diario, y quienes no asistieran, podían enfrentar una multa de 40 pesos fuertes (Vázquez Rossi, 2016, pp. 121-131).

Otro antecedente que incluye el jurado de acusación se encuentra en el art. 13 del Proyecto de Código de Procedimientos en los negocios criminales, el cual establece que pueden conocer los jueces y tribunales nacionales: “Ningún juicio por delitos que corresponda conocer a los jueces y tribunales federales tendrá lugar sino en virtud de acusación acordada por un jurado...” (Caballero y Hendler, 1988, p. 58).

Aunque el proyecto no prosperó, refleja la aspiración de una sociedad con participación ciudadana en el proceso judicial previo y durante el juicio, obligatoriedad de asistencia y un jurado compuesto por ciudadanos considerados íntegros.

4.2 Facultades de investigación del Ministerio Público Fiscal

Antes de la sanción del Código Procesal Penal Federal argentino (Ley 27063)¹²² (en adelante, CPPF), las facultades de investigación y acusación no eran exclusivas del Ministerio Público Fiscal (en adelante, MPF). El Código Procesal Penal de la Nación (en adelante, CPPN), se basa en un sistema de procedimiento penal inquisitivo reformado, donde el juzgador técnico puede investigar o delegar en la fiscalía.¹²³

La Constitución Nacional, en su art. 120, establece que el MPF es el responsable de llevar adelante la investigación y acusación, adoptando así un sistema acusatorio, tal como se detalla en el art. 9 del CPPF.

121 Cfr. en particular los arts. 23, 24, 27, 28, 29, 30, 32, 38 y 39. “Proyecto de los Doctores Victorino de la Plaza y Florentino González”, en Vázquez Rossi (2016, pp. 121-131).

122 Ley 27063 con las incorporaciones dispuestas por la Ley 27272 y las modificaciones de la Ley 27482

123 Arts. 194, 196, 196 bis y ctes. del CPPN, Ley 23984.

Mariano Borinsky (2011) relataba que, cuando el juez no acusaba “... en casos complejos, de alto impacto macroeconómico e incluso gravedad institucional, la sociedad, cuyos intereses el MPF representa, muestra indiferencia, y es el fiscal, quien señala con el dedo acusador, visto como el villano de turno” (p. 819).

La frase mantiene su relevancia, dado que la sociedad actualmente expresa su desacuerdo con decisiones judiciales o acciones fiscales principalmente a través de protestas, especialmente en causas que afectan a la comunidad en general. La única excepción a esta falta de participación se encuentra en las jurisdicciones donde se ha implementado el juicio por jurados, aunque esto no ocurre a nivel federal. Además, los ciudadanos no tienen injerencia en el procedimiento previo al juicio.

El CPPF¹²⁴ establece que el MPF debe actuar bajo los principios de objetividad y lealtad procesal, al igual que lo que se menciona sobre recolección de pruebas. Al mismo tiempo, la investigación debe aspirar a tener mérito suficiente para abrir un juicio sobre conductas penalmente relevantes,¹²⁵ lo cual es similar al estándar de “causa probable” en el proceso ante un gran jurado.

El concepto “mérito suficiente” no está definido en el CPPN;¹²⁶ solo menciona la falta de mérito para procesar o sobreseer y también indica que un auto de falta de mérito puede revocarse de oficio.¹²⁷ A diferencia del *common law*, este estándar aún no ha sido desarrollado en la doctrina y jurisprudencia de nuestro país.

El mérito suficiente permite proseguir con la acción penal, en cambio,

... la declaración de la falta de mérito es el ejemplo paradigmático de ese tipo de decisiones, pues no pone fin a la acción penal ni hace imposible que continúen las investigaciones. Por el contrario, la declaración de falta de mérito habilita la posibilidad de que dichas investigaciones continúen y, por ello, mantiene viva la persecución penal de los imputados.¹²⁸

El mérito suficiente se refiere a la justificación para elevar una causa a juicio,

124 Arts. 91 y 135 del CPPF.

125 Art. 228 del CPPF.

126 Art. 309.

127 El art. 311.

128 CSJN, *Blaquier, Carlos Pedro Tadeo y otros/ inf. art. 144 bis en circ. art. 142 inc. 1, 2, 3, 5.*, 08/07/2021, Disidencia de Rosenkrantz, consid. 7°.

según lo establecido en el CPPN.¹²⁹ Este mérito debe estar fundamentado y motivado en pruebas que generen una convicción sobre la existencia del hecho, la posible responsabilidad de la persona acusada y su capacidad para ejercer su derecho de defensa en el juicio. En resumen, implica una valoración por parte del investigador, alineada con el principio del derecho penal de acto.¹³⁰

El CPPF les otorga a los fiscales la facultad de utilizar técnicas especiales de investigación como agentes encubiertos, reveladores e informantes y de celebrar acuerdos de colaboración con los imputados. Estos acuerdos les otorgan cierta inmunidad, evitando que la información proporcionada sea utilizada en su contra, lo que les permite a los fiscales obtener datos relevantes.¹³¹ Aunque son similares a las inmunidades otorgadas por un gran jurado a testigos que pueden autoincriminarse, la diferencia radica en que la declaración ante un gran jurado es obligatoria y bajo juramento de decir verdad, mientras que los acuerdos de colaboración son voluntarios y sin juramento.

El impulso de la acción pública es el primer paso para resolver conflictos. Sin embargo, para mejorar nuestro sistema republicano y democrático, como sugiere Wagner (2015), sería superador reexaminar y redefinir el concepto de acción.

Una reelaboración del concepto de acción que habilite una mayor participación ciudadana en el proceso penal podría fortalecerla vigencia del sistema normativo” y que “La incorporación ciudadana como sujeto a cargo del impulso de la acción representa una efectiva democratización del proceso y resulta un necesario control frente a la actividad del fiscal. (p. 1970)

4.3 Delitos en los que podría implementarse la participación ciudadana

Hendler (1996) concluyó que, para los delitos de corrupción en Argentina, no sería apropiado aplicar el juicio por jurados porque modificaría su esencia. En cambio, considera más adecuado y práctico utilizar el gran jurado en una modalidad especial para estos casos: “... podría ser una inteligente respuesta al reclamo legítimo e indiscutible de la comunidad frente a la corrupción...” (p. 1).

Destacó la utilidad del gran jurado en momentos de crisis de legitimidad. Estudios indican que, en EE. UU., el jurado ha sido eficaz para combatir la corrupción y regular las corporaciones (Martínez y Buscemi, 2021, p. 2, cita 14)

129 Art. 123 del CPPN.

130 Art. 228 del CPPF y ctes.

131 Arts. 182-197 del CPPF (Ley 27063 con modificaciones e incorporaciones referidas en Nota 224).

Los casos de narcocriminalidad económica han sido un problema durante décadas, requiriendo cooperación nacional e internacional. El *Informe de Gestión 2022* (Procuraduría de Narcocriminalidad, 2023, p. 81) muestra que estos delitos aumentaron entre 2009 y 2019, con la implicación de algunos casos funcionarios públicos en delitos de corrupción y criminalidad económica.¹³² Estas investigaciones, complejas y de gran impacto social, también afectan gravemente a las estructuras gubernamentales del país, que pierden legitimidad al verse vulneradas por estos hechos.

4.4 Pedidos de extradición por acusaciones realizadas por un gran jurado

En Argentina se han solicitado extradiciones de personas acusadas en EE. UU. a través del procedimiento del gran jurado. La extradición no es un juicio, sino un proceso que verifica si el delito es punible en ambos países y la identidad del acusado, respetando el debido proceso argentino.¹³³

El Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, bajo el Decreto 251/90 decide sobre las extradiciones, garantizando que se cumplan los requisitos normativos sin analizar cuestiones de fondo ni pruebas.¹³⁴ Está regulado por la Ley 24767 y protege los derechos y garantías de las personas imputadas, incluyendo el principio de “no devolución”,¹³⁵ que rechaza la extradición en caso de riesgo de vulneración de derechos.

Es necesario realizar un análisis de doble incriminación, verificando si el delito imputado tiene correspondencia en la legislación argentina, justificando así la detención.¹³⁶ En el caso Q, *Hugo Ramón s/extradición*,¹³⁷ acusado de estran-

132 Ibidem, 29, 43, 62, 63, 66, 67, 68, 69, 70, 71.

133 Ley 25126 Tratado de Extradición con EE. UU. y Ley 24767 de Cooperación Internacional en Materia Penal. La Convención de la ONU Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas aprobada por la Ley 24072 y la Ley 25632 Convención de la ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional, entre otros.

134 Fallos: 329:2523, *Pozo Gamarra, Carmen s/extradición solicitada por la República del Perú*, considerando 7° mayoría “... Es jurisprudencia de esta Corte que las solicitudes de extrañamiento no constituyen un juicio contra el reo en sentido propio y que no caben contra él otras discusiones que las referentes a la identidad del requerido y a la observancia de los requisitos exigidos por las leyes y los tratados (Fallos: 322:1564; 323:1755, 3749; entre otros)”.

135 Art. 33.1 de la Convención de Ginebra 1951, 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), 75 inc. 22 de la Constitución Nacional (CN). Se verifica el carácter de refugiado en el marco de la Ley 26165, Decreto 251/90.

136 Ley 25126, art. 8.2.c.

137 SCBA, Q, *Hugo Ramón s/Extradición*, 25/02/2008; CSJN, Fallos: 336:1263, *Quesada, Hugo Ramón s/Extradición*, 21/08/2013.

gular a su exesposa y a su padre y de apuñalar a su madre. La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (SCBA) y la CSJN confirmaron su extradición, destacando que los tratados con EE. UU., el principio de *pacta sunt servanda* y las reglas de los artículos 26, 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados garantizan que no se le impondrá la pena de muerte o que no se ejecutaría, si fuera el caso.

Este análisis de los cargos imputados por un gran jurado puede impedir una extradición si no cumplen con el requisito de doble incriminación. En el caso *De Virgiliis, Juan Carlos s/extradición*,¹³⁸ la CSJN denegó la extradición, revocando lo resuelto por el juez.

El gran jurado lo acusó de participar en una asociación ilícita para prescribir sustancias controladas y de usar recetas en blanco de otro médico. La CSJN concluyó que el juez de 1ª instancia se apartó del caso al no advertir que el delito principal era la asociación ilícita en lugar del tipificado en el art. 29 de la Ley 23737. Las extradiciones deben respetar el debido proceso y las garantías del derecho argentino.

5. Fortalezas y debilidades del sistema

5.1 Legitimidad del gran jurado

Los fiscales tienen gran influencia sobre el gran jurado porque dependen de la información y de las instrucciones que les dé el fiscal, lo que hace que el proceso sea unilateral. En EE. UU., se suele decir que “el gran jurado acusaría hasta un sándwich de jamón”.¹³⁹

Lo que la comunidad entiende y acepta que un procedimiento es justo se denomina “legitimidad percibida”.¹⁴⁰ Esta fue cuestionada en 2014 cuando dos grandes jurados decidieron no acusar a policías por abuso policial. Esto generó protestas y llamados a reformar o abolir el gran jurado por considerarlo un brazo administrativo del fiscal.¹⁴¹

Los fiscales tienen gran poder al convocar a un jurado de acusación, porque deciden qué evidencia presentar, sugieren medidas de prueba y colaboran directamente con el jurado para establecer “causa probable”. Además, pueden

138 CSJN, *De Virgiliis, Juan Carlos s/ extradición*, 27/02/2018.

139 Cfr. Harvard Law Review Association (2017, pp. 1205, 1210, nota al pie 34).

140 Cfr. Ibidem, pp. 1205, 1211.

141 Cfr. Ibidem, pp. 1205, 1206.

ofrecer acuerdos de culpabilidad, y ello, sumado a la dificultad de revisión de la acusación, aumenta su discrecionalidad y puede reducir su independencia.

El secreto de sus actuaciones protege la seguridad de los testigos y el honor de quien aún no ha sido acusado, además de fortalecer el control procesal sobre lo que se presenta y lo que no, aunque no es absoluto.¹⁴²

Un informe de 2010 de la Oficina de Estadísticas Judiciales muestra que de 162351 casos, solo 11 fueron rechazados por el gran jurado.¹⁴³ Entre 2013 y 2014, de 28885 casos, solo 14 no resultaron en acusación, representando el 0,04% del total.¹⁴⁴ En 2016, solo 6 de 25486 fueron rechazados, es decir un 0,02%.¹⁴⁵ Estos datos sugieren que la mayoría de los casos ante un gran jurado terminan en acusación o que son excepcionales los casos que los fiscales llevan ante ellos. Estas son hipótesis que requieren un estudio estadístico profundizado.

Los fiscales tienen un rol crucial en la selección de casos para el gran jurado, lo que da lugar a críticas por la posible manipulación de este proceso. Pueden presentar casos que no cumplan con el estándar de “causa probable” y excluir otros que sí lo cumplen, influenciados por posibles repercusiones políticas, teniendo en cuenta que los fiscales son elegidos por la sociedad.¹⁴⁶ Ejemplos de esto son los casos de Tamir Rice y Michael Brown, donde la percepción de falta de transparencia y manipulación provocó protestas sociales.

En el caso de Ferguson, de Missouri, el gran jurado no acusó al policía involucrado en la muerte de Tamir Rice, generando confusión sobre el proceso deliberativo interpretando que el fiscal se escondía detrás del gran jurado, por lo que la legitimidad percibida fue negativa.¹⁴⁷

En Staten Island, el fiscal Bob McCulloch usó tácticas para influir en la decisión del gran jurado. Inundó al jurado con evidencias contradictorias con el fin de evitar una acusación por la muerte de Michael Brown. Esta falta de

142 Cfr. Ibidem, pp. 1205, 1209. Cfr. In Re Petition of Bruce Craig, 131 F.3d 99 (2d Cir. 1997), Id. at 494 (supplemental opinion). Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/131/99/514494/>.

143 Para mayor abundamiento sobre las estadísticas, cfr. Harvard Law Review Association (2017, p. 1205, nota al pie 31).

144 Federal Justice Statistics, 2014 - Statistical Tables, U.S. Department of Justice Office of Justice Programs Bureau of Justice Statistics, March 2017, 12. Disponible en: <https://bjs.ojp.gov/content/pub/pdf/fjs14st.pdf>.

145 Federal Justice Statistics, 2016 - Statistical Tables, U.S. Department of Justice Office of Justice Programs Bureau of Justice Statistics December 2020, 13. Disponible en: <https://bjs.ojp.gov/content/pub/pdf/fjs16st.pdf>.

146 Para mayor abundamiento, cfr. Harvard Law Review Association (2017, pp. 1205, 1211-1213).

147 Para mayor abundamiento, cfr. Harvard Law Review Association (2017, pp. 1205, 1211-1213).

objetividad contrasta con el sistema argentino, donde se espera que el fiscal presente evidencia tanto a favor como en contra del acusado.¹⁴⁸

En casos como el de Jamar Clark en Minneapolis, Minnesota, el fiscal retiró su caso ante un gran jurado, decidió llevar a cabo la investigación y optó por no acusar, lo cual fue percibido como una falta de legitimidad por la comunidad.¹⁴⁹

Para evitar estas situaciones, se podría llegar a sugerir una mayor supervisión del actuar del fiscal sin intervenir en el rol ciudadano. En algunos estados y a nivel federal, se ha reducido la intervención del gran jurado en ciertos casos, utilizando en su lugar audiencias preliminares y contradictorias. El estado de Hawái, por ejemplo, ha incorporado la figura del abogado del Hawái para asesorar legalmente, sin participar en los interrogatorios de los testigos ni en la acusación y sin influir en las decisiones del fiscal.¹⁵⁰

Se ha propuesto como reforma permitir la participación de la defensa durante el proceso ante el gran jurado, pero en el precedente *US v. Williams*¹⁵¹ quedó zanjado que no es posible en el proceso a nivel federal porque no es un procedimiento contradictorio.¹⁵²

Permitirles a los acusados presentar evidencias que contrarresten las de la fiscalía con la posibilidad de evitar un *indictment* evitaría el dispendio el jurisdiccional y la realización de juicios que podrían no superar el estándar de causa probable. Asimismo, optimizaría el trabajo del fiscal por tener la posibilidad de reconducir la investigación.

En un escenario hipotético, en el que una persona es acusada por un gran jurado y condenada por un jurado, y luego la defensa solicita la revocación de la acusación, y esta es aceptada, se demostraría que no solo no tuvo sentido la realización del juicio, sino que también se le restó legitimidad a la institución del gran jurado.

En el 2015, se propuso una reforma del gran jurado¹⁵³ para aumentar la transparencia, exigiendo que los fiscales informen sobre su manejo del proceso sin revelar detalles de las evidencias o testigos, como una forma de rendir cuentas debido a su elección popular y responsabilidad social.¹⁵⁴

148 Cfr. Harvard Law Review Association (2017, pp. 1205, 1213, nota al pie 46). *United States v. Williams*, 504 U.S. 36 (1992).

149 Cfr. Harvard Law Review Association (2017, pp. 1205, 1214-1215).

150 Cfr. Ibidem, pp. 1205, 1222-1223.

151 Cfr. *United States v. Williams*, 504 U.S. 36 (1992).

152 Cfr. Harvard Law Review Association (2017, pp. 1205, 1223).

153 Cfr. Harvard Law Review Association (2017, pp. 1205, 1225, nota al pie 114).

154 Cfr. Ibidem, pp. 1205, 1225.

5.2 Ante un *no bill* se puede volver a presentar el caso ante otro gran jurado

Cuando un gran jurado se niega a acusar, los fiscales tienen la posibilidad de presentar el mismo caso ante otro jurado, utilizando evidencia nueva, pero limitada a la prueba obtenida en otro proceso anterior (Cardero, 2008, p. 4).

Un ejemplo es el caso *Zenger*,¹⁵⁵ en el que, tras cuatro intentos, se obtuvo una acusación que llevó al dueño de la imprenta a un juicio por jurados por difamación sediciosa. Una vez declarado no culpable, se lo dejó de perseguir penalmente por la prohibición de doble juzgamiento *double jeopardy*, que aplica sólo cuando existe una sentencia y no cuando se trata de una negativa al impulso de la acción penal. Las estrategias procesales del fiscal, como presentar el caso repetidamente o seleccionar evidencias a su discreción, incluso cuando no tiene obligación de hacerlo, pueden desvirtuar el proceso para evitar un juicio y el reclamo popular.

En Argentina, el archivo por falta de mérito no extingue la acción penal y podría continuarse con la acción. En este sentido, ambos sistemas son compatibles. Sin embargo, nuestro país se rige por el principio de legalidad¹⁵⁶ y las acciones penales deben impulsarse de oficio, excepto las privadas;¹⁵⁷ aunque existe una imposibilidad práctica para concretarlo. La reforma del CPPF introduce el principio de oportunidad,¹⁵⁸ pero no incluye la participación ciudadana en estas decisiones. Para ello, se requeriría un cambio legislativo que otorgue mayores atribuciones a los fiscales y permita la intervención de un gran jurado u otros mecanismos de participación antes del juicio.

5.3 La defensa no tiene derecho a realizar un *voir dire* en un gran jurado

En la selección de jurados se busca imparcialidad y representatividad, siendo esta última crucial en el proceso de selección de un gran jurado. Esto es relevante porque, para emitir un *true bill* no se requiere unanimidad, y cualquier interés particular de un jurado no afectaría el *indictment*. Además, en un juicio con un jurado pequeño, la defensa tiene la posibilidad de participar en la selección de un jurado imparcial y representativo. Por ello, los jueces son reacios a su revisión, salvo que haya un vicio en la conformación del jurado.¹⁵⁹

155 Ver acápite 3.1 del presente.

156 Art. 18 de la CN.

157 Art. 71 del Código Penal Argentino.

158 Art. 30 del CPPF.

159 Cfr. *United States v. Kaczynski*, U.S. District Court for the District of Montana - 923 F. Supp. 161 (D.

En Argentina, los fiscales tienen el deber de objetividad que implica agotar todas las líneas de investigación. La defensa puede ejercer su derecho desde el inicio del proceso,¹⁶⁰ por lo tanto, si existiera un jurado de acusación, la defensa tendría derecho a participar en la selección de jurados, convirtiendo el proceso en uno contradictorio.

5.4 Problemas con el tipo de evidencia que pueden valorar

El procedimiento criminal ante un gran jurado, en lo que respecta a la recolección de evidencias, es distinto al de un pequeño jurado. En el segundo, las Reglas de Evidencia¹⁶¹ regulan el tratamiento de la prueba, mientras que en el primero no se aplican. El testimonio de oídas, admitido en la acusación y no en juicio, salvo excepciones, se encuentra regulado en las Reglas Federales de Evidencia 801¹⁶² y 802,¹⁶³ como lo establece la Corte Suprema en *Costello v. United States*.¹⁶⁴

Las instrucciones que brinda el fiscal sobre el estándar de “causa probable” indican que la evidencia tiene que ser legalmente suficiente, competente y admisible.

Anderson et al. (2005, pp. 106-107) hacen una distinción entre la competencia y la credibilidad de la evidencia: un testigo es competente si se encontraba en posición de hacer una observación y recordar con coherencia, mientras que la credibilidad se refiere a la veracidad, objetividad y sensibilidad observacional del testimonio.

Patterson señala que quienes critican el uso de testimonio de oídas argumentan que limita la función histórica del gran jurado como un amortiguador independiente entre el gobierno y el acusado, distorsionando la percepción que puedan tener los ciudadanos de la evidencia.¹⁶⁵ Surge la pregunta de si es admisible presentar información de baja calidad ante un gran jurado, información que

Mont. 1996). Cfr. con cita en: *United States v. Civella*, 648 F.2d 1167, 1173 (8th Cir.); *Bank of Nova Scotia v. United States*, 487 U.S. 250, 254, 108 S. Ct. 2369, 2373, 101 L. Ed. 2d 228 (1988)

160 Art. 6 del CPPF.

161 Reglas de Evidencia de Estados Unidos (2016). En Federal Rules Of Evidence, Gobierno de Estados Unidos.

162 Regla 801 (c) (2016) “HEARSAY. “Hearsay” means a statement that: (1) the declarant does not make while testifying at the current trial or hearing; and (2) a party offers in evidence to prove the truth of the matter asserted in the statement”. En Federal Rules Of Evidence. Gobierno de Estados Unidos.

163 Cfr. Regla 802. (2016). En Federal Rules Of Evidence. Gobierno de Estados Unidos.

164 Cfr. *Costello v. United States*, 350 U.S. 359 (1956).

165 Cfr. Patterson (1983, p. 192).

no sería aceptada en un juicio. Aunque su uso no cambiaría el peso probatorio, podría proporcionar tiempo adicional para recolectar evidencia admisible conforme a las Reglas Federales de Evidencia antes del inicio del debate.

Es contradictorio tener diferentes reglas de admisibilidad para alcanzar distintos estándares; si el gran jurado puede valorar elementos no admitidos luego, esto podría debilitar un caso que no debería llegar a juicio. En Argentina, el MPF tiene libertad probatoria según el CPPF, incluso fuera de los parámetros regulados en el Código. Al igual que en EE. UU., el límite es el constitucional: la recolección de evidencia, bajo los principios de lealtad procesal y objetividad, no debe vulnerar derechos ni garantías constitucionales ni obstaculizar el control por parte de los demás intervinientes.¹⁶⁶

En nuestro sistema acusatorio y adversarial, una investigación unilateral es incompatible con el estándar de mérito para el juicio. El CPPF¹⁶⁷ asegura la igualdad de armas, reservando información excepcionalmente solo por unos días para garantizar la investigación.¹⁶⁸

5.5 Problemas respecto a la autoincriminación y defensa en juicio

En EE. UU., las personas investigadas declaran bajo juramento, lo que significa que, si faltan a la verdad, cometen perjurio.¹⁶⁹ El gran jurado puede otorgar inmunidades para que testifiquen, protegiéndolas de ser procesadas con su propia declaración.

La Ley Procesal Penal Federal Argentina garantiza el derecho a la defensa y el debido proceso, permitiéndoles a las personas acusadas guardar silencio sin que esto pueda valorarse en su contra. Pueden prestar declaración cuantas veces lo deseen en cualquier etapa del proceso,¹⁷⁰ y está prohibido hacerlas declarar bajo juramento,¹⁷¹ lo que se basa en los derechos de protección a la intimidad y privacidad, así como en evitar la autoincriminación.¹⁷²

166 Arts. 91, 134, 135 del CPPF.

167 Art. 228 del CPPF.

168 Arts. 228 y ss. del CPPF.

169 18 U.S.C. § 1621 (2021).

170 Arts. 65, 70 y ss. del CPPF.

171 Art. 72 del CPPF.

172 Art 13 del CPPF; arts. 18, 19 y 75, inc. 22 de la CN; art. 8 de la CADH; art. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El juramento es una costumbre arraigada desde antes de la independencia de EE. UU.; los testigos que juraban decir verdad tenían mayor credibilidad frente a quienes no lo hacían, bajo la lógica de que quienes tenían más probabilidades de mentir eran los acusados (Fisher, 2018, pp. 119-124). En 1864, *Maine* fue la primera jurisdicción que les permitió a los acusados testificar bajo juramento, seguido rápidamente por el resto de los Estados.

A diferencia de EE. UU., donde los testigos ante un gran jurado no pueden contar con asistencia letrada durante la audiencia, en Argentina los acusados tienen derecho a asistencia legal desde el inicio del proceso,¹⁷³ lo cual es incompatible con el sistema estadounidense según la Constitución Nacional y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos.

5.6 Costos de un gran jurado

En EE. UU., cada estado y el Gobierno federal regulan el número de jurados y los costos asociados a su servicio. Según la Corte Suprema de EE. UU., el salario diario de un jurado es de USD 50, aumentando a USD 60 si el servicio se extiende más de 45 días. Los empleados del Gobierno no reciben pago adicional, dado que su tiempo de servicio se considera un día de trabajo habitual, mientras que los empleados del sector privado sí son remunerados y no pueden ser despedidos ni coaccionados por sus empleadores. Además, se proveen viandas diarias, alojamiento y viáticos.¹⁷⁴ En resumen, el salario diario, las comidas y los traslados son los tres ítems que conforman el costo de cada jurado, y el costo total depende de la cantidad de jurados y días de servicio, mientras que otros costos son cubiertos por la administración judicial.

En un informe sobre costos de implementación de juicio por jurados en la Ciudad autónoma de Buenos Aires (CABA) (Consejo de la Magistratura, 2020, pp. 18-19), se analizaron las planillas de rendición de juicios por jurados realizados en las provincias de Neuquén y Buenos Aires; el informe destaca que los costos no representan una barrera para su implementación, dependiendo del número de jornadas y ciudadanos involucrados.

173 Art. 65 d) del CPPF; art. 8.e) de la CADH.

174 Juror Pay, United State Courts. Disponible en: <https://www.uscourts.gov/services-forms/jury-service/juror-pay>.

6. Conclusión

La implementación de un instituto como el gran jurado no resolverá los problemas estructurales del sistema judicial argentino, debido a sus múltiples aristas. Estos incluyen una superposición de conflictos en materia de política criminal y penitenciaria, presupuesto, la lenta transferencia de competencias penales,¹⁷⁵ la coexistencia de distintos sistemas procesales en un mismo territorio,¹⁷⁶ el funcionamiento de las fuerzas de seguridad y la profesionalización de los protocolos de investigación penal, entre otros.

La intervención del pueblo podría brindar mayor transparencia y legitimidad en ciertos conflictos penales que afectan la seguridad, la paz social, la economía, y la confianza en las instituciones del Estado Argentino. A pesar del compromiso de Argentina en el Protocolo de Palermo para prevenir y erradicar delitos de corrupción, narcotráfico, y lavado de activos, aún no han implementado procesos penales eficaces y legitimados por la sociedad.

Históricamente, la ciudadanía ha sido una fuente de legitimidad del poder. Desde las culturas antiguas, el pueblo ha sido convocado para acusar y juzgar incluso impulsado por la realeza, que, aunque representaba el poder divino, buscaba la aprobación popular. A lo largo de la historia, como en los casos *Bushel* y *Zenger*, los jurados sometidos al poder monárquico han defendido la libertad de culto y de expresión por encima de los intereses de sus gobernantes y, este último, preparó el camino hacia la independencia de EE. UU. Por ello, se incluyeron en la Quinta y Sexta Enmienda de la Constitución los jurados de acusación y de juicio, y al primero se lo identifica como “el Escudo y la Espada” de la sociedad.

Aunque la participación ciudadana en la justicia en algunos países ha desaparecido o mutado, en Argentina ha sido importante desde 1853 y sigue vigente tras la reforma de 1994. A pesar de varios intentos de legislar su inclusión a nivel federal, como el proyecto de 1871 de Florentino González y Victorino de la Plaza, que proponía dos tipos de jurados: uno de acusación y otro de juicio, la necesidad de legitimación social en el sistema de justicia federal aún no se ha concretado.

175 1º Convenio, aprobado por la Ley Nacional 25752/2003 y la Ley de la Caba 597/2001; 2º Convenio, aprobado por la Ley Nacional 26357/2008 y la Ley de la Caba 2257/2006; 3º Transferidos por Ley 26702/2011 aceptada por Ley Caba 5935/2017.

176 En la CABA, aún se aplica el Código Procesal Penal de la Nación Ley 23984 derogado por el Código Procesal Penal Federal Ley 27063 con las incorporaciones dispuestas por la Ley 27272 y las modificaciones introducidas por la Ley 27482, aún en vías de implementación progresiva para delitos federales y para delitos ordinarios de la CABA que no hayan sido traspasados al fuero de la CABA, en donde rige el Código Procesal Penal de la CABA Ley 2303 y la Ley de juicio por jurados 6451.

Desde hace tiempo, se manifiesta de diversas formas. En EE. UU., persisten el gran jurado y el pequeño jurado en los ámbitos penal y civil, y en California y Florida, grandes jurados civiles recomiendan mejoras en la gestión municipal. En el Reino Unido y Canadá, conservan jurados forenses *Coroner's Jury* para investigar causas de muerte y emitir recomendaciones. Japón tiene comisiones con jurados que revisan acusaciones cuyas decisiones son vinculantes.

La participación ciudadana está contemplada¹⁷⁷ en nuestro país en el CPPF y en nuestra carta magna. Desde 2004, se implementaron juicios por jurados en 12 jurisdicciones. En el mismo sentido, la CSJN se pronunció en el fallo *Canales*¹⁷⁸ del año 2019. Y, en los últimos años, se han presentado más de ocho proyectos de Ley Federal de Juicio por Jurados.¹⁷⁹

La clave es determinar si la ciudadanía podrían tener un rol en etapas previas al juicio para mejorar la legitimidad del sistema. Si se considera útil, se podría comenzar por los casos de alto interés social. Reconsiderar el uso del gran jurado y sus variantes podría ayudar a abordar la confianza en nuestras instituciones. Para Cardero (2008, p. 2), el gran jurado es considerado una poderosa herramienta de investigación contra la impunidad criminal, protegida por el secreto. Sólo en casos excepcionales se permite divulgar investigaciones.

Las críticas comunes hacia los jurados son su costo y la falta de conocimiento jurídico, pero en jurisdicciones donde se aplican no han representado ningún obstáculo.

En EE. UU., aunque el gran jurado no se incorporó como un derecho fundamental de un debido proceso y pese a las críticas de legitimidad, continúa vigente especialmente en casos complejos. Comparando con Argentina, donde rige un sistema positivista basado en el *civil law*, las diferencias en la concepción de un debido proceso son diferentes, especialmente en la fase de acusación; el sistema norteamericano está regido por el *common law*, donde los precedentes judiciales son vinculantes y crean derecho.

El debido proceso argentino se diferencia del estadounidense por el modo en el que se conciben algunas garantías. Ello es manifiesto respecto de la garantía de autoincriminación: en EE. UU., los imputados declaran bajo juramento de decir verdad, mientras que en Argentina está prohibido. Además, en EE. UU., las declaraciones de los sospechosos no requieren asistencia letrada, lo

177 23 del CPPF; arts. 24, 75 inc. 12, 118 de la CN.

178 CSJN, *Canales, Mariano Eduardo y otro s/homicidio agravado - impugnación extraordinaria*, 02/05/2019

179 Expedientes HCDN: 6699-D-2022; 6674-D-2022; 2568-D-2022; 0928-S-2023; 0591-S-2023; 0204-D-2023; 0185-D-2023; 0004-D-2023.

cual sería inconcebible en nuestro país. Además, la investigación en EE. UU. es unilateral, mientras que en Argentina es bilateral desde el inicio en la cual el Ministerio Público Fiscal tiene la potestad exclusiva de investigar y acusar.

Las facultades de los fiscales generales y especiales en EE. UU. son más amplias que en Argentina, especialmente en términos de disponibilidad de la acción, dado que el fiscal no puede delegar esa facultad ni compartirla. Sin embargo, los fiscales podrían considerar adecuado consultar a un grupo de ciudadanos representativos para colaborar en la decisión de una acusación. A su vez, la sociedad podría demandar participación en esta etapa procesal, lo que necesita una ley que se adapte a nuestro sistema de justicia. Esto no requeriría importar el sistema extranjero de manera idéntica, pero podría adaptarse para fortalecer la participación ciudadana tal y como se hizo con figuras como la suspensión del juicio a prueba *probation*, el juicio abreviado *Plea Bargaining* y el jurado de juicio *petit jury*. El jurista Hendler (1996, p. 1), ha señalado que la participación ciudadana en el proceso penal es más adecuada en la etapa de acusación, especialmente para delitos de corrupción. Siguiendo esta lógica, un jurado podría ser solicitado como apoyo al Ministerio Público Fiscal en casos complejos o gravedad institucional, como la corrupción o la narcocriminalidad.

Finalmente, la sanción del CPPF representa un paso hacia un sistema acusatorio-adversarial en todo el país con participación de jurados, lo que sugiere que no es prematuro considerar la implementación de un gran jurado de acusación en cualquiera de sus variantes. La participación ciudadana, en todas las ramas del Estado, legitima las instituciones que buscan la validación de quienes tienen el poder originario. Esto es saludable en un Estado democrático y republicano de derecho.

Bibliografía

- Administrative Office of the United States Courts. (s.f.). *Handbook Of Federal Grand Jurors*. <https://www.uscourts.gov/sites/default/files/grand-handbook.pdf>.
- Anderson, T., Schum, D. y Twining, W. (2005). *Análisis de la prueba* (Trad. de la 2ª ed. inglesa de Cambridge University Press). Marcial Pons.
- AP. (2 de agosto de 2023). Trump fue imputado en un tercer caso penal: así están las investigaciones en su contra. *France 24*. <https://www.france24.com/es/ee-uu-y-canad%C3%A1/20230801-trump-fue-imputado-en-un-tercer-caso-penal-as%C3%AD-est%C3%A1n-las-investigaciones-en-su-contr>.

- Arrieta Caro, J. (2017). Apogeo y declive del derecho constitucional a un juicio por jurado para causas penales en los Estados Unidos. *Derecho PUCP*, (78), 129-169. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201701.006>.
- Artigas Cabrera, G. J. (s.f.). *El gran jurado o Jurado de acusación como sustituto garantista del Juez de Instrucción*. <https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/elgranjurado.htm>.
- Barack Obama se presentó para servir como jurado en una Corte de Cook pero no fue seleccionado. (8 de noviembre de 2017). Infobae. <https://www.infobae.com/america/eeuu/2017/11/08/barack-obama-se-presento-para-servir-como-jurado-en-una-corte-de-cook-pero-no-fue-seleccionado/>.
- Bianchi, A. B. (1999). *El juicio por jurados. La participación popular en el proceso*. Abaco de Rodolfo Depalma.
- Borinsky, M. H. (2011). La autonomía de investigación del Ministerio Público Fiscal. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, (5), 819-822.
- Brown, C. y Cole, J. P. (2019). *Special Counsel Investigations: History, Authority, Appointment and Removal*. Congressional Research Service. <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R44857/11>.
- Bureau of Justice Statistics. (2017). *Federal Justice Statistics, 2014- Statistical Tables*. Office of Justice Programs, U.S. Department of Justice. <https://bjs.ojp.gov/content/pub/pdf/fjs14st.pdf>.
- Bureau of Justice Statistics. (2020). *Federal Justice Statistics, 2016- Statistical Tables*. Office of Justice Programs, U.S. Department of Justice. <https://bjs.ojp.gov/content/pub/pdf/fjs16st.pdf>.
- Caballero, R. J. y Hendler, E. S. (1988). *Justicia y participación. El juicio por jurados en materia penal*. Ed. Universidad.
- Cardero, J. L. (29 de julio de 2008). El sistema del gran jurado. Una realidad efectiva en los Estados Unidos. Su aplicación a la realidad argentina. *La Ley*. TR LALEY AR/DOC/1630/2008.
- Chiado, N. (2019). Constitutional Frankenstein: The Grand Jury Without Checks. *New México Law Review*, 49(2), 370-383. <https://digitalrepository.unm.edu/nmlr/vol49/iss2/8/>.
- Consejo de la Magistratura. (2020). *Informe Evolutivo Presupuestario s/ los Costos de Implementación del Juicio por Jurados en la CABA*. Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. <https://consejo.jusbaires.gob.ar/institucional/comisiones/transferencia-del-poder-judicial-de-la-nacion-y-del-ministerio-publico-de-la-nacion-a-la-caba/comision-de-transferencia-del-poder-judicial-de-la-nacion-y-del-ministerio-publico-de-la-nacion-a-la-ciudad-autonoma-de-buenos-aires/?doc=034232DDDDFF76F917F2444043A79D4D>.
- Coroner's jury examines final moments of Myles Gray's life. (13 de abril de 2023). GlobalNews. <https://globalnews.ca/video/9637736/coroners-jury-examines-final-moments-of-myles-grays-life>.
- Documentos clasificados en Mar-a-Lago: Donald Trump se enfrenta a 37 cargos. (9 de junio de 2023). France 24. <https://www.france24.com/es/ee-uu-y-canad%C3%A1/20230609-documentos-clasificados-en-mar-a-lago-donald-trump-se-enfrenta-a-37-cargos>.
- El sospechoso de la filtración de documentos del Pentágono se declara no culpable. (21 de junio de 2023). Infobae. <https://www.infobae.com/america/agencias/2023/06/21/el-sospechoso-de-la-filtracion-de-documentos-del-pentagono-se-declara-no-culpable/>.
- Fisher, G. (2018). *El origen del jurado como detector de mentiras* (Trad. J. A. Andino López). Marcial Pons.
- Frank A. Rubino. (s.f.). *El Rol Del Gran Jurado En Casos De Drogas*. <https://www.frankrubino.com/inicio/delitos-de-drogas/el-rol-del-gran-jurado-en-casos-de-drogas/>.

- Frey, R. W. (2022). Incorporation, Fundamental Rights, and the Grand Jury: *Hurtado v. California* Reconsidered. *Virginia Law Review*, 108(7), 1613-1656. https://virginialawreview.org/wp-content/uploads/2022/12/Frey_Book.pdf.
- Fukurai, H. (2007). The Rebirth of Japan's Petit Quasi-Jury and Grand Jury Systems: A Cross-National Analysis of Legal Consciousness and the Lay Participatory Experience in Japan and the U. S. *Cornell International Law Journal*, 40(2), article 2, 315-354. <https://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol40/iss2/2/>.
- Fukurai, H. (2011a). Japan's Quasi-Jury's and Grand Jury Systems as Deliberative Agents of Social Change: De-Colonial Strategies and Deliberative Participatory Democracy. *Chicago-Kent Law Review*, 86(2), 789-829. <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3801&context=cklawreview>.
- Fukurai, H. (2011b). Japan's Prosecutorial Review Commissions: Lay Oversight of the Government's Discretion of Prosecution. *University Of Pennsylvania East Asia Law Review*, 6, 1-42. <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1049&context=ealr>.
- Fukurai, H. (2013). A Step in the Right Direction for Japan's Judicial Reform: Impact of the Justice System Reform Council Recommendations on Criminal Justice and Citizen Participation in Criminal, Civil, and Administrative Litigation. *Hastings and Comparative Law Review* 36, 517-566. https://repository.uclawsf.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1786&context=hastings_international_comparative_law_review.
- García Moreno, J. M. (2004). El juicio penal con Jurado en Inglaterra y Gales. *Revista Jueces para la democracia*, (50), 87-100. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/964199.pdf>.
- Guzmán, A. (22 de noviembre de 2022). El qué y porque desde Washington: Qué es un fiscal especial, y cuánto poder tiene. *Los Ángeles Times*. <https://www.latimes.com/espanol/opinion/articulo/2022-11-22/el-que-y-porque-desde-washington-que-es-un-fiscal-especial-y-cuanto-poder-tiene>.
- Harfuch, A. (2019). *El veredicto del jurado* (1ª ed.). Ad-Hoc.
- Harvard Law Review Association. (2017). Restoring Legitimacy: the grand jury as the prosecutor's administrative agency. *Harvard Law Review*, 130(4), 1205-1226. <https://harvardlawreview.org/print/vol-130/restoring-legitimacy/>.
- Hendler, E. (2001). Jurados de acusación y fiscales especiales: la corrupción y la experiencia de los estados unidos. *La Ley*. TR LALEY AR/DOC/10596/2001.
- Hendler, E. S. (2006). *El juicio por jurados. Significados, genealogías, incógnitas* (1ª ed.). Editores del Puerto.
- Histórico: *Gran Jurado federal de Miami acusa a expresidente Donald Trump de mal manejo de documentos confidenciales*. (10 de junio de 2023). Asociación Argentina de Juicio por Jurado. <http://www.juicioporjurados.org/2023/06/historico-gran-jurado-federal-de-miami.html?m=1>.
- Lara, O. (29 de junio de 2023). Gran jurado declina imputar cargos criminales contra Travis Scott. *Telemundo Houston*. <https://www.telemundohouston.com/noticias/local/as-troworld-travis-scott-podria-enfrentar-cargos-penales/2340644/>.
- Los detalles del caso por el que Donald Trump fue declarado culpable de 34 delitos en un histórico juicio en Nueva York*. (30 de mayo de 2024). BBC News Mundo. <https://www.bbc.com/mundo/articles/c800673y0yro>.
- Martínez, A. y Buscemi, M. A. (2021). *El juicio por jurados como arma para la lucha contra la*

- corrupción y criminalidad económica. <https://olegisar.org/el-juicio-por-jurados-como-arma-para-la-lucha-contra-la-corrupcion-y-la-criminalidad-economica/>.
- Ministerio Público Fiscal. (20 de mayo de 2016). *En línea con lo solicitado por el MPF, declararon procedente la extradición de “Mi Sangre”*. <https://www.fiscales.gob.ar/narcocriminalidad/en-linea-con-lo-solicitado-por-el-mpf-declararon-procedente-la-extradicion-de-mi-sangre/>.
- Nakanome, Y. y Yanagawa, S. (s.f.). *Código De Procedimientos Penales*. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5850/12.pdf>.
- National Association of Criminal Defense Lawyers. (2018). *The Trial Penalty: The Sixth Amendment Right To Trial On The Verge Of Extinction And How To Save It*. <https://www.nacdl.org/Document/TrialPenaltySixthAmendmentRighttoTrialNearExtinct>.
- Patterson, B. A. (1983). The Prosecutor's Unnecessary Use Of Hearsay Evidence Before The Grand Jury. *Washington University Law Quarterly*, 61(191), 191-208. <https://journals.library.wustl.edu/lawreview/article/2200/galley/19033/view/>.
- Polantz K. y Murray S. (13 de febrero de 2023). Publicarán esta semana partes del informe del gran jurado especial que investigó a Trump en Georgia. CNN. <https://cnnespanol.cnn.com/2023/02/13/publicaran-partes-informe-gran-jurado-especial-trump-georgia-trax/>.
- Procuraduría de Narcocriminalidad. (2023). *Informe de Gestión 2022*. Ministerio Público Fiscal. <https://www.fiscales.gob.ar/narcocriminalidad/la-procuraduria-de-narcocriminalidad-presento-su-informe-de-gestion-2022/>.
- ¿Qué delitos se le imputan a Trump en el caso de los documentos clasificados? (14 de junio de 2023). Página 12. <https://www.pagina12.com.ar/558129-que-delitos-se-le-imputan-a-trump-en-el-caso-de-los-document>.
- Rauch S. (9 de diciembre de 2022). Coroner's jury in death of Cree teen calls for reform of services for children in care. *British Columbia*. <https://www.cbc.ca/news/canada/british-columbia/coroners-jury-verdict-traevon-chalifoux-desjarlais-1.6679979>.
- Research Guide 233, Criminal Justice Records. (Marzo de 2023). Archives of Ontario. p. 5. http://www.archives.gov.on.ca/en/access/documents/research_guide_233_criminal_justice.pdf.
- Sneed T., Lybrand H., Cohen M., Cohen Z., Cole D., Rabinowitz H., Polantz K. y Gannon C. (1 de agosto de 2023). Acusan a Trump en la investigación federal sobre la interferencia en las elecciones de 2020. CNN. <https://cnnespanol.cnn.com/2023/08/01/trump-acusacion-fiscal-jack-smith-elecciones-trax/>.
- Superior Court of California County Of Sonoma. (2022). *Gran Jurado Civil Condado de Sonoma. Informe Final 2021-2022*. <https://sonoma.courts.ca.gov/system/files/2021-2022-grand-jury-summary-report-spanish.pdf>.
- Superior Court Of California County Of Sonoma. (2023). *The Sonoma County Civil Grand Jury 2023-2024 Policies and Procedures Manual*. <https://sonoma.courts.ca.gov/system/files/grand-jury/grand-jury-policies-and-procedure-manual.pdf>.
- Swartz, M. (20 de julio de 2017). A Trying Time on a Grand Jury. *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/2017/07/20/opinion/texas-jury-jeronimo-yanez-police.html>.
- The Sonoma County Civil Grand Jury 2023-2024 Policies and Procedures Manual. (Junio 2023). *Superior Court Of California County Of Sonoma*. <https://sonoma.courts.ca.gov/system/files/grand-jury/grand-jury-policies-and-procedure-manual.pdf>.

- Tudor, C. E. (2011). The Federal Antitrust Agencies Engaged in the Application of the Antitrust Laws. *ACTA Universitatis Lucian Blaga*, 2011(1). <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/asunlub2011&i=72>
- Un gran jurado acusa a Trump de intentar alterar el resultado electoral en Georgia (EEUU). (15 de agosto de 2023). Swissinfo. https://www.swissinfo.ch/spa/eeuu-trump_un-gran-jurado-acusa-a-trump-de-intentar-alterar-el-resultado-electoral-en-georgia-eeuu-/48735694.
- Un gran jurado de EEUU imputa formalmente de seis cargos al joven que presuntamente filtró documentos del Pentágono. (16 de junio de 2023). Europapress. <https://www.europapress.es/internacional/noticia-gran-jurado-eeuu-imputa-formalmente-seis-cargos-joven-presuntamente-filtro-documentos-pentagono-20230616012139.html>.
- Un gran jurado en Georgia imputa a Trump cargos criminales por intentos de revertir los resultados electorales en ese estado. (14 de agosto de 2023). Telemundo. <https://www.telemundo.com/noticias/noticias-telemundo/justicia/gran-jurado-imputa-trump-georgia-cargos-criminales-elecciones-2020-rcna99829>.
- Vassallo, G. (5 de abril de 2023). Donald Trump se declaró “no culpable” de 34 delitos y quedó libre. *Página 12*. <https://www.pagina12.com.ar/537923-donald-trump-se-declaro-no-culpable-de-34-delitos-y-quedo-li>.
- Vázquez Rossi, J. E. (2016). *Crisis de la justicia penal y tribunal de jurados* (2ª ed. ampliada y actualizada). Rubinzal-Culzoni Editores.
- Vélez Rodríguez, E. (2015-2016). El modelo de jurado norteamericano: Antecedente histórico y función orgánica. *Revista Jurídica UIPR*, 255-289. <http://www.derecho.inter.edu/wp-content/uploads/2022/01/EL-MODELO-DE-JURADO-NORTEAMERICANO-ANTECEDENTE-HISTORICO-Y-FUNCION-ORGANICA-.pdf>.
- Wagner, F. (2015). Una relativización del principio de oficialidad con el propósito de posibilitar la participación ciudadana como control popular de la acusación. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, (10), 1965-1970.
- Washington University in St. Louis. (1963). Notes, The Rules of Evidence as a Factor in Probable Cause In Grand Jury Proceedings and Preliminary Examinations. *Grand Jury Proceedings, Washington University Law Quarterly*, 102-124. <https://journals.library.wustl.edu/lawreview/article/2402/galley/19235/view/>.
- Williams, J. B. (1971). Organized Crime Control Act of 1970: Introduction. *University of Michigan Journal of Law Reform*, 4. <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2417&context=mjlr#:~:text=The%20purpose%20of%20the%20Organized,deal%20with%20unlawful%20act%2D%20vities>.

LA REGULACIÓN DEL *BLOCKCHAIN* EN EL PERÚ Y SU INCIDENCIA EN LA EMISIÓN Y CREACIÓN DE TÍTULOS VALORES

Blanca Lizbeth Carrasco Delgado

Universidad Continental
45148075@continental.edu.pe

Recibido: 11/08/2024

Aceptado: 24/10/2024

Resumen

El presente trabajo analiza la regulación del *blockchain* en Perú y su impacto en la emisión y creación de títulos valores. Se busca entender cómo esta tecnología puede transformar el sector financiero peruano, incrementando la eficiencia, la seguridad y la transparencia. Además, se abordan los presupuestos necesarios para una regulación justa del *blockchain*, considerando experiencias internacionales y comparadas que pueden ser útiles para el derecho peruano. Se examina cómo puede favorecer a la mayoría de los peruanos en un contexto de informalidad y falta de acceso al sistema financiero, con especial atención a los sectores más desfavorecidos. La investigación concluye que, aunque existen desafíos significativos, la colaboración entre desarrolladores de tecnología, reguladores y participantes del mercado es esencial para desbloquear todo el potencial del *blockchain* y asegurar su integración sostenible en el sector financiero.

Palabras clave: *blockchain*, regulación, títulos valores, Perú, tecnología financiera, emisión de títulos, seguridad, transparencia.

The Regulation of Blockchain in Peru and Its Impact on the Issuance and Creation of Securities

Abstract

This paper analyzes the regulation of blockchain in Peru and its impact on the issuance and creation of securities. It aims to understand how this technology can transform the Peruvian financial sector by increasing efficiency, security, and transparency. Additionally, it addresses the necessary frameworks for fair blockchain regulation, considering international and comparative experiences that can benefit Peruvian law. The study examines how blockchain can benefit most Peruvians in a context of informality and lack of access to the financial system,

with particular attention to the most disadvantaged sectors. The research finds that despite significant challenges, collaboration between technology developers, regulators, and market participants is essential to unlock the full potential of blockchain and ensure its sustainable integration into the financial sector.

Key words: blockchain, regulation, securities, Peru, financial technology, issuance of securities, security, transparency.

1. Introducción

El *blockchain*, una tecnología emergente con raíces en la criptografía y la descentralización, ha captado la atención global debido a su potencial disruptivo en numerosos sectores, particularmente en el financiero. Este sistema de registro distribuido ofrece una manera innovadora de verificar y registrar transacciones de manera segura y transparente, eliminando la necesidad de intermediarios tradicionales y garantizando la integridad de los datos mediante la criptografía avanzada.

En el ámbito financiero, no solo promete eficiencia y seguridad mejoradas, sino que también abre nuevas oportunidades en la creación y emisión de títulos valores. Estos instrumentos financieros, fundamentales para la economía global, enfrentan desafíos significativos en términos de velocidad, costos y seguridad en los procesos tradicionales de emisión y gestión. Aquí es donde esta tecnología puede ofrecer soluciones transformadoras al permitir la emisión de títulos de manera más rápida, eficiente y segura.

Sin embargo, a pesar de su potencial, la implementación en la creación y emisión de títulos valores no está exenta de desafíos y cuestionamientos. Es crucial explorar cómo esta tecnología afecta los sistemas jurídicos y regulatorios existentes, así como identificar las implicaciones económicas de su adopción masiva en el mercado financiero global.

El presente artículo tiene como objetivo principal explorar y analizar los principales impactos del *blockchain* en la creación y emisión de títulos valores. Se abordarán tanto las ventajas potenciales como los desafíos inherentes, así como las implicaciones legales y económicas que surgen de su aplicación en este contexto específico. A través de este análisis, se busca proporcionar una visión comprensiva y fundamentada sobre el papel transformador en el ámbito de los títulos valores, contribuyendo así al entendimiento y debate en torno a esta tecnología innovadora en el sector financiero contemporáneo.

2. Desarrollo

El *blockchain* ha surgido como una de las tecnologías más transformadoras de nuestro tiempo, ofreciendo nuevas formas de registrar y verificar transacciones de manera descentralizada y segura. En este apartado se enfocará en la definición y características principales del *blockchain*, su funcionamiento técnico y los tipos relevantes para la emisión de títulos valores.

2.1 Fundamentos del *blockchain*

El *blockchain*, o cadena de bloques, es una tecnología de registro distribuido que permite mantener un historial inmutable de transacciones (Preukschat, 2015). A diferencia de los sistemas tradicionales centralizados, en los cuales una entidad única tiene control sobre la base de datos, opera en una red descentralizada de nodos, cada uno de los cuales tiene una copia completa del libro mayor.

Entre sus características principales, Villameriel Martínez (2019) destaca la descentralización, que elimina la necesidad de una autoridad central; la inmutabilidad, que asegura que, una vez que se registra una transacción, no se pueda modificar sin el consenso de la red; la transparencia, ya que todas las transacciones son visibles para todos los participantes de la red; y la seguridad criptográfica, que protege los datos mediante algoritmos avanzados.

Según Preukschat (2015), el funcionamiento del *blockchain* se basa en bloques de datos enlazados mediante criptografía. Cada bloque contiene un conjunto de transacciones validadas que se agrupan y se añaden a la cadena de bloques existente de manera secuencial. Cada bloque incluye un *hash* criptográfico del bloque anterior, creando así una cadena inmutable y cronológica de bloques que representa todo el historial de transacciones desde el inicio de la red.

Para agregar un nuevo bloque a la cadena, los participantes de la red deben resolver un problema matemático complejo a través de un proceso conocido como “minería”. Una vez resuelto, el nuevo bloque es validado por la red y luego agregado a la cadena, lo que requiere consenso entre los nodos para garantizar la integridad y seguridad de la red.

En el contexto de la emisión de títulos valores, es crucial entender los diferentes tipos de *blockchain* y sus aplicaciones específicas. Principalmente, existen tres tipos, dados por Renzullo y Pineda (2021). Los *blockchain* públicos son completamente abiertos y cualquiera puede participar en el proceso de verificación y consenso. Ejemplos destacados incluyen Bitcoin y Ethereum. Asimismo, ofrecen alta transparencia y seguridad, pero pueden enfrentar problemas de es-

calabilidad. En la emisión de títulos valores, pueden ser utilizados para mejorar la transparencia y la trazabilidad de las transacciones. Los *blockchain* privados, en contraste con los públicos, están restringidos a un grupo específico de participantes que tienen permiso para leer y escribir en la cadena. Son controlados por una entidad central o consorcio. Este tipo es ideal para aplicaciones donde la privacidad y el control son críticos, como en el manejo de datos sensibles de inversores o información confidencial de empresas. Los *blockchain* híbridos combinan elementos de ambos mundos, permitiendo el control y la privacidad de un *blockchain* privado, pero con la capacidad de interactuar con redes públicas. Esta flexibilidad los hace atractivos para instituciones financieras que buscan aprovechar las ventajas del *blockchain* público mientras mantienen ciertos controles internos.

La elección del tipo de *blockchain* adecuado para la emisión de títulos valores dependerá de factores como la regulación, la seguridad requerida, la confidencialidad de los datos y los requisitos de escalabilidad.

2.2 Impacto del *blockchain* en la creación de títulos valores

El *blockchain* ha emergido como una tecnología revolucionaria en diversos campos y su impacto en la creación y emisión de títulos valores es particularmente significativo. Este capítulo explorará las ventajas del uso del *blockchain* en comparación con los métodos tradicionales, presentará ejemplos y casos de uso que demuestran su eficacia y seguridad y analizará los desafíos y limitaciones actuales que enfrenta esta tecnología en el contexto de los títulos valores.

La adopción del *blockchain* en la emisión de títulos valores ofrece varias ventajas significativas en comparación con los métodos tradicionales. Martínez y Rincón (2021) afirman en primer lugar que la eficiencia operativa es notablemente superior. Los procesos convencionales suelen ser complejos y lentos e involucran múltiples intermediarios y pasos burocráticos que incrementan los costos y el tiempo de emisión. Asimismo, esta tecnología, al automatizar y simplificar estos procesos, reduce drásticamente el tiempo necesario para emitir y registrar títulos valores.

Además, proporciona una mayor transparencia y trazabilidad. Cada transacción y modificación se registra de manera inmutable y es accesible para todos los participantes autorizados en la red. Esto no solo facilita la auditoría y el cumplimiento regulatorio, sino que también aumenta la confianza de los inversores al ofrecer un registro claro y verificable de la propiedad y las transacciones (Cardona, 2020).

La seguridad es otra ventaja crucial. La naturaleza descentralizada y criptográficamente segura del *blockchain* protege contra el fraude y la manipulación de datos. En los métodos tradicionales, los registros centralizados son vulnerables a ataques cibernéticos y errores humanos. En contraste, la arquitectura del *blockchain* hace que cualquier intento de alterar los registros sea fácilmente detectable y, por lo tanto, desalentador (Tranchita, 2023).

Finalmente, la reducción de costos es una ventaja destacada. Al eliminar la necesidad de intermediarios y reducir los tiempos de procesamiento, los costos asociados con la emisión y gestión de títulos valores disminuyen significativamente, beneficiando tanto a las instituciones emisoras como a los inversores (Tranchita, 2023).

2.3 Ejemplos y casos de creación y emisión de títulos valores de manera eficiente y segura

Rosell Leyton y Roa Montoya (2023) mencionan diversos casos que ilustran cómo el *blockchain* ha mejorado la creación y emisión de títulos valores. Uno de los ejemplos más notables es el de los bonos *blockchain* emitidos por el Banco Mundial. En 2018, esta entidad emitió bonos utilizando la plataforma *blockchain* de Ethereum, lo que permitió una emisión más rápida y eficiente reduciendo los costos operativos y aumentando la transparencia para los inversores.

Otro caso destacable es el proyecto de Nasdaq Linq, una plataforma que utiliza *blockchain* para registrar y transferir la propiedad de acciones de empresas privadas. Esta iniciativa ha demostrado cómo el *blockchain* puede simplificar significativamente el proceso de emisión y gestión de acciones, reduciendo el riesgo de errores y fraudes y proporcionándoles a los inversores un mayor control y visibilidad sobre sus inversiones.

Asimismo, en el ámbito de los títulos de deuda, la Bolsa de Valores de Australia ha implementado soluciones basadas en *blockchain* para mejorar la eficiencia de sus procesos de liquidación y compensación. Esta adopción ha resultado en una reducción de los tiempos de liquidación y una mayor precisión en el registro de transacciones, beneficiando tanto a los emisores como a los inversores.

Estos casos de uso demuestran que el *blockchain* no solo es una tecnología viable para la emisión de títulos valores, sino que también ofrece mejoras significativas en términos de eficiencia, transparencia y seguridad.

2.4 Implicancias legales y regulatorias

El uso del *blockchain* en la emisión de títulos valores presenta un panorama complejo en términos de implicaciones legales y regulatorias. En este apartado, se abordará el marco legal actual y su aplicación en diferentes jurisdicciones, se explorará cómo el cumplimiento regulatorio y la privacidad se gestionan en el contexto del *blockchain* y se discutirá la necesidad de nuevos marcos regulatorios adaptados a esta tecnología emergente.

La regulación del *blockchain* en Perú se presenta como un desafío multifacético que abarca dimensiones económicas, sociales y jurídicas. La adopción de esta tecnología disruptiva requiere un análisis profundo de sus implicaciones y de los marcos normativos necesarios para facilitar su integración en el sector financiero, específicamente en la emisión y creación de títulos valores.

Desde un punto de vista económico, Corredor Higuera y Díaz Guzmán (2018) mencionan que la implementación de la tecnología *blockchain* promete una transformación significativa en la forma en la que se realizan y registran las transacciones financieras. La eficiencia y la reducción de costos son dos de las principales ventajas que esta tecnología puede ofrecer. La automatización de procesos a través de contratos inteligentes puede eliminar intermediarios, reducir tiempos de liquidación y minimizar errores humanos, lo cual se traduce en menores costos operativos para las instituciones financieras y los emisores de títulos valores.

En Perú, la adopción de *blockchain* puede incentivar la inversión tanto nacional como extranjera al proporcionar un marco más transparente y confiable para la emisión de títulos valores. La capacidad de ofrecer un registro inmutable y accesible de transacciones puede aumentar la confianza de los inversores y atraer capital hacia el mercado peruano. Sin embargo, para aprovechar plenamente estas ventajas, es esencial que el marco regulatorio se adapte para facilitar y asegurar el uso de esta tecnología.

El impacto social de la regulación del *blockchain* en Perú es igualmente significativo. Según Jimenez (2023), la transparencia inherente a esta tecnología tiene el potencial de fortalecer la confianza pública en el sistema financiero. Al proporcionar registros accesibles y verificables de todas las transacciones, se reduce el riesgo de fraudes y malas prácticas, lo que puede mejorar la percepción de la ciudadanía hacia las instituciones financieras y los mercados de capitales.

Además, la inclusión financiera es otro aspecto relevante. La tecnología *blockchain* puede democratizar el acceso a los mercados de títulos valores, permitiendo que pequeños inversores participen en oportunidades que anteriormen-

te estaban reservadas para grandes entidades o individuos de alto patrimonio. La *tokenización* de activos, por ejemplo, facilita la propiedad fraccionada de activos de alto valor, como bienes raíces o arte, lo que abre nuevas oportunidades de inversión para un público más amplio.

Desde la perspectiva jurídica, la regulación del *blockchain* en Perú requiere un enfoque integral que aborde varias áreas clave: la definición y reconocimiento legal de los activos digitales, la adaptación de las leyes de valores y la protección de datos personales.

El reconocimiento legal de los activos digitales es fundamental para proporcionar claridad y seguridad jurídica a los participantes del mercado. Actualmente, la legislación peruana debe evolucionar para incluir definiciones claras de criptomonedas, *tokens* y otros activos digitales, asegurando su tratamiento adecuado en el marco regulatorio existente (Castro, 2020).

La adaptación de las leyes de valores es otro desafío crítico. Es necesario revisar y actualizar las normativas para integrar las características únicas del *blockchain*, como la emisión descentralizada y la automatización mediante contratos inteligentes. Esto incluye establecer requisitos claros para la emisión, registro y transferencia de títulos valores digitales, así como mecanismos para la supervisión y el cumplimiento regulatorio.

La protección de datos personales es un aspecto que no puede pasarse por alto. La transparencia del *blockchain* debe equilibrarse con las normativas de protección de datos, como la Ley de Protección de Datos Personales en Perú. Se deben desarrollar enfoques que protejan la privacidad de los individuos mientras se mantiene la integridad y transparencia del registro distribuido.

2.5 El marco regulatorio peruano y su ordenamiento en relación con el *blockchain*

La regulación del *blockchain* en Perú está en una etapa inicial, caracterizada por la exploración y el análisis de cómo esta tecnología puede integrarse en el marco legal existente. A medida que el país avanza en la adopción de tecnologías emergentes, es fundamental establecer un marco regulatorio que promueva la innovación sin comprometer la seguridad y la estabilidad del sistema financiero. Por ello, se analiza el ordenamiento legal peruano en relación con el *blockchain* y su impacto en la emisión y creación de títulos valores.

Jimenez Bravo (2023) afirma que el marco regulatorio peruano actualmente no cuenta con una legislación específica para la tecnología *blockchain*. Sin embargo, varias instituciones han mostrado interés en explorar su potencial

y en cómo podría ser regulada de manera efectiva. Las principales entidades involucradas incluyen la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV), la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) y el Banco Central de Reserva del Perú (BCRP).

Además, la SMV ha sido una de las instituciones más activas en el análisis del *blockchain*, particularmente en su aplicación en la emisión de títulos valores. En diversos foros y publicaciones, ha destacado la necesidad de establecer un marco regulatorio que pueda adaptarse a las nuevas tecnologías, asegurando al mismo tiempo la protección de los inversores y la integridad del mercado.

El ordenamiento jurídico peruano se basa en principios de seguridad jurídica, transparencia y protección al consumidor, los cuales deben ser considerados al integrar el *blockchain* en el sistema legal. La implementación de esta tecnología puede traer varios beneficios, como la reducción de costos operativos, la mejora en la eficiencia de los procesos y el aumento de la transparencia en las transacciones (Montezuma et al., 2022).

Según Jimenez Bravo (2023), en Perú las criptomonedas no son consideradas moneda de curso legal y no están reguladas por el BCRP. Sin embargo, se ha reconocido la necesidad de establecer un marco legal que permita su uso seguro. En 2018, el BCRP advirtió sobre los riesgos asociados al uso de criptomonedas, señalando que no cuentan con respaldo gubernamental y pueden estar vinculadas a actividades ilegales.

Asimismo, en diciembre de 2021, se presentó un proyecto de ley al Congreso que busca regular el uso y comercio de criptomonedas, obligando a las empresas que operan con estos activos a registrarse y ser reguladas por la SBS. Esta ley también establece medidas de seguridad para prevenir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.

La emisión de títulos valores en Perú está regulada por la Ley 861 del Mercado de Valores y sus modificaciones. Esta ley establece los requisitos y procedimientos para la emisión, registro y comercialización de títulos valores en el país. La integración del *blockchain* en este proceso puede mejorar la eficiencia y transparencia, pero también requiere una adaptación del marco legal existente (Superintendencia del Mercado de Valores, 1996).

La SMV podría considerar la creación de un *sandbox* regulatorio que les permita a las empresas *fintech* y otras entidades probar soluciones basadas en *blockchain* en un entorno controlado. Este enfoque ha sido utilizado con éxito en otros países para fomentar la innovación mientras se asegura el cumplimiento normativo y la protección del inversor.

2.6 Regulación aplicable a la emisión de títulos valores con la intervención de tecnología *blockchain* en Perú

La regulación de la emisión de títulos valores mediante tecnología *blockchain* en Perú es un tema emergente que involucra tanto desafíos como oportunidades. Esta tecnología disruptiva se encuentra en la etapa de exploración y adaptación dentro del sistema jurídico peruano, con una necesidad creciente de un marco normativo claro que permita aprovechar sus ventajas sin comprometer la seguridad y los derechos de los usuarios.

En cuanto al marco legal actual, el ordenamiento jurídico peruano aún no cuenta con una normativa específica que regule directamente la emisión de títulos valores mediante *blockchain*. Sin embargo, la legislación vigente ofrece ciertas bases que podrían aplicarse. Por ejemplo, el Código Civil peruano contempla la posibilidad de utilizar medios electrónicos para la manifestación de la voluntad en los actos jurídicos. Este principio es esencial para el desarrollo y la aplicación de los contratos inteligentes, que son programas almacenados en una *blockchain* y que, al ejecutarse automáticamente bajo ciertas condiciones, permiten la transparencia y la reducción de costos transaccionales. En este contexto, los contratos inteligentes pueden ser considerados válidos en Perú siempre que cumplan con los requisitos formales establecidos por la ley, como la manifestación de voluntad, objeto lícito y capacidad de las partes involucradas (Morales, 2023). La libertad de forma recogida en el Código Civil les otorga a las partes la opción de suscribir acuerdos en formato digital, lo cual respalda el uso de *blockchain* para formalizar títulos valores y otros instrumentos financieros (Hernández, 2023).

Uno de los desafíos más relevantes en el uso de *blockchain* es la interacción con la Ley 29733 de Protección de Datos Personales. La tecnología *blockchain*, por su naturaleza descentralizada e inmutable, plantea dificultades significativas en cuanto a la protección de los datos personales, particularmente en el ejercicio de derechos como el derecho al olvido, dado que la información registrada en la cadena de bloques no puede modificarse o eliminarse fácilmente (Buleje, 2022). Este conflicto pone de relieve la necesidad de adaptar la normativa actual para equilibrar la innovación tecnológica con la protección adecuada de los derechos de los ciudadanos, especialmente en transacciones y registros relacionados con títulos valores.

Los actores del sistema jurídico en Perú también están comenzando a interactuar con esta tecnología desde diversas perspectivas. Los abogados y profesionales del derecho están explorando el potencial de los contratos inteligentes

y otras aplicaciones de *blockchain* para automatizar y simplificar procesos legales, como la resolución de disputas. Herramientas como Kleros.io, que emplea contratos inteligentes para gestionar arbitrajes, son ejemplos de cómo esta tecnología puede revolucionar la práctica jurídica, permitiendo la resolución descentralizada de conflictos (Revoredo, 2023). A medida que estos profesionales se familiarizan con la tecnología, se prevé que las aplicaciones legales de *blockchain* se expandan, especialmente en sectores como el registro de títulos valores y la gestión documental.

Por su parte, los legisladores enfrentan el reto de formular un marco normativo que no solo abarque las criptomonedas, sino también las múltiples aplicaciones de *blockchain*, como los contratos inteligentes y la *tokenización* de activos. Según Valencia Ramírez (2020), el reto principal es crear una legislación lo suficientemente flexible que permita la innovación sin frenar el desarrollo de nuevas tecnologías en el mercado financiero y otros sectores. Hasta ahora, la normativa financiera existente sigue siendo insuficiente para cubrir los aspectos técnicos y operativos que implica la emisión de títulos valores utilizando *blockchain*.

En cuanto a las herramientas y alternativas jurídicas disponibles, el *blockchain* se presenta como una opción valiosa para el registro y la protección de derechos. Su capacidad para almacenar información de manera inmutable y verificable es particularmente útil para demostrar la titularidad de derechos, como los derechos de autor o la propiedad de activos financieros *tokenizados*. La *tokenización* de activos permite transformar bienes físicos o derechos en representaciones digitales que pueden ser intercambiadas o negociadas con mayor facilidad en mercados financieros descentralizados (Revoredo, 2023). Este desarrollo no solo facilita las transacciones, sino que también ofrece nuevas posibilidades para la financiación y distribución de valores a través de la emisión de *tokens*.

Otro uso destacado de la *blockchain* en el ámbito jurídico es la gestión documental, donde se busca garantizar la integridad y trazabilidad de documentos legales y registros. Al emplear *blockchain*, los documentos se almacenan de manera segura y accesible, lo que disminuye el riesgo de pérdida, alteración o falsificación. Esta tecnología resulta especialmente útil en la gestión de contratos y otros documentos financieros que requieren altos estándares de seguridad y transparencia (Revoredo, 2023).

Por tanto, se puede decir que la regulación de la emisión de títulos valores mediante tecnología *blockchain* en Perú es un campo en desarrollo que aún care-

ce de un marco normativo específico. No obstante, el sistema jurídico peruano ofrece herramientas y principios que, aplicados correctamente, pueden servir como base para el uso de *blockchain* en este ámbito. Los contratos inteligentes, la *tokenización* de activos y la gestión documental son solo algunos de los usos que están siendo explorados por profesionales del derecho y legisladores. Para avanzar hacia una regulación efectiva, es necesario un enfoque equilibrado que promueva la innovación sin comprometer los derechos de los usuarios ni la estabilidad del mercado financiero.

2.7 Regulación del *blockchain* en otros países del continente americano

La regulación del *blockchain* en el continente americano varía significativamente, reflejando diferentes enfoques y niveles de adopción de esta tecnología emergente. Se presenta un panorama de cómo algunos países están abordando la regulación del *blockchain* y las criptomonedas:

México ha sido uno de los primeros países en América Latina en establecer un marco regulatorio específico para las tecnologías financieras, incluyendo el *blockchain*. La Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera, conocida como Ley Fintech, fue promulgada en 2018 y establece un marco integral para la regulación de las plataformas de criptoactivos y otros servicios financieros tecnológicos. (Galaz y Ruiz, 2018)

La Ley Fintech establece requisitos de autorización para las empresas que operan con criptoactivos, así como obligaciones de cumplimiento en materia de prevención de lavado de dinero y protección al consumidor. La Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV) es la entidad encargada de supervisar y regular a estas instituciones. Este enfoque regulatorio ha proporcionado seguridad jurídica y ha fomentado la innovación en el sector fintech en México (Secretaría de Servicios Parlamentarios, 2024).

Brasil ha adoptado un enfoque más gradual en la regulación del *blockchain*. Actualmente, no existe una legislación específica para esta tecnología, pero el país ha implementado varias iniciativas regulatorias y proyectos de ley que buscan establecer un marco legal claro para su uso.

El Banco Central de Brasil ha sido un actor clave en la promoción de la tecnología *blockchain* en el sector financiero. En 2020, lanzó el Proyecto LIFT (Laboratorio de Innovaciones Financieras y Tecnológicas), que tiene como objetivo explorar el uso de tecnologías emergentes, incluyendo el *blockchain*, para

mejorar la infraestructura financiera del país. Además, la Receita Federal de Brasil (RFB) ha emitido normas que requieren la declaración de operaciones con criptoactivos para fines fiscales, promoviendo la transparencia y el cumplimiento tributario (Di Paula, 2024).

Argentina ha visto un creciente interés en el uso de *blockchain* y criptoactivos, impulsado en parte por la inestabilidad económica y la alta inflación. Aunque no existe una legislación específica para *blockchain*, varias entidades gubernamentales han emitido directrices y normativas para regular su uso.

La Unidad de Información Financiera (UIF) ha emitido normativas que obligan a los proveedores de servicios de criptoactivos a implementar medidas de prevención de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo. Además, el Banco Central de la República Argentina (BCRA) ha creado un grupo de trabajo para estudiar las implicaciones del *blockchain* y los criptoactivos en el sistema financiero (Banco Interamericano de Desarrollo, 2020).

Chile se ha destacado por su enfoque progresivo hacia la regulación del *blockchain*. La Comisión para el Mercado Financiero (CMF) ha sido proactiva en la emisión de guías y recomendaciones para el uso de criptoactivos y tecnologías asociadas. En 2018, publicó un informe sobre el estado del *blockchain* y las criptomonedas en Chile, destacando la necesidad de un marco regulatorio que fomente la innovación y proteja a los consumidores (Weidenslaufer, 2022).

Además, el país ha visto un aumento en la adopción de *blockchain* en sectores como la energía y la minería, con iniciativas que utilizan esta tecnología para mejorar la transparencia y eficiencia en la cadena de suministro.

Por su parte, Colombia ha tomado pasos significativos hacia la regulación del *blockchain*. En 2020, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MinTIC) (Espinosa, 2020) emitió una guía para el uso de tecnologías *blockchain* en el país, destacando su potencial para mejorar la transparencia y eficiencia en diversos sectores.

El país también ha implementado un *sandbox* regulatorio, gestionado por la Superintendencia Financiera de Colombia (SFC), que les permite a las empresas *fintech* probar nuevas tecnologías y modelos de negocio en un entorno controlado. Este enfoque ha facilitado la innovación y el desarrollo de soluciones basadas en *blockchain*, proporcionando un marco regulatorio flexible y adaptativo.

2.8 Experiencia de la regulación del *blockchain* a nivel global

La regulación del *blockchain* en el ámbito internacional ha evolucionado de manera diversa, reflejando las particularidades de cada jurisdicción y la velocidad con la que diferentes países han adoptado esta tecnología. Al observar estas experiencias, se pueden extraer lecciones valiosas para la formulación de políticas en Perú, especialmente en lo que respecta a la emisión y creación de títulos valores.

La Unión Europea (UE) ha adoptado un enfoque coordinado para la regulación del *blockchain*, buscando establecer un marco común que fomente la innovación mientras protege a los consumidores y asegura la estabilidad financiera. El Reglamento sobre los Mercados de Criptoactivos (MiCA, por sus siglas en inglés) es uno de los desarrollos más significativos en este ámbito. Este proporciona directrices claras sobre la emisión y comercialización de criptoactivos, estableciendo requisitos para emisores y proveedores de servicios relacionados (Shumba, 2024). Además, la iniciativa del *sandbox* regulatorio, promovida por la Autoridad Europea de Valores y Mercados (ESMA, por sus siglas en inglés), les permite a las empresas probar nuevas soluciones tecnológicas en un entorno controlado.

La experiencia europea destaca la importancia de la armonización regulatoria para evitar fragmentaciones en el mercado interno y crear un entorno favorable para la innovación. Este enfoque podría servir de modelo para Perú, donde la coordinación entre diferentes organismos regulatorios y la creación de espacios de prueba regulatoria pueden facilitar la adopción segura y eficiente de la tecnología *blockchain* en la emisión de títulos valores.

Granados (2021) afirma que, en Estados Unidos, la regulación del *blockchain* y los criptoactivos ha sido en gran medida descentralizada, con estados individuales que toman la iniciativa. Nueva York, a través de su Departamento de Servicios Financieros (NYDFS, por sus siglas en inglés), implementó la Bit-License, un marco regulatorio específico para empresas que operan con criptoactivos. Esta licencia establece requisitos estrictos de capital, seguridad cibernética y cumplimiento normativo, proporcionando un alto nivel de protección para los consumidores.

Por otro lado, estados como Wyoming han adoptado un enfoque más favorable a la innovación, promulgando leyes que reconocen la legalidad de las organizaciones autónomas descentralizadas (DAO) y establecen un entorno regulatorio más flexible para la tecnología *blockchain*. Esta diversidad de enfoques dentro de Estados Unidos resalta la importancia de adaptar las regulaciones a las necesidades y características específicas de cada jurisdicción.

Para Perú, la experiencia estadounidense subraya la necesidad de encontrar un equilibrio entre la protección del consumidor y la promoción de la innovación. Un marco regulatorio flexible, complementado con regulaciones específicas para ciertos aspectos de la tecnología *blockchain*, podría fomentar el desarrollo del sector financiero en el país.

Según George (2024), países asiáticos como Singapur y Japón se han destacado por su enfoque proactivo en la regulación del *blockchain*. Singapur, a través de la Autoridad Monetaria de Singapur (MAS, por sus siglas en inglés), ha creado un entorno regulatorio que combina la supervisión estricta con el apoyo a la innovación. La Ley de Servicios de Pago regula las actividades relacionadas con los criptoactivos, estableciendo requisitos de licencia y cumplimiento para los proveedores de servicios. Además, el proyecto Ubin, una iniciativa de colaboración público-privada, explora el uso del *blockchain* para mejorar la eficiencia del sistema financiero.

Japón, por su parte, fue uno de los primeros países en regular las criptomonedas, reconociéndolas como medios de pago legales en 2017. La Agencia de Servicios Financieros (FSA, por sus siglas en inglés) supervisa las actividades relacionadas con los criptoactivos, estableciendo normas estrictas de seguridad y protección al consumidor. La experiencia japonesa muestra cómo una regulación temprana y clara puede proporcionar seguridad jurídica y fomentar la adopción de nuevas tecnologías.

Estos ejemplos de Asia pueden inspirar a Perú a desarrollar un marco regulatorio que no solo supervise, sino que también promueva activamente la innovación en el ámbito del *blockchain*. La colaboración entre el sector público y privado, como se ha visto en Singapur, puede ser clave para aprovechar todo el potencial de esta tecnología.

2.9 Propuestas comparadas e internacionales que pueden servir al derecho peruano en la regulación del *blockchain*

La regulación de la tecnología *blockchain* ha sido abordada de manera diversa en distintas jurisdicciones a nivel global, ofreciendo valiosas lecciones para su implementación en Perú. Este capítulo examina varias propuestas comparadas y avances internacionales que pueden servir como referencia para el derecho peruano, destacando enfoques innovadores y soluciones prácticas que podrían ser adaptadas al contexto nacional.

Panamá ha propuesto legislar sobre la identidad digital utilizando *blockchain*,

lo que podría facilitar la prestación de servicios públicos, incluso para aquellos fuera del país (Ortiz y Rivera, 2022). Esta iniciativa destaca la importancia de la identidad digital en la gestión pública.

En contraste, España ha adoptado una postura cautelosa, prohibiendo sistemas de identificación basados en *blockchain* hasta que exista una regulación clara a nivel de la Unión Europea (Ortiz y Rivera, 2022). Esto refleja una tendencia en Europa hacia la regulación estricta antes de permitir la implementación de nuevas tecnologías.

Colombia ha avanzado en la regulación del comercio electrónico y el uso de *blockchain*, proporcionando un marco legal que apoya la validez jurídica de las transacciones electrónicas. Esto incluye la Ley 527 de 1999, que establece requisitos para garantizar la autenticidad y la integridad de la información en transacciones digitales (Valencia Ramírez, 2020).

En el ámbito financiero, se han propuesto estándares globales para la tecnología *blockchain*, como los desarrollados por Standards Australia y el consorcio R3 (Corredor Higuera y Díaz Guzmán, 2018). Estos estándares buscan regular el uso de *blockchain* en aplicaciones interbancarias, lo que podría servir de modelo para Perú en la creación de un marco regulatorio adaptado a sus necesidades.

La implementación de *blockchain* en la gestión aduanera ha demostrado ser efectiva en varios países, facilitando la digitalización de procesos y el intercambio de información. En Perú, se ha analizado la viabilidad de aplicar esta tecnología para mejorar la eficiencia y transparencia en la administración aduanera, lo que podría ser un paso crucial hacia la modernización del sector público (Noriega Albújar y Repetto, 2022).

A pesar de los beneficios, la adopción de *blockchain* enfrenta desafíos técnicos y de interoperabilidad. La necesidad de desarrollar estándares abiertos y coaliciones sectoriales es fundamental para garantizar que diferentes sistemas de *blockchain* puedan comunicarse eficazmente entre sí, lo que es vital para el comercio internacional y la gestión pública (García et al., 2020).

3. Discusión

La implementación de *blockchain* en la emisión de títulos valores plantea diversas consideraciones legales que deben ser abordadas para garantizar su éxito y conformidad con la ley.

Aunque el *blockchain* es reconocido por su robustez y resistencia a la mani-

pulación, la seguridad de las claves criptográficas que permiten el acceso y la transferencia de los títulos valores es crucial. La pérdida o el robo de estas claves pueden resultar en la pérdida irreparable de activos. Por lo tanto, es esencial establecer medidas legales y técnicas para proteger estas claves y asegurar que solo los titulares autorizados puedan realizar transacciones (Jamauca, 2023).

La transparencia inherente del *blockchain*, aunque beneficiosa para la trazabilidad y la confianza, plantea desafíos en términos de privacidad. Las regulaciones de protección de datos, como el Reglamento General de Protección de Datos (GDPR, por sus siglas en inglés) en la Unión Europea, exigen que se protejan los datos personales de los individuos. En el contexto del *blockchain*, se deben desarrollar enfoques para garantizar que la información personal sensible no sea expuesta indebidamente mientras se mantiene la integridad y la transparencia de la cadena de bloques (Vector ITC, 2020).

Las entidades que emiten títulos valores utilizando *blockchain* deben asegurar el cumplimiento de todas las normativas aplicables, incluyendo las leyes de valores, las normativas antilavado de dinero (AML, por sus siglas en inglés) y las regulaciones de conocimiento del cliente (KYC, por sus siglas en inglés). Esto puede implicar la implementación de sistemas de verificación de identidad y monitoreo de transacciones para detectar actividades sospechosas y cumplir con los requisitos regulatorios (De Linera, 2018).

Es por ello que, para regular la tecnología *blockchain* de manera equitativa y efectiva en el Perú, se deben considerar varios presupuestos fundamentales que garanticen una integración exitosa y balanceada en el sistema financiero y jurídico del país.

Según Higuera y Guzmán (2018), en primer lugar, es esencial establecer un marco normativo sólido y flexible que pueda adaptarse a los rápidos avances tecnológicos. La regulación debe ser suficientemente amplia para abarcar las diversas aplicaciones de *blockchain*, pero también lo suficientemente específica para abordar las particularidades de su implementación en la emisión y creación de títulos valores. Esto implica definir claramente los derechos y responsabilidades de los usuarios y operadores, así como los procedimientos para la resolución de conflictos y la protección de los derechos de los inversores.

Además, el desarrollo de una infraestructura legal que facilite la interoperabilidad entre *blockchain* y los sistemas financieros tradicionales es crucial. La creación de estándares técnicos y operativos comunes puede asegurar la compatibilidad entre las diferentes plataformas y sistemas, reduciendo así el riesgo de fricciones y errores en las transacciones. Esta infraestructura debe incluir

protocolos de seguridad robustos para proteger la integridad y confidencialidad de los datos y transacciones realizadas en la red.

Otro aspecto clave es la formación y capacitación de los actores involucrados en la regulación y supervisión de *blockchain*. Reguladores, profesionales del sector financiero y otros *stakeholders* deben estar bien informados sobre las características y funcionamiento de esta tecnología para poder diseñar y aplicar políticas y normativas efectivas. La educación continua en temas relacionados con *blockchain* puede mejorar la capacidad de los reguladores para anticipar y abordar desafíos emergentes y para asegurar que las prácticas del sector se alineen con los objetivos de la regulación.

La transparencia y la rendición de cuentas son principios fundamentales que deben guiar la regulación del *blockchain*. Es imperativo establecer mecanismos de supervisión que permitan un monitoreo constante de las actividades relacionadas con esta tecnología, asegurando que se cumplan las normas y se mantenga la integridad del sistema. Los procesos de auditoría y revisión deben ser accesibles y eficaces para detectar y corregir cualquier irregularidad de manera oportuna.

Finalmente, la colaboración internacional juega un papel esencial en la regulación del *blockchain*. La adopción de estándares y mejores prácticas globales pueden facilitar la armonización de las normativas y la integración de sistemas a nivel internacional. Trabajar conjuntamente con otros países y organismos internacionales puede ayudar a Perú a adoptar enfoques regulatorios probados y a evitar errores comunes en la implementación de políticas.

La tecnología *blockchain*, con su capacidad para ofrecer soluciones seguras, transparentes y eficientes, tiene un enorme potencial para transformar el panorama financiero en Perú, especialmente en un contexto caracterizado por altos niveles de informalidad y limitada inclusión financiera. Este capítulo analiza cómo el *blockchain* puede contribuir significativamente a mejorar las condiciones económicas y sociales de la mayoría de los peruanos, prestando especial atención a los más desfavorecidos.

Asimismo, está en constante evolución y su aplicación en la emisión de títulos valores presenta un futuro prometedor, lleno de oportunidades e innovaciones. Este capítulo explorará las tendencias emergentes y su impacto potencial, ofrecerá proyecciones sobre el crecimiento del mercado y discutirá las innovaciones y desarrollos regulatorios que podrían darle forma al futuro de esta tecnología en el sector financiero.

El *blockchain* está marcando el inicio de una era de innovación en la emisión

de títulos valores. Según Nieves (2019), existen diversas tendencias emergentes. Una de las más destacadas es la *tokenización* de activos, que implica la representación digital de activos físicos o financieros en un *blockchain*, lo cual facilita su emisión, transferencia y negociación. Esta tendencia tiene el potencial de transformar el mercado de títulos valores al mejorar la liquidez y el acceso a los activos, permitiendo a una base más amplia de inversores participar en mercados que anteriormente eran inaccesibles.

Otra tendencia emergente es el uso de contratos inteligentes en la emisión y gestión de títulos valores. Son programas autoejecutables que se activan en un *blockchain* y que pueden automatizar una amplia variedad de procesos, desde la emisión de dividendos hasta la votación de accionistas. Esta automatización puede reducir los costos operativos, aumentar la eficiencia y minimizar el riesgo de errores humanos.

El desarrollo de soluciones de interoperabilidad también está ganando impulso. Estas soluciones permiten que diferentes plataformas de *blockchain* se comuniquen y operen entre sí, lo que puede mejorar la eficiencia y la flexibilidad del mercado de títulos valores. La interoperabilidad es crucial para crear un ecosistema de *blockchain* cohesivo y funcional que pueda soportar una amplia gama de aplicaciones y usuarios.

Vidal (2022) manifiesta que, con la adopción más amplia del *blockchain*, el mercado de títulos valores está posicionado para experimentar una transformación profunda. A corto plazo, se espera una mayor eficiencia en los procesos de emisión y liquidación. La automatización y la eliminación de intermediarios reducirán los costos y los tiempos de procesamiento, beneficiando tanto a los emisores como a los inversores.

A mediano plazo, la accesibilidad y la inclusión financiera se verán significativamente mejoradas. La *tokenización* permitirá que una mayor variedad de inversores participe en el mercado de títulos valores, democratizando el acceso a oportunidades de inversión que anteriormente estaban restringidas a inversores institucionales o de alto patrimonio neto. Esto podría conducir a una mayor liquidez en el mercado y a una diversificación más amplia de los portafolios de inversión.

A largo plazo, se anticipa que el *blockchain* podría facilitar la creación de un mercado global y unificado para títulos valores. La capacidad de operar y liquidar transacciones en tiempo real, a través de fronteras y sin fricciones, tiene el potencial de integrar mercados financieros globales de manera más estrecha. Esto no solo aumentaría la eficiencia del mercado, sino que también podría fomentar una mayor estabilidad y transparencia en el sistema financiero global.

Shanker (2023) expone que el futuro del *blockchain* en la emisión de títulos valores estará influenciado por varias innovaciones tecnológicas y cambios en las regulaciones. Una de las áreas de innovación más prometedoras es el desarrollo de contratos inteligentes más avanzados. Estos pueden automatizar no solo la emisión y liquidación de títulos valores, sino también aspectos más complejos, como la gestión de derechos de voto, el pago de dividendos y otras acciones corporativas.

Otra innovación tecnológica relevante es la evolución de las tecnologías de escalabilidad. Soluciones como las cadenas laterales (*sidechains*), los canales de estado y las redes de segunda capa están siendo desarrolladas para mejorar la capacidad de las redes *blockchain* para manejar un alto volumen de transacciones de manera eficiente. Estas tecnologías serán cruciales para soportar el crecimiento y la adopción masiva de *blockchain* en los mercados financieros.

En términos de regulación, es probable que veamos un movimiento hacia un marco regulatorio más armonizado a nivel global. Los reguladores están reconociendo cada vez más la necesidad de establecer normativas claras y coherentes para el uso de *blockchain* en la emisión de títulos valores. Iniciativas como los *sandbox* regulatorios les permiten a las empresas probar nuevas tecnologías bajo la supervisión de reguladores, facilitando la innovación mientras se asegura el cumplimiento normativo.

Además, los organismos reguladores están comenzando a adoptar tecnologías basadas en *blockchain* para mejorar sus propios procesos. Por ejemplo, la implementación de RegTech (tecnología regulatoria) basada en *blockchain* puede mejorar la supervisión y el cumplimiento de las normativas, proporcionando una mayor transparencia y eficiencia en la regulación del mercado de títulos valores.

4. Conclusiones

El uso de la tecnología *blockchain* en la emisión de títulos valores marca una evolución significativa en el sector financiero, mejorando la eficiencia, la transparencia y la seguridad. Este ensayo ha examinado sus ventajas, desafíos, implicaciones legales y regulatorias, así como las tendencias y perspectivas futuras para su adopción y desarrollo.

Su implementación puede simplificar y acelerar notablemente los procesos de emisión de títulos valores. La eliminación de intermediarios y la automatización mediante contratos inteligentes reducen costos operativos y minimizan errores, mejorando la eficiencia del sistema. Además, su transparencia permite

un registro inmutable y accesible de todas las transacciones, fortaleciendo la confianza de los inversores y facilitando la auditoría y el cumplimiento regulatorio.

Sin embargo, persisten desafíos en términos de escalabilidad, interoperabilidad y regulación. Las limitaciones actuales para manejar grandes volúmenes de transacciones y la falta de estándares universales complican su integración con los sistemas financieros tradicionales. Adaptar los marcos regulatorios para incorporar las características únicas es un proceso complejo que requiere tiempo y coordinación global.

Desde una perspectiva legal, la implementación de este en la emisión de títulos valores plantea consideraciones críticas. La seguridad de las claves criptográficas y la protección de la privacidad de los datos son fundamentales para cumplir con las normativas de protección de datos. Además, asegurar el cumplimiento de las regulaciones de valores, antilavado de dinero y conocimiento del cliente es esencial para una implementación exitosa.

Mirando hacia el futuro, se anticipa que la *tokenización* de activos y el desarrollo de plataformas de emisión de títulos valores basadas en *blockchain* seguirán ganando impulso. Estas innovaciones tienen el potencial de democratizar el acceso a oportunidades de inversión y mejorar la liquidez del mercado financiero. A medida que las tecnologías de escalabilidad evolucionen y los marcos regulatorios se adapten, es probable que el *blockchain* se convierta en un componente central del mercado financiero global, facilitando un entorno más eficiente, transparente y seguro.

En conclusión, puedo decir que el *blockchain* es una herramienta poderosa para la transformación del mercado de títulos valores. Su éxito dependerá de la superación de los desafíos actuales y de la adaptación continua a las necesidades regulatorias y tecnológicas. La colaboración entre desarrolladores de tecnología, reguladores y participantes del mercado será esencial para desbloquear todo su potencial y asegurar su integración sostenible en el sector financiero.

Bibliografía

Banco Interamericano de Desarrollo. (2020). *Regulación de blockchain e identidad digital en América Latina | El futuro de la identidad digital*. <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Regulacion-de-blockchain-e-identidad-digital-en-America-Latina-El-futuro-de-la-identidad-digital.pdf>.

- Buleje, C. (2022). *La Blockchain y los retos en la aplicación de las leyes de protección de datos personales*. Prometheo CDA. <https://prometheo.pe/la-blockchain-y-los-retos-en-la-aplicacion-de-las-leyes-de-proteccion-de-datos-personales/>.
- Cardona, A. (2020). *Emisión del pagaré en Colombia, a través de la tecnología blockchain, sin perder su identidad de título valor* (Monografía para optar al título de abogada). Universidad EAFIT. <https://repository.eafit.edu.co/server/api/core/bitstreams/d92c9a79-6ad0-4800-a4c2-9868c80325f0/content>.
- Castro, A. (2020). Las criptomonedas en el Perú. *El Peruano*. <https://elperuano.pe/noticia/108006-las-criptomonedas-en-el-peru>.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2021). Oportunidades y desafíos para la implementación de blockchain en el ámbito logístico de América Latina y el Caribe. *Facilitación, Comercio y Logística en América Latina y el Caribe*, (3). <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/012145c2-620c-4463-8bfe-7a4b4ff92d60/content>.
- Corredor Higuera, J. A. y Díaz Guzmán, D. D. (2018). Blockchain y mercados financieros: aspectos generales del impacto regulatorio de la aplicación de la tecnología blockchain en los mercados de crédito de América Latina. *Derecho PUCP*, (81), 405-439. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201802.013>.
- De Linera, M. (2018). *El token como título valor*. Universidad Pontificia Comillas. <https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/146202/retrieve>.
- Di Paula, R. (2024). *La regulación de las criptomonedas en Brasil: avances, desafíos y perspectivas*. COIN-TELEGRAPH. <https://es.cointelegraph.com/news/the-regulation-of-cryptocurrencies-in-brazil-progress-challenges-and-perspectives>.
- Espinosa, S. (2020). *Guía de referencia de blockchain para la adopción e implementación de proyectos en el Estado colombiano*. Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. https://gobiernodigital.mintic.gov.co/692/articles-161810_pdf.pdf.
- Espinoza, F. y Espinoza, L. (2022). *Blockchain y su aplicación en el ámbito financiero* (Tesis para título profesional de Administración de Banca y Finanzas). Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. https://repositorioacademico.upc.edu.pe/bitstream/handle/10757/660921/Espinoza_BF.pdf?isAllowed=y&sequence=3.
- Galaz, Y. y Ruiz, U. (2018). Decreto por el que se expide la Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera (Ley Fintech). *Deloitte Legal*. <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/mx/Documents/legal/2018/Decreto-Ley-Fintech.pdf>.
- García, P., Rozemberg, R., Barafani, M., Suominen, K., Martos, V., Corcuera, S., Moreno, M., Cornejo, R., Carballo, I., Radl, A., Cano, L., Fan, Z. y Lin, J. (2020). Blockchain y comercio internacional: Nuevas tecnologías para una mayor y mejor inserción internacional de América Latina. *Revista Integración & Comercio*, 24(46). <https://doi.org/10.18235/0002799>.
- George, K. (2024). *Cryptocurrency Regulations Around the World*. Investopedia. <https://www.investopedia.com/cryptocurrency-regulations-around-the-world-5202122>.
- Granados, M. (2021). *Uso y regulación de las criptomonedas en Estados Unidos*. Asamblea Legislativa, República de Costa Rica. https://www.asamblea.go.cr/sd/referencia_cedil/TA_02_21Criptomoneda/Uso_regulac.pdf.
- Hernández, A. (2023). Viabilidad de los contratos legales inteligentes en el derecho civil peruano. *Revista Apuntes de Ciencia y Sociedad*, 11(2). <https://journals.continental.edu.pe/index.php/apuntes/article/view/858>.

- Jamauca, L. (2023). *Estudio de la tecnología blockchain para usar como medio de pago en la república de Colombia* (Trabajo de grado para la Maestría en Tecnologías de la Información y la Comunicación). Universidad Cooperativa de Colombia. <https://repository.ucc.edu.co/entities/publication/ecdff5ac-7f33-4215-89a6-1183d8a75555>.
- Jimenez, D. (2023). *Proyecto de ley en Perú plantea regulación de criptomonedas: Mercado en alerta*. COINTELEGRAPH. <https://es.cointelegraph.com/news/draft-law-in-peru-proposes-regulation-of-cryptocurrencies-market-on-alert>.
- Jimenez Bravo, R. (2023). *Perú: ¿cuál es actualmente la situación legal de los criptoactivos?* COINTELEGRAPH. <https://es.cointelegraph.com/news/peru-what-is-the-current-legal-status-of-cryptoassets>
- Martínez, V. y Rincón, E. (2021). La negociación de títulos valores electrónicos de manera descentralizada: Blockchain. *La Revista Argentina de Investigación en Negocios (RAIN)*, 7(1), 7-22. <http://rain.ean.edu.ar:8085/rain/index.php/RAIN/article/view/141>.
- Montezuma, O., Colonna, F., De la Piedra, A. y Valdivia, A. (2022). *¿Sabes cómo se regula Blockchain en el Perú?* Niubox. <https://niubox.legal/sabes-como-se-regula-blockchain-en-el-peru/>.
- Morales, A. (2022). Aspectos legales de la tecnología Blockchain. *Advocatus*, (43), 161-208. <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/6420>.
- Morales, A. (2023). *Smart Contracts: análisis jurídico desde el marco legal peruano*. Torres y Torres Lara Abogados. <https://tytl.com.pe/smart-contracts-analisis-juridico-desde-el-marco-legal-peruano/>.
- Nieves, M. (2019). De la tecnología blockchain a la economía del token. *Derecho PUCP*, 83, 61-87. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/21468>.
- Noriega Albújar, A. y Repetto, R. E. (2022). *Implementación de la tecnología blockchain en la gestión de procesos aduaneros en el Perú*. Forseti. <https://forseti.pe/implementacion-de-la-tecnologia-blockchain-en-la-gestion-de-procesos-aduaneros-en-el-peru/>.
- Ortiz, F. y Rivera, C. (2022). Análisis comparado del marco legal de la tecnología Blockchain en países hispanohablantes y su aplicación en el sector público. *Revista de Red Académica Iberoamericana de Comunicación*, 13(1), 11-44. <https://revistapangea.org/index.php/revista/article/view/233>.
- Preukschat, A. (Coord.). (2015). *Blockchain: la revolución industrial de internet* (1ª ed.). Gestión 2000. https://www.planetadelibros.cl/libros_contenido_extra/36/35615_Blockchain.pdf.
- Quispe, M. (2019). *Impacto del blockchain en las transacciones financieras digitales de los bancos del Perú* (Tesis para obtener el Grado de Bachiller). Universidad Tecnológica del Perú. <https://repositorio.utp.edu.pe/handle/20.500.12867/3845>.
- Renzullo, J. y Pineda, A. (2021). *Manual de blockchain*. Cedice Libertad. <https://libreriacedice.org/wp-content/uploads/2022/08/Manual-de-Blockchain-CEDICE.pdf>.
- Revoredo, A. (2023). *Soluciones legales basadas en Blockchain*. Gestión. <https://blogs.gestion.pe/cyberlaw/2023/05/soluciones-legales-basadas-en-blockchain.html>.
- Rosell Leyton, L. A. y Roa Montoya, M. P. (2023). Análisis del Blockchain como mecanismo jurídico y tecnológico para la creación y emisión de títulos valores electrónicos en Colombia (Tesis). Universidad El Bosque. <https://repositorio.unbosque.edu.co/server/api/core/bitstreams/4e436c8f-8716-4a2b-a28b-65767706954a/content>.
- Secretaría de Servicios Parlamentarios. (2024). *Ley para regular las instituciones de tecnología fi-*

- nanciera (DOF 24-01-2024). Secretaría General, Cámara de Diputados del H. Congreso de La Unión, Estados Unidos Mexicanos. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LRITF.pdf>.
- Shanker, B. (2023). *Reshaping Banking through Blockchain: Exploring the Future of Financial Transactions*. Jawaharlal Nehru Technological University. <https://www.authorea.com/users/646143/articles/660197/master/file/data/main/main.pdf?inline=true>.
- Shumba, C. (2024). *Blockchain Friendly Roberta Metsola Reelected as EU Parliament President*. CoinDesk. <https://www.coindesk.com/policy/2024/07/17/blockchain-friendly-roberta-metsola-reelected-as-eu-parliament-president/>.
- Superintendencia del Mercado de Valores. (1996). Decreto Legislativo N° 861 Ley del Mercado de Valores. *El Peruano*. <https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/00861.pdf>.
- Tranchita, A. (2023). *Descripción y análisis de la tecnología blockchain, aportes al sistema financiero regional y colombiano* (Trabajo de grado para optar el título de economista). Universidad de La Salle. <https://ciencia.lasalle.edu.co/cgi/viewcontent.cgi?article=2747&context=economia>.
- Valencia-Ramírez, J. P. (2020a). Derecho, tecnología e innovación: blockchain y contratos inteligentes. *Revista de Investigación en Tecnologías de la Información*, 8(16), 46-55. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7576622>.
- Vector ITC. (2020). *Blockchain: disrupción, valor y seguridad*. Fundación Mapfre. <https://documentacion.fundacionmapfre.org/documentacion/publico/es/bib/171648.do>.
- Vidal, J. M. (2022). *Análisis jurídico de la implementación de blockchain en el proceso de titularización de activos en Ecuador*. Universidad del Azuay. <https://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/12596/1/18123.pdf>.
- Villameriel Martínez, I. (2019). *Blockchain y criptomonedas* (Tesis de grado en Comercio). Facultad de Comercio, Universidad de Valladolid. <https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/38340/TFG-J-95.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Weidenslaufer, C. (2022). Guía de referencia de blockchain para la adopción e implementación de proyectos en el Estado colombiano. *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*. https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio%2F10221%2F33444%2F2%-2FBCN_Criptomonedas_y_blockchain_2022.pdf.

ANÁLISIS, CRÓNICAS Y COMENTARIOS

LOS ROSTROS DEL POPULISMO

Juan Santiago Ylarri

Universidad de Buenos Aires

juan@ylarri.com.ar

Resumen

El populismo es un concepto muy difícil de definir, ya que es un término utilizado para designar realidades distintas. El presente trabajo se propone analizar las dificultades para definir este concepto. A su vez, se exponen las circunstancias que justifican el surgimiento de los populismos en los distintos países y se desarrollan las características de los diversos fenómenos populistas y las tensiones que genera con la democracia.

Palabras clave: populismo, democracia, crisis de representación, instituciones.

The Faces of Populism

Abstract

Populism is a very difficult concept to define, because it is a term used to designate different realities. The paper discusses the difficulties in defining this concept. The circumstances that justify the emergence of populism in different countries are also presented, and the characteristics of the different populist phenomena and the resulting tensions with democracy are developed.

Key words: populism, democracy, crisis of representation, institutions.

1. Introducción

Definir el populismo no es nada fácil. Tratar de desentrañar sus características, tampoco, ya que es un suceso que se da hoy en día, pero que también tuvo lugar décadas atrás. Es un fenómeno global, pues se da en América Latina, pero también en Europa y en otros continentes; tiene lugar en países subdesarrollados, pero también en los más ricos, y abarca posturas políticas contrapuestas.

En este trabajo me propongo delimitar la noción del populismo a través de sus diversos rostros o facetas. Me referiré a los alcances del fenómeno y sus

causas, pero sin pretender agotar —en estas pocas páginas— todas las teorías en torno a este concepto ni elaborar una hipótesis propia sobre la cuestión. Así las cosas, en un primer momento analizaré las dificultades para definir el concepto de populismo y expondré las circunstancias que justifican su surgimiento en los distintos países. Finalmente, desarrollaré las características de los distintos fenómenos populistas y las tensiones que generan con la democracia.

2. Populismo, una noción escurridiza

Si existe una cuestión en común en todas las investigaciones sobre el populismo, es que es un concepto muy difícil de enmarcar y definir, ya que designa realidades distintas. Así, se ha destacado que la noción de populismo es una palabra de moda en el siglo XXI (Mudde y Rovira Kaltwasser, 2017), que es “polémica” (Gargarella, 2013, p. 19), como un camaleón que adopta los colores del ambiente (Taggart, 2000, p. 2). También se ha sostenido que es como un espectro que asecha al mundo.¹

Ahora bien, más allá de las distintas características del populismo que luego voy a señalar, no hay acuerdo en qué es el populismo: si es una ideología, una estrategia² o un estilo de comunicación. Se plantea que muchas de las aproximaciones al concepto de populismo no son suficientes y se indica que es una configuración compleja, consolidada y múltiple del poder político basada en la soberanía popular (Anselmi, 2018, p. 2). Otros autores han señalado que es un fenómeno político (Paramio, 2006a, pp. 68-69) o que no es una forma de gobierno, sino una forma de gobernar (Bianchi, 2019, p. 379).³

A su vez, la palabra “populismo” tiene en el lenguaje corriente una connotación negativa, al estar estrechamente asociado con términos como “demagogia” y “prodigalidad económica”, que indican irresponsabilidad económica o política (Panizza, 2009, p. 9). Incluso se ha dicho que define más a los que

1 Ver al respecto Müller (2016, p. 7), quien cita la introducción a una obra sobre populismo editada por Ghita Ionescu y Ernest Gellner en 1969.

2 En esta línea, Weyland (1999, p. 381) caracteriza al populismo como una estrategia política en donde un líder personal apela a una heterogénea masa de seguidores que se sienten excluidos y que están disponibles para la movilización. El líder llega a sus seguidores de una manera directa, casi personal, que pasa por encima de las organizaciones intermedias establecidas, especialmente los partidos, y si revive un antiguo partido populista, sigue siendo un vehículo con un bajo nivel de institucionalización.

3 En este sentido, el autor afirma que el populismo “no es una forma de gobierno, es una forma de gobernar, una metodología signada por patrones más o menos usuales que, agitando las pasiones más básicas de la población personaliza el poder, deformando y corrompiendo la democracia, convirtiéndola en demagogia” (Bianchi, 2019, p. 379).

la utilizan que a los que se suele aplicar: es una herramienta política útil para estigmatizar a los adversarios. De este modo, se acusa de populistas a muchas figuras, y dadas las enormes diferencias entre éstas, la palabra “populismo” se ha convertido en un cascarón vacío, que puede ser llenado por los más dispares contenidos (Traverso, 2019).

Sin perjuicio de ello, se ha señalado que para caracterizar los populismos se pueden acudir a los términos que evocan las nociones clásicas de *elective despotism* de Thomas Jefferson, “despotismo democrático” de Alexis de Tocqueville o “democracia plebiscitaria” de Max Weber⁴ y, más recientemente, se ha hecho referencia al “autoritarismo electoral” (Schedler, 2006).

Ahora bien, ¿dónde puede encontrarse el populismo? América Latina es la región con la tradición populista más duradera y prevalente, teniendo en cuenta los altos niveles de desigualdad socioeconómica (Mudd y Rovira Kaltwasser, 2017, p. 9). Sin embargo, hay que tener en cuenta que el fenómeno populista no se limita a América Latina ni tampoco a un populismo de izquierda. El populismo se ha expandido por todo el mundo, también en Europa (Rojas, 2017), y pueden encontrarse —sobre todo en los últimos tiempos— populismos de derecha (Traverso, 2019). Se ha dicho que el populismo está arraigado, en general, en países desarrollados en donde adapta un derechismo extremista; y en países atrasados, con características más de izquierda (Vargas Llosa, 2017).

La existencia de populismos de izquierda y de derecha (Gandesha, 2018) se explica por el hecho de que el populismo es una ideología delgada, por lo que es consistente con diversas políticas públicas (Ginsburg y Huq, 2018, p. 82) y permite entender lo maleable del concepto (Mudde y Rovira Kaltwasser, 2017, p. 2). La fuerza expansiva del término “populismo” radica en su capacidad para ser empleado por todas las ideologías (Bianchi, 2019, p. 378). De este modo, es usado para presidentes de izquierda de América Latina, para candidatos de derecha en Europa o para candidatos a presidente en Estados Unidos tanto de izquierda (Bernie Sanders) como de derecha (Donald Trump).⁵

El populismo también es un fenómeno histórico; en América Latina se ha hablado de tres olas populistas: el populismo clásico, el populismo neoliberal y el populismo radical (Lochocki, 2018, pp. 45 y ss.).⁶ Como lo ha explicado Pani-

4 Al respecto, ver Lanzaro (2012, p. 45).

5 Sobre el particular, Weyland y Madrid (2019) han planteado que el populismo de Trump en la democracia de Estados Unidos tiene una incidencia limitada.

6 En relación con las diversas olas populistas, ver también Mudde y Rovira Kaltwasser (2017, pp. 28-32) y Mackinnon y Petrone (1998).

zza (2009, pp. 24-26), en cuanto al populismo clásico, la primera circunstancia que ha favorecido el surgimiento de la política populista estaría constituida por los cambios a nivel de la economía, la cultura y la sociedad, como los procesos de urbanización y modernización económica y los cambios en el equilibrio demográfico entre clases sociales y entre grupos regionales y étnicos. En el caso de Argentina, se pone el ejemplo de Juan Domingo Perón. También se cita el caso de Getulio Vargas, en Brasil.

En lo que respecta al populismo neoliberal, se plantea que se dio una ruptura del orden social y la pérdida de confianza en la capacidad del sistema político para restaurarlo. Las crisis económicas que se manifiestan en fenómenos como la hiperinflación son típicas de estas situaciones, como se dio en el advenimiento al Gobierno del presidente Carlos Menem. También se menciona el caso de Alberto Fujimori, en Perú. En efecto, hacia finales de la década de 1980 —llamada la “década perdida”—, por la gravedad de la crisis de la deuda se había extendido la idea de que era imprescindible cambiar el modelo económico, en la medida en que el modelo proteccionista centrado en la intervención y el gasto público parecía crecientemente inviable.

Con relación al populismo radical, se plantea el agotamiento de las tradiciones políticas y el desprestigio de los partidos políticos debido a las acusaciones de corrupción y a la falta de rendición de cuentas de sus actos, por lo que el populismo toma la forma de “la política de la antipolítica”, ya que los políticos y los partidos se convierten en el “otro” del pueblo. La “tercera ola” del populismo en América Latina se da con los Gobiernos de Hugo Chávez en Venezuela, Rafael Correa en Ecuador, Evo Morales en Bolivia y Néstor Kirchner —y luego su esposa, Cristina Fernández de Kirchner— en Argentina.

Así las cosas, no quedan dudas de que hoy en día estamos atravesando otra etapa populista. En este sentido, un autor se ha preguntado si este momento populista se transformará en una era populista, poniendo en duda la supervivencia de la democracia liberal (Mounk, 2018, p. 3). Se ha observado cómo las fuerzas populistas autoritarias son claramente las dominantes y están creciendo a nivel global. Además, se ha advertido que un porcentaje preocupante de ciudadanos desconfía cada vez más de la democracia misma como forma de gobierno, incluso entre segmentos de población que se sitúan en el centro del espectro político (Ungureanu y Serran, 2018, p. 30). De este modo, distintos autores han señalado que parece que estamos viviendo en la era del populismo

(Gandesha, 2018), de una nueva ola populista (Krastev, 2007), un renacimiento populista en muchos países (Roberts, 2007) o bien que se trata de una “epidemia viral” (Vargas Llosa, 2017, pp. 9-10).⁷ Se ha indicado también que 2016 fue el año del populismo con el triunfo de Trump y del Brexit (Anselmi, 2018) e incluso se ha destacado que llegó para quedarse (Panizza, 2009).

3. Circunstancias que justifican el advenimiento del populismo

Ahora bien, ¿cuáles son las circunstancias que justifican el advenimiento del populismo? Si bien hay algunos autores que relacionan el surgimiento del populismo a la dinámica misma de la democracia representativa (Arditi, 2004; Canovan, 1999), puede decirse que “crisis” es la palabra que explica su ascenso.⁸ Crisis de distinto tipo.

3.1 Crisis de representación

Una de estas crisis que explica el desarrollo del populismo es la crisis de representación.⁹ En efecto, esta se ha definido como una crisis de adaptación del sistema de partidos a una nueva realidad económica y social, en una fase en la que las reglas del juego han cambiado y en la que los políticos no aciertan a responder a las demandas sociales bajo estas nuevas reglas de juego. Indica que los actores políticos no encuentran estrategias adecuadas para mantener identidades con la que los electores se puedan identificar, quienes se sienten frustrados con las consecuencias de su voto. El problema se suscita cuando los partidos acumulan una sucesión de fracasos o no aparecen como alternativas creíbles, por lo que el descrédito puede extenderse al sistema de partidos y a los partidos como “clase” (Paramio, 2006b, pp. 26 y ss.).

En muchos lugares, los populismos han surgido en contextos de crecimiento

7 A su vez, el autor señala que el populismo “no se trata de una ideología sino de una epidemia viral —en el sentido más tóxico de la palabra— que ataca por igual a países desarrollados y atrasados, adoptando para cada caso máscaras diversas, de ultraizquierdismo en el tercer mundo y de derechismo extremista en el primero. El populismo es una degeneración de la democracia, que puede acabar con ella desde dentro. Ni siquiera los países de más arraigadas tradiciones democráticas, como Gran Bretaña, Francia, Holanda y Estados Unidos, están vacunados contra esta enfermedad” (Vargas Llosa, 2017, pp. 9-10).

8 Como se ha señalado, la posibilidad del triunfo del populismo se da por la existencia de una crisis (Cassagne, 2017, p. 31). En la misma línea, se ha destacado que el surgimiento de un populismo y de una autoridad carismática surge en tiempos de angustia o dificultad, cuando parte de la población se ve superada por una sensación de crisis y colapso moral (Taggart, 2000, p. 99).

9 He abordado esta cuestión con más detalle en Ylarri (2015).

de la pobreza y por la frustración de muchos sectores de no ver representados sus intereses. De esta forma, en muchos países, los sistemas de partidos establecidos no han generado ofertas políticas creíbles que les permitieran a estos sectores sentirse representados; a consecuencia de ello, ha ido creciendo el escepticismo hacia las instituciones políticas en su conjunto (Paramio, 2006a, p. 66).

Sin embargo, cabe aclarar que la aparición de liderazgos populistas no exige necesariamente un colapso previo del sistema de partidos. La condición fundamental es la existencia de una crisis de representación donde una parte importante de la sociedad siente que ninguno de los partidos existentes representa sus intereses (Paramio, 2006a, p. 68).

3.2 Desilusión con la política

Otra circunstancia que conduce al populismo es la desilusión con la política. Así, con acierto se ha expresado que los ciudadanos llevan mucho tiempo desilusionados con la política, llegando hasta tal punto esa desilusión que muchas personas se han cansado de la democracia liberal misma, perdiendo la confianza en la democracia y dándole menos importancia a vivir dentro de ella. Esta situación produjo el auge del populismo en todo el mundo (Mounk, 2018, pp. 2, 99 y 108).

3.3 Corrupción

La corrupción política es otra circunstancia que favorece al populismo. En efecto, esta juega un papel importante también en este punto, generando una desconfianza política absoluta, pues si el proceso de asignación de poder a las instituciones del Estado y la gestión de las instituciones puede modificarse mediante acciones ajenas al procedimiento a favor de grupos de interés o personas concretas, no habría motivo para que los ciudadanos respeten la delegación de poder que hacen a favor de sus gobernantes (Castells, 2009, p. 377).

3.4 La constitución como libro de ciencia ficción

Otra de las cuestiones que explican el surgimiento del populismo es la brecha entre las normas constitucionales que deberían regir y la realidad. Por ejemplo, en el caso de América Latina, se ha puesto de relieve que la mayoría de los Estados adoptaron constituciones republicanas hace casi dos siglos. Sin embargo, estas nuevas instituciones previstas en las normas fundamentales se

superpusieron en sociedades marcadas por Estados débiles y vastas desigualdades socioeconómicas, étnicas y regionales. Así, el resultado fue a menudo una brecha dramática entre las reglas escritas en las constituciones y la forma en que la política funcionaba en la práctica. Por ello, la tensión entre la promesa de igualdad política y las realidades de la desigualdad económica y social fue una fuente constante de inestabilidad del régimen (Brinks et al., 2019, p. 1). En la misma línea se ha expresado que, si bien la democracia liberal ha sido el sistema político dominante en la mayor parte de mundo, en las últimas décadas este se ha vuelto menos democrático. La democracia ha prometido que el pueblo gobierna, pero, en la práctica, ignora la voluntad popular con una desalentadora frecuencia (Mounk, 2018, p. 254).

Sin embargo, la crisis de representación no está dada únicamente por el mal ejercicio por parte de los representantes en sus funciones. Por el contrario, Gargarella (1997) ha planteado que la crisis de representación tiene mucho que ver con el modo en que las mismas instituciones políticas fueron diseñadas.

Muchas instituciones no fueron diseñadas con el objetivo de promover la intervención de la ciudadanía en los asuntos públicos, sino que más bien fueron pensadas para desalentar dicha participación. Se procuraba separar y dotar de enorme autonomía al cuerpo de representantes. Es por ello que hoy se cuenta con un sistema político más sensible a las presiones de grupos de interés que a la voluntad de la ciudadanía. (Gargarella, 1997, p. 93)

3.5 Crisis económicas

Las crisis económicas también permiten explicar el surgimiento de nuevos populismos. Así, la crisis de representación está unida también a la falta de respuesta por parte de los Gobiernos a las crisis económicas. Por ejemplo, se ha dicho que después de la crisis económica de la década de 1990 y principios de 2000, América Latina se convirtió en un terreno fértil para los políticos populistas (Edwards, 2010, p. 165). En la misma línea, se ha esgrimido que la gran crisis económica iniciada en 2008 ha puesto en evidencia la imposibilidad de los dirigentes políticos de corregir la creciente desigualdad. Lo mismo se ha puntualizado respecto a la creciente crisis ecológica, producida principalmente por el aumento de la explotación capitalista descontrolada de la naturaleza, que pone en entredicho las condiciones mismas de existencia de la comunidad política (Ungureanu y Serran, 2018, p. 28). Entre otras crisis causantes del ascenso del populismo, se ha planteado también el clima laboral difícil, caracterizado

por la baja seguridad laboral y el aumento de los flujos de migrantes en busca de trabajo (Mastropaolo, 2008, p. 36).

Esto se suma a la inmigración, que es señalada como una amenaza a las identidades culturales, el aumento del crimen y, como ya destacué, el considerable deterioro de las democracias occidentales, las cuales no solo han demostrado en muchas ocasiones ser impotentes cuando se trata de regular la economía, sino que también han sido desacreditadas por una serie de escándalos de corrupción (Mastropaolo, 2008, p. 36).

3.6 Crisis reales y crisis inventadas

Muchas veces, los populismos, para crecer, no se valen de verdaderas crisis, sino más bien de crisis inventadas. De este modo, muchas veces son los propios populistas quienes crean esa sensación de crisis. Se ha puesto de ejemplo el hecho de que los partidos populistas de derecha radical en Europa intentan redefinir los aumentos de la cantidad de refugiados como una “crisis de inmigración”, que, según ellos, es causada por los partidos dominantes corruptos e incompetentes (Mudde y Rovira Kaltwasser, 2017, p. 106). Así, se ha señalado que las crisis muchas veces no son eventos “neutrales”, sino que a menudo los populistas “preparan el escenario” de la crisis para dividir al pueblo contra la élite, se presentan como la voz soberana del pueblo y simplifican radicalmente los procedimientos y las instituciones (Moffitt, 2018).

3.7 Las cuatro “D”

Otros autores (Eatwell y Goodwin, 2018) han expuesto la crisis de la democracia refiriéndose a las “cuatro D”: desconfianza (*distrust*), destrucción (*destruction*), privación (*deprivation*) y desalineación o desajuste (*de-alignment*), las cuales generan el ascenso de los populistas y que, en cierta medida, han sido reflejadas en los apartados anteriores. La primera se refiere a la desconfianza hacia los políticos e instituciones, lo que genera un sentimiento entre un gran número de ciudadanos que piensan que ya no tienen voz en el debate público. La segunda hace referencia a la inmigración y a los cambios étnicos, por los cuales se han cultivado fuertes temores sobre la posible destrucción de la identidad histórica y las formas de vida establecidas en una nación. La tercera (privación) se refiere a las crecientes desigualdades de ingresos y riqueza y la pérdida de fe en un futuro mejor. Finalmente, la cuarta (el desajuste o desalineación), hace alusión al fin

de la existencia de una política relativamente estable, con partidos dominantes fuertes y votantes leales. Por el contrario, en la actualidad, estos lazos se rompen y los sistemas políticos son más volátiles, fragmentados e impredecibles.

4. El populismo y sus características

Desde una aproximación formal, Laclau (2009) señala que no hay que preguntarse si un movimiento es o no populista, sino hasta qué punto lo es. Hay distintas formas de acercamiento al concepto de populismo, cuyo enfoque puede ser abordado en tres grandes categorías: la de “generalizaciones empíricas”, que intenta extraer una serie de características definitorias positivas que podría ofrecer un grupo distintivo de atributos para caracterizar el fenómeno; “explicaciones historicistas”, que consiste en vincular el populismo con un determinado período histórico, formación social, proceso histórico o conjunto de circunstancias históricas; y el enfoque de las “interpretaciones sintomáticas”, que incorpora algunos de los rasgos que caracterizan al populismo según los enfoques empírico e historicista, pero justifica su inclusión en función del núcleo analítico del concepto sobre la base de la constitución del pueblo como un actor político (Panizza, 2009, pp. 11-13). Así las cosas, desde el punto de vista de las “generalizaciones empíricas”, pueden destacarse diversos rasgos relevantes que permitirían caracterizar al populismo en sus diversas experiencias.¹⁰

4.1 Discurso antipolítico

Una de los rasgos es la presencia de un discurso antipolítico, en el cual el rechazo a la política aparece como uno de los ejes de la convocatoria, que cae en un terreno fértil en aquellas sociedades donde los partidos y el ejercicio de la actividad política es mal evaluada por la población (Benavente Urbina y Cirinio, 2005, pp. 37-39).

4.2 Voluntad de movilización

En general, se observa una fuerte voluntad de movilización, en tanto impor-

10 Por su parte, Urbinati (2019, pp. 190-192) emplea varias categorías para tipificar el populismo: el “faccionalismo”, que surge de una concepción posesiva de los derechos y las instituciones; el “mayoritarismo”, que retuerce el principio de mayoría para ponerlo al servicio de una mayoría; el “*dux cum populo*”, que corresponde a la representación como encarnación; y el “antipartidismo”, que es la fuerza motriz de populista. En este marco, la autora desarrolla cuatro tendencias y escenarios del fenómeno populista. Por su parte, Müller (2016) elabora siete tesis sobre el populismo.

tantes sectores de la población son convocados para darle respaldo social al discurso y a la acción populista (Benavente Urbina y Cirinio, 2005, pp. 37-39).

4.3 Retórica nacionalista

La retórica nacionalista se distingue en que la apelación al sentimiento nacionalista sería como uno de los vehículos emocionales que la conducción populista establece con la población (Benavente Urbina y Cirinio, 2005, pp. 37-39).

4.4 Estilo de comunicación política y conducción personalizada

Se afirma que el populismo tiene un claro estilo mediático de comunicación política, estableciendo una especie de diálogo directo entre la conducción y la base (Benavente Urbina y Cirinio, 2005, pp. 37-39). Sobre este aspecto, por ejemplo, Weyland (1999, p. 381) caracteriza al populismo como una estrategia política en donde un líder personal apela a una heterogénea masa de seguidores que se sienten excluidos y que están disponibles para la movilización. Puntualiza que el líder llega a sus seguidores de una manera directa, casi personal, que pasa por encima de las organizaciones intermedias establecidas, especialmente los partidos, y si revive un antiguo partido populista, sigue siendo un vehículo con un bajo nivel de institucionalización.

Así, en relación con la retórica populista, se afirma que el hábil uso del lenguaje, su conexión con el imaginario popular, las estrategias y juegos de palabras que los populistas desde siempre han intentado articular son parte de un escenario que está estrechamente ligado e identificado con el fenómeno en Latinoamérica. En definitiva, es a través de las estructuras argumentativas y las fórmulas retóricas de las palabras que los populistas pueden desplegar su capacidad estratégica para transmitirles a sus audiencias diversas significaciones y representaciones de la realidad (Elórtegui Gómez, 2013, p. 89).

De este modo, una de las grandes características de los populismos es la conducción personalizada, en tanto tienen siempre un caudillo como conductor y su carisma es uno de los elementos constitutivos de la conformación de la convocatoria populista (Benavente Urbina y Cirinio, 2005, pp. 37-39). Así, se ha señalado que una de las características del populismo es la presencia de un líder fuerte, generalmente carismático.¹¹

11 Sobre el liderazgo carismático, ver Arranz (1987).

Se habla también de la delegación del pueblo en un portavoz, indicándose que los populismos en América Latina emplean el lenguaje y los elementos simbólicos como vínculo y representación de un pacto con los sectores populares. Estos últimos, a su vez, depositan su confianza y, por tanto, sus apoyos políticos manifestados en votos cuando son partícipes y testigos de lo simbólico (Elórtégui Gómez, 2013, pp. 104 y 106). Así, se ha dicho que la encarnación o personificación es la forma peculiar de representación que caracteriza a los movimientos y regímenes populistas (Urbinati, 2019, pp. 113 y ss.).

Por otro lado, cabe destacar que la forma por excelencia de movilización populista es la de un individuo que, en gran medida independiente de una organización partidaria existente, hace campaña y reúne apoyo en función de su atractivo personal (Mudde y Rovira Kaltwasser, 2013) y carisma. Así, los populismos se caracterizan por la presencia fuerte de un líder, lo que lleva, a su vez, a tener una estructura fuertemente centralizada (Taggart, 2000, p. 99). Es por eso que el líder populista considera que la voluntad del pueblo no necesita ser mediada (Mounk, 2018, p. 8). La naturaleza del liderazgo populista es reemplazar las instituciones y las normas con la voluntad del líder carismático (Taggart, 2000, p. 99). De este modo, por su debilidad, las instituciones formales muchas veces terminan siendo irrelevantes (Brinks et al., 2019, p. 56).

Así, otros autores ponen foco en la concentración de poder. En efecto, en muchas ocasiones se produce una delegación de facultades legislativas al Ejecutivo. Es por esta amplia delegación de facultades legislativas en el presidente que O'Donnell (1994) ha llamado a estas democracias no “democracias representativas”, sino “democracias delegativas”. Afirma que este tipo de democracia era estudiado como un capítulo del análisis de los autoritarismos, como el populismo, pero lo considera un tipo peculiar de democracia. Señala que las democracias delegativas se basan en la premisa de que quien sea que gane una elección presidencial, tendrá el derecho a gobernar como él considere apropiado, restringido sólo por la realidad de las relaciones de poder existentes y por un período en funciones limitado constitucionalmente, considerándose al presidente como la encarnación del país, principal custodio e intérprete de sus intereses. Sostiene que la rendición de cuentas ante el Poder Legislativo y el Poder Judicial aparece como un mero obstáculo a la plena autoridad que le ha sido delegada al presidente. De esta forma, se da una acentuada personalización y concentración en el Poder Ejecutivo, llevando al “decretismo”.¹² En la misma

12 En la misma línea, ver el análisis efectuado sobre la situación argentina por Rose-Ackerman et al. (2011).

línea, Weyland (1994, p. 391) señala que los líderes populistas hacen esfuerzos para concentrar el poder realizando reformas a través de decreto. También se hace ha hecho alusión a las “presidencias imperiales” (Basabe-Serrano, 2017).

4.5 Populismo, los medios de comunicación y las nuevas tecnologías

Cabe hacer una breve referencia al papel de los medios de comunicación y las redes sociales en la difusión del populismo. El éxito de algunos populismos se ha dado, entre otras cuestiones, por líderes que tenían el control de gran parte de los medios de comunicación, como en los casos de Thaksin Shinawatra, en Tailandia, y de Silvio Berlusconi, en Italia.

Otros líderes populistas han aprovechado las nuevas tecnologías, las cuales han abierto muchas oportunidades para los actores populistas aprovechando las redes sociales para “hablar directamente” con las personas (Moffitt, 2016). De este modo, si bien se ha señalado que las redes sociales pueden ser vehículos para fomentar el pluralismo y el debate racional, muchas veces pueden ser usadas, por ejemplo, para incitar el odio racial (Brinks et al., 2019, p. 143), o bien son un espacio en el que se crean nichos de personas que piensan de un modo similar, lo que supone que se refuerza una sola visión de la realidad.¹³ Así las cosas, se habla de un “populismo de los medios”, referido al entorno global de comunicación de masas que facilita la circulación de las corrientes populistas en el cuerpo democrático (Mazzoleni, 2008).

4.6 Soluciones sencillas

Vale destacar que, ante las crisis —reales, o bien creadas o exageradas—, los populistas ofrecen soluciones sencillas. Se ha dicho que donde la democracia requeriría elaborados procedimientos para resolver problemas cíclicos, permitir la deliberación y proteger los intereses de las minorías, el populismo ofrece una solución sencilla: “Vota por mí y la verdadera voz del pueblo se hará realidad” (Ginsburg y Huq, 2018, p. 80).

Así, el atractivo populista está precisamente en que pretende darles soluciones fáciles a los problemas. En este sentido, se ha señalado que a los votantes

13 En este sentido, de modo más general sobre el fenómeno populista, se ha señalado que daña el antagonismo político porque deteriora la “amistad” entre los ciudadanos y crea nichos de individuos afines, hecho que pone en peligro la condición básica de respeto entre “bandos” y “partes” opuestos de la sociedad y el proceso de discusión de ideas (Urbinati, 2019, pp. 197).

no les gusta pensar que el mundo es complicado y que no hay una solución inmediata a sus problemas. Por eso, muchos se inclinan por cualquiera que les ofrezca una solución fácil (Mounk, 2018, p. 38). En la misma línea, se ha expresado que los populistas cuestionan a menudo las reglas básicas del juego democrático y, a cambio, ofrecen soluciones mágicas a los problemas complejos de la sociedad (Ungureanu y Serran, 2018, p. 30).

4.7 Desconfianza en las instituciones

Dada la desconfianza que existe en las instituciones, estas quedan descolocadas como canales de mediación. Se dice que el populismo puede ganar adeptos donde las instituciones han entrado en desprestigio (Benavente et al., 2005, pp. 37-39).

Al respecto, se ha descrito cómo con el tiempo el populismo termina corroyendo las propias instituciones democráticas. En este orden de ideas, se ha dicho que

la consolidación de un liderazgo populista contribuye a profundizar la crisis de los partidos preexistentes, ya que su discurso fomenta el descrédito de éstos, y a menudo sus políticas están dirigidas a socavar los mecanismos de funcionamiento de la representación, erosionando sus bases sociales y recortando su papel en las instituciones. En último término, el ataque a la supuesta “oligarquía política” conduce casi inevitablemente a un ataque a las propias instituciones políticas —más allá de los partidos— y al intento de crear una nueva institucionalidad a la medida del régimen populista, lo que puede tener efectos negativos muy duraderos para la vida política democrática, más allá del propio ciclo populista. (Paramio, 2006a, p. 68)

En esta línea, se ha sostenido que los nuevos populismos conducen al desmantelamiento o a la perversión de las instituciones democráticas y, muy en particular, de las que cumplen la función de contrapesar o controlar al Poder Ejecutivo. La herencia política del populismo es de una enorme gravedad, toda vez que después no solo es preciso recuperar las instituciones democráticas, sino también la confianza de los ciudadanos en ellas. Además, el problema de la crisis de representación se agrava si el propio sistema de partidos ha resultado arrasado por el Gobierno populista, siendo más dificultoso reconstruir identidades partidarias capaces de estabilizar la representación política (Paramio, 2006a, pp. 68-69).

En este mismo sentido, se ha sostenido que, dado que el líder populista es

el único que canaliza y manifiesta la voluntad del pueblo, no son necesarias las instituciones intermedias de la democracia representativa tradicional. Así las cosas, por implicación, las instituciones como los tribunales, las legislaturas y los defensores del pueblo que se resisten al programa populista son considerados como instrumentos de una élite corrupta e ilícita (Ginsburg y Huq, 2018, p. 80).

4.8 Relación del líder populista con el Congreso y el Poder Judicial

Cabe hacer algunas precisiones respecto a la relación del líder populista con el Congreso y el Poder Judicial.

Por un lado, el líder populista carismático intentará tener aliados en el Poder Legislativo, puesto que es preferible tener el apoyo y no generar la ruptura de la rama legislativa, lo cual a largo plazo es más conveniente (Ginsburg y Huq, 2018, p. 101). De modo tal que, mientras mantenga la mayoría en el Parlamento, el Estado populista relega la primacía de la justicia sobre el derecho legislado. Sin embargo, cuando el movimiento populista radicalizado pierde el control sobre el Parlamento, el Gobierno populista abandona el positivismo legalista, desobedece al Parlamento con la complicidad de un Poder Judicial adicto y comienza a adoptar medidas de excepción. De esta forma, las instituciones del Estado terminan viéndose supeditadas a la voluntad del presidente populista (Cassagne, 2017, pp. 55 y 237-238).

4.9 Populismo constitucional

Una cuestión relevante en el quiebre de las instituciones es la búsqueda de reformas constitucionales. Se ha acuñado el término “populismo constitucional”, que se originó a partir de un análisis de aquellos populismos que, una vez en el gobierno, habían llevado a cabo una reforma constitucional en una dirección marcadamente populista, como en el caso de Hugo Chávez en Venezuela, Evo Morales en Bolivia y Viktor Orbán en Hungría (Anselmi, 2018, pp. 87 y ss.).

Se ha dicho que estos profundos cambios institucionales tuvieron un impacto negativo en la democracia, en tanto se ha debilitado la responsabilidad horizontal y, por lo tanto, se facilitó la concentración de poder en manos del presidente (Lochocki, 2018, p. 45). Por otro lado, O'Donnell (1994) afirma que, en la medida en que las políticas sean reconocidas como exitosas por segmentos de la población que tienen peso electoral, los presidentes delegativos consideran simplemente odioso que sus períodos deban limitarse constitucionalmente.

En otras ocasiones, cuando no es posible la reforma constitucional formal, se acude a una reforma no ya a través de un proceso constituyente, sino acudiendo a la interpretación de la constitución por parte de la jurisdicción constitucional.

4.10 El pueblo vs. el otro

Teniendo en cuenta el enfoque sintomático ya mencionado, cabe precisar que el populismo implica un discurso anti *statu quo* que simplifica el espacio político mediante la división simbólica de la sociedad entre el “pueblo” y su “otro”. Estas son construcciones políticas constituidas simbólicamente mediante la relación de antagonismo y no de categorías sociológicas. Se afirma que una dimensión anti *statu quo* es esencial al populismo, ya que la constitución plena de las identidades populares necesita la derrota política del “otro”, el cual es percibido como opresor o explotador del pueblo y, por lo tanto, como el que impide su presencia plena. El “otro” en oposición al “pueblo” puede ser presentado en términos políticos o económicos, lo que puede significar “los políticos”, “la oligarquía” o cualquier otro grupo que le impida al pueblo lograr la plenitud (Panizza, 2009, pp. 13-14).

En este sentido, se ha planteado que este “discurso populista” es lesivo para la democracia y que

denuncia a la elite política anterior y al conjunto de los partidos políticos tradicionales como traidores a los intereses populares, para presentar a los nuevos gobernantes como verdaderos representantes de esos intereses. Y por ello pide el máximo respaldo social para evitar que la oposición bloquee la acción del gobierno desde las instituciones democráticas. (Paramio, 2006a, pp. 64-65)

Asimismo, se ha dicho que este discurso político se caracterizaría por descalificar a una oligarquía —de la que son parte sustancial los políticos de partido— dirigiéndose a los individuos como miembros de un colectivo, el pueblo, víctima de la oligarquía. El populismo, entendido de esta forma, es el discurso de un líder que asume la representación del pueblo fuera de los partidos preexistentes y frente a ellos. Todas las organizaciones políticas y sociales que se presenten como un obstáculo a su liderazgo o no lo acepten estarán condenadas a ser englobados dentro de la oligarquía, debiendo, por tanto, ser reemplazadas por otras realmente “populares” (Paramio, 2006b, pp. 26 y ss.). Esto puede resumirse en lo que sostenía Recep Tayyip Erdogan en Turquía: “Nosotros somos el pueblo, ¿ustedes quiénes son?” (como se citó en Müller, 2016, p. 3).

5. Democracia, diálogo e interacción pública

Es claro que la creación de enemigos por parte del populismo no fomenta el diálogo y la interacción pública. Esta retórica tan extrema contra sus enemigos no permite el pluralismo y lleva a la polarización política (Lochocki, 2018, p. 45). En la misma línea, se ha expresado que los electores y líderes populistas se inclinan a retratar a sus enemigos como actores ilegítimos y generalmente defienden la voluntad del “pueblo” por cualquier medio, por lo tanto, tienen poco respeto por las fuerzas opositoras. La consecuencia de este comportamiento es que la batalla política se transforma en un juego de suma cero en el que es casi imposible llegar a acuerdos entre el Gobierno y la oposición (Lochocki, 2018, p. 45).

De este modo, ¿puede decirse que el populismo es algo completamente opuesto a la democracia?¹⁴ Muchos autores han puesto foco en cómo este fenómeno afecta la democracia. Así, se habla de “erosión democrática” (Ginsburg y Huq, 2018, p. 3.), “retroceso democrático” (Luo y Przeworski, 2023), “fatiga democrática” (Van Reybrouck, 2016, p. 21) y de la “muerte de las democracias” (Levitsky y Ziblatt, 2018).

Ahora bien, lo paradójico del surgimiento de los populismos es que es la propia democracia la que produce ideologías y dinámicas que corroen los fundamentos mismos de la democracia (Ginsburg y Huq, 2018, p. 78). Así, los principales actores populistas se mueven en un marco de democracia liberal (Mudde et al., 2017, p. 2); organizan un partido o movimiento político “anti-sistema” en el sentido de que es simplemente incompatible con los necesarios predicados institucionales de la democracia (Ginsburg y Huq, 2018, p. 81).

Por ello, algunos han planteado que el populismo ya no es una hipótesis extrema en el juego democrático y tampoco una desviación, una anormalidad, una degeneración o una patología de la democracia. Por el contrario, se afirma que es una demanda ciudadana de más democracia, aunque una vez que llegan al poder, genera una involución en las instituciones democráticas (Anselmi, 2018). Otro autor (Bianchi, 2019, p. 380) ha planteado que para el líder populista la democracia y sus instituciones no son más que un medio para llegar al poder, consolidarse y, en lo posible, eternizarse en él.

Por lo tanto, no puede negarse que el populismo tiene también una serie de tendencias antidemocráticas, como la creación de una oposición con la “élite”, la negación de la heterogeneidad y su tendencia al extremo (Moffitt, 2016). En

14 Sobre el punto, ver Mudde y Rovira Kaltwasser (2013), en donde se debate sobre la cuestión analizando casos de diversos países.

la misma línea, se ha sostenido que muchos líderes populistas han concentrado el poder socavando la responsabilidad horizontal, atacando a los medios y partidos de oposición, exacerbando la polarización política y social y debilitando severamente las normas e instituciones democráticas (Lochocki, 2018, p. 154).¹⁵

6. Conclusiones

En el presente trabajo me he propuesto delimitar el concepto de populismo, mostrando sus diversos rostros o facetas. Así, he intentado mostrar lo maleable y escurridizo que es, como también que es posible predicarlo respecto a realidades muy diversas e ideas políticas contrapuestas en diferentes países.

Hay muchas circunstancias que han dado pie al surgimiento de distintos líderes populistas. La cuestión podría sintetizarse en una palabra: crisis, la cual puede ser de distinto tipo. La más clara es la crisis de representación, en la que el sistema democrático se encuentra envuelto hace tiempo. Pero también se dan otras circunstancias muy variadas, como la desilusión con la política, la corrupción, la falta de cumplimiento de las constituciones —que en ocasiones dejan de tener fuerza normativa y se parecen más a un libro de ciencia ficción— y las crisis económicas, entre otras cuestiones.

En este contexto, he intentado esbozar algunas características que suelen tener los populismos, como el discurso antipolítico, la voluntad de movilización, la retórica nacionalista, una conducción personalizada y desconfianza en las instituciones, entre otros. En definitiva, el líder populista divide a la sociedad entre el pueblo —encarnado en el líder populista— y el otro —el enemigo apuntado por el populista—. Esta cuestión no favorece el diálogo y la interacción pública y corroe la democracia.

Como he analizado en estas páginas, no puede negarse que los movimientos populistas han puesto en la discusión pública una serie de deudas pendientes de la democracia, como las grandes desigualdades o la falta de respuesta de las instituciones ante grandes necesidades de la población —muchas veces, necesidades insatisfechas de millones de personas—, la cual, en muchas ocasiones, no se siente adecuadamente representada.

15 En el mismo sentido, se ha expuesto que los populismos socavaron los controles institucionales, restringieron la competencia electoral, limitaron los derechos e imitaron los debates en la esfera pública (Ginsburg y Huq, 2018, pp. 117-118). De igual modo, se ha dicho, por ejemplo, que en Hungría y Polonia se destruyó a la prensa independiente, se socavaron las instituciones independientes y se silenció a la oposición (Mounk, 2018, p. 2).

Asimismo, he propuesto algunas cuestiones sobre las cuales los sistemas democráticos deberían poner énfasis para fijar un coto a la erosión democrática y trabajar para una democracia fértil (Ylarri, 2021). Aquí, he intentado poner de manifiesto las circunstancias que llevan al surgimiento del populismo y las características de este fenómeno. Ante este estado de situación, resulta necesario repensar el funcionamiento de la democracia liberal y captar el llamado de atención que el populismo hace, a fin de encauzar las demandas válidas a través de un sistema que refuerce las instituciones y respete la diversidad. Por ello, creo que es importante poner foco en solucionar estas crisis dentro de un marco constitucional para evitar caer en soluciones que llevan a un deterioro más profundo de la democracia. Parafraseando el lema de una campaña presidencial, creo que es fundamental: *Make Democracy Great Again*.

Bibliografía

- Anselmi, M. (2018). *Populism. An introduction*. Routledge.
- Arditi, B. (2004). El populismo como espectro de la democracia: una respuesta a Canovan. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 47(191), 105-120.
- Arranz, R. M. (1987). El liderazgo carismático en el contexto del estudio del liderazgo. En Álvarez Junco, J. (Comp.), *Populismo, caudillaje y discurso demagógico* (1ª ed., pp. 73-99). Centro de Investigaciones Sociológicas.
- Basabe-Serrano, S. (2017). The Different Faces of Presidentialism: Conceptual Debate and Empirical Findings in Eighteen Latin American Countries. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, (157), 3-22.
- Benavente Urbina, A. y Cirinio, J. A. (2005). *La democracia defraudada. Populismo revolucionario en América Latina*. Grito Sagrado.
- Bianchi, A. B. (2019). *La separación de poderes. Un estudio desde el derecho comparado*. Cathedra Jurídica.
- Brinks, D., Levitsky, S. y Murillo, M. V. (2019). *Understanding Institutional Weakness. Power and Design in Latin American Institutions*. Cambridge University Press.
- Canovan, M. (1999). Trust the People! Populism and the Two Faces of Democracy. *Political Studies*, XLVII, 2-16.
- Cassagne, J. C. (2017). *El Estado populista*. BdeF.
- Castells, M. (2009). *Comunicación y poder*. Alianza Editorial.
- Eatwell, R. y Goodwin, M. (2018). *National Populism. The Revolt Against Liberal Democracy*. Pelican Books.
- Edwards, S. (2010). *Left Behind. Latin America and the False Promise of Populism*. The University of Chicago Press.

- Elórtegui Gómez, C. (2013). *Populismo y comunicación: la política del malestar en el contexto latinoamericano*. UOC.
- Gandesha, S. (2018). Understanding Right and Left Populism. En Morelock, J. (Ed.), *Critical Theory and Authoritarian Populism* (pp. 107-133). University of Westminster Press.
- Gargarella, R. (1997). *Crisis de representación*. Fontamara.
- Gargarella, R. (2013). *Latin American Constitutionalism, 1810 – 2010. The Engine Room of the Constitution*. Oxford University Press.
- Ginsburg, T. y Huq, A. Z. (2018). *How to Save a Constitutional Democracy*. University of Chicago Press.
- Krastev, I. (2007). The Strange Death of the Liberal Consensus. *Journal of Democracy*, 1(4), 56-63.
- Laclau, E. (2009). Populismo: ¿qué nos dice el nombre? En Panizza, F. (Comp.), *El populismo como espejo de la democracia* (pp. 51-70). Fondo de Cultura Económica.
- Lanzaro, J. (2012). *Presidencialismo y Parlamentarismo. América Latina y Europa Meridional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Levitsky, S. y Ziblatt, D. (2018). *How Democracies Die*. Crown Publishing.
- Lochocki, T. (2018). *The Rise of Populism in Western Europe. A Media Analysis on Failed Political Messaging*. Springer.
- Luo, Z. y Przeworski, A. (2023). Democracy and its Vulnerabilities: Dynamics of Democratic Backsliding. *Quarterly Journal of Political Science*, 18(1), 105-130.
- Mackinnon, M. M. y Petrone, M. A. (1998). *Populismo y Neopopulismo en América Latina. El problema de la cenicienta*. Eudeba.
- Mastropaolo, A. (2008). Politics against Democracy: Party Withdrawal and Populist Breakthrough. En Albertazzi, D. y McDonnell, D. (Eds.), *Twenty-First Century Populism. The Spectre of Western European Democracy* (pp. 30-48). Pallgrave Macmillan.
- Mazzoleni, G. (2008). Populism and the Media. En Albertazzi, D. y McDonnell, D. (Eds.), *Twenty-First Century Populism. The Spectre of Western European Democracy* (pp. 49-64). Pallgrave Macmillan.
- Moffitt, B. (2016). *The Global Rise of Populism. Performance, Political Style, and Representation*. Stanford University Press.
- Moffitt, B. (2018). Populism 2.0. Social media and the false allure of “unmediated” representation. En Fitz, G., Mackert, J. y Turner, B. S. (Eds.), *Populism and the Crisis of Democracy* (Vol. 2, pp. 30-46). Routledge.
- Mounk, Y. (2018). *The People vs. Democracy. Why Our Freedom Is in Danger and How to Save It*. Harvard University Press.
- Mudde, C. y Rovira Kaltwasser, C. (Eds.). (2013). *Populism in Europe and the Americas: Threat or Corrective for Democracy?* Cambridge University Press.
- Mudde, C. y Rovira Kaltwasser, C. (2017). *Populism. A Very Short Introduction*. Oxford University Press.
- Müller, J. W. (2016). *What is populism?* University of Pennsylvania Press.
- O'Donnell, G. (1994). Delegative Democracy. *Journal of Democracy*, 5(1), 55-69.
- Panizza, F. (2009). El populismo como espejo de la democracia. En Panizza, F. (Comp.), *El populismo como espejo de la democracia* (pp. 9-49). Fondo de Cultura Económica.
- Paramio, L. (2006a). Giro a la izquierda y regreso del populismo. *Nueva Sociedad*, 205, 62-74.

- Paramio, L. (2006b). La izquierda y el populismo. En Pérez Herrero, P. (Comp.), *La “izquierda” en América Latina* (pp. 21-46). Pablo Iglesias.
- Roberts, K. M. (2007). Latin America’s Populist Revival. *SAIS Review of International Affairs*, 27(1), 3-15.
- Rojas, M. (2017). El populismo en Europa Occidental. En Vargas Llosa, A. (Coord.), *El estallido del populismo* (pp. 353-379). Buenos Aires.
- Rose-Ackerman, S., Desierto, D. A. y Volosin, N. (2011). Hyper-Presidentialism: Separation of Powers without Checks and Balances in Argentina and the Philippines. *Berkeley Journal of International Law*, 29(1), 246-333.
- Schedler, A. (2006). *Electoral authoritarianism*. Lynne Rienner.
- Taggart, P. (2000). *Populism*. Open University Press.
- Traverso, E. (2019). *The New Faces of Fascism. Populism and the Far Right*. Verso.
- Ungureanu, C. y Serran, I. (2018). El populismo como relato y la crisis de la democracia representativa. *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, (119), 13-33.
- Urbinati, N. (2019). *Me the People. How populism transforms democracy*. Harvard University Press.
- Van Reybrouck, D. (2016). *Against Elections. The case of democracy*. Bodley Head.
- Vargas Llosa, M. (2017). El populismo, el nuevo enemigo. En Vargas Llosa, A. (Coord.), *El estallido del populismo* (pp. 9-21). Buenos Aires.
- Weyland, K. (1999). Neoliberal populism in Latin America and Eastern Europe, *Comparative Politics*, 31(4), 379-401.
- Weyland, K. y Madrid, R. (2019). *When Democracy Trumps Populism. European and Latin American Lessons for the United States*. Cambridge University Press.
- Ylarri, J. S. (2015). Populismo, crisis de representación y democracia. *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 18(1), 179-199.
- Ylarri, J. S. (2021). El ascenso del populismo y la erosión democrática. En Nava Gomar, L. F., Cossio Díaz, J. R. y Aragón Reyes, M. (Coords.), *La crisis del parlamentarismo en nuestra democracia constitucional* (pp. 171-198). Tirant Lo Blanch.

TUTELA LEGAL Y CONSTITUCIONAL DE LA PERSONA HUMANA A PARTIR DE KAROL WOJTYLA

Nicolás Jorge Negri

Facultad de Derecho, Universidad Austral

njnster@gmail.com

Resumen

La persona humana es el centro del ordenamiento jurídico, y el enfoque del derecho a partir de este ideal basal permite brindar una interpretación apropiada en relación con los casos jurídicos con un debido respeto de los derechos fundamentales. Sobre todo si ese enfoque es asumido a partir de la concepción personalista de Karol Wojtyla, porque brinda un basamento más adecuado y serio acerca del hombre y su misión en la vida.

Palabras clave: persona humana, personalismo ético, Karol Wojtyla, norma personalista, interpretación constitucional, argumentación, principio *pro homine*.

Legal and Constitutional Protection of the Human Person Based on Karol Wojtyla

Abstract

The human person is the center of the legal system and the approach to law based on this basic ideal allows for an appropriate interpretation in relation to legal cases, with due respect for fundamental rights. This is especially so if this approach is assumed based on Karol Wojtyla's personalist conception, because it provides a more adequate and serious foundation about man and his mission in life.

Key words: human person, ethical personalism, Karol Wojtyla, personalist norm, constitutional interpretation, argumentation, pro homine principle.

1. El epicentro del ordenamiento jurídico

La tutela de la persona humana se vislumbra, con meridiana claridad, como el núcleo de la mayoría de los ordenamientos jurídicos contemporáneos nacionales e internacionales (Santiago, 2022).

En la Argentina, el derecho de los derechos humanos —“proyección normativa de la persona”— ha sido receptado progresivamente tanto a nivel legal como a nivel constitucional, formando parte de nuestro derecho positivo “escrito” (art. 75, incs. 12 y 22 de la Constitución Nacional [CN]). En este derecho existe un amplio reconocimiento de la tutela de la persona humana (por ejemplo, el art. 1, Declaración Universal de Derechos Humanos; el art. 5.2, Convención Americana sobre Derechos Humanos), al igual que en otras asignaturas del derecho positivo. También se evidencia en el derecho penal, a través de la sanción de los delitos contra la vida, el honor, la libertad, la integridad sexual, etc. (art. 79 y ss. del Código Penal [CP]); en el derecho civil y comercial, mediante la protección de la persona humana y del reconocimiento de los derechos personalísimos (arts. 1, 2, 51, 52, 272, 1004 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación [CCCN]), como también de las relaciones familiares (art. 401 y ss. del CCCN); en el derecho del trabajo (art. 14 bis de la CN; Ley 20744); en el derecho de consumo (art. 1097 del CCCN); en el derecho administrativo, especialmente en el régimen de los agentes y funcionarios públicos (Ley 25164); etcétera.

Asimismo, la protección de la persona humana se presenta de una manera significativa en el “derecho judicial”, sea a través de la jurisprudencia (“criterios objetividad”) (Cueto Rua, 1961) o bien mediante la aplicación (relativa o atenuada) de los precedentes (Cueto Rua, 1957; Legarre, 2016; Núñez Vaquero, 2022; Rabbi-Baldi Cabanillas, 2024; Ratti, 2020), generalmente, gestada por la doctrina emanada de los altos tribunales (por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] o la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina [CSJN]),¹ especialmente a partir de los denominados “fallos institucionales” (Santiago, 1999).²

Son todas, pues, normas del ordenamiento jurídico, emanadas de la autoridad legiferante o jurisdiccional, que tienen como epicentro el principio de

1 Conf. art. 33, inc. b, arts. 52, 61 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 116 de la CN.

2 Para una lectura de fallos institucionales de la CSJN relativos a la dignidad humana, véase Sacristán (2016). Un ejemplo puede ser el precedente del caso *Simón* de la CSJN, especialmente el voto concurrente del juez Ricardo Lorenzetti (considerando 13º; Fallos: 328:2056) cfr. Vigo (2005).

la inviolabilidad de la persona, que se sustenta en el valor fundamental de la dignidad humana (Ekmekdjian, 2016), valor que actúa además como derecho y como principio (Sagüés, 2016).

Sobre la base de este reconocimiento y tutela, nos hemos propuesto profundizar la idea de persona a partir de la filosofía personalista, especialmente la expuesta por Karol Wojtyła, para proyectarla en el campo del derecho, particularmente en las tareas interpretativas y argumentativas, por medio del principio *pro homine* (*pro personae* o dignidad humana), a fin de brindar un mayor contenido y profundidad y, a la vez, una fuente más profunda de validez.

La raíz de los derechos del hombre se debe buscar en la dignidad que pertenece a todo ser humano (...). La fuente última de los derechos humanos no se encuentra en la mera voluntad de los seres humanos, en la realidad del Estado o en los poderes públicos, sino en el hombre mismo y en Dios su Creador. (Pontificio Consejo “Justicia y Paz”, 2005, n. 153)

2. Personalismo ético

Una de las corrientes que más ha desarrollado y profundizado el valor de la dignidad humana ha sido, en los últimos tiempos, el personalismo ético (Sellés, 2006). Autores como Burgos (2012) afirman que

[e]l personalismo o filosofía personalista es la corriente o corrientes filosóficas nacidas en el siglo XX que poseen las siguientes características: 1) están construidas estructuralmente en torno a un concepto moderno de persona; 2) por concepto moderno de persona se entiende la perspectiva antropológica que tematiza o subraya todos o parte de estos elementos: la persona como yo y quién, la afectividad y la subjetividad, la interpersonalidad y el carácter comunicativo, la corporeidad, la tripartición de la persona a nivel somático, psíquico y espiritual, la persona como varón y mujer, primacía del amor, libertad como autodeterminación, carácter narrativo de la existencia humana, trascendencia con relación con un Tú, etc., y 3) algunos de los principales filósofos de referencia son los siguientes: Mounier, Maritain, Nédoncelle, Scheler, von Hildebrand, Stein, Buber, Wojtyła, Guardini, Marcel, Marías, Zubiri. (pp. 239-240)

Este movimiento de pensadores, que tuvo su aparición y desarrollo en el siglo XX, ha tenido un impacto significativo en el mundo del derecho (Rabbi-Baldi, 2021; Vigo y Gattinoni de Mujía, 2013).³

3 Por ejemplo, en el derecho civil, véanse: Larenz (1978), Fernández Sessarego (2015), Rivera (2020),

Se trata —como es sabido— de una filosofía que nació en Europa durante la primera mitad del siglo XX, que se caracteriza por colocar a la persona en el centro de la reflexión y de su estructural conceptual. Procede de múltiples fuentes del pensamiento, como un alzamiento contra un conjunto de cuestiones sociales, culturales y filosóficas, tanto de derecha (fascismo y nazismo) como de izquierda (marxismo), adquiriendo relevancia al punto de ser receptada en importantes documentos internacionales: la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) sobre los derechos humanos, las constituciones europeas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, el Concilio Vaticano II, etcétera (Burgos, 2012; Weigel, 1999).

Al respecto, interesa destacar lo propuesto por el Concilio Vaticano II:

Todo lo que se opone a la vida, como los homicidios de cualquier género, los genocidios, el aborto, la eutanasia y el mismo suicidio voluntario; todo lo que viola la integridad de la persona humana, como las mutilaciones, las torturas corporales y mentales, incluso los intentos de coacción psicológica; todo lo que ofende a la dignidad humana, como las condiciones inhumanas de vida, los encarcelamientos arbitrarios, las deportaciones, la esclavitud, la prostitución, la trata de blancas y de jóvenes; también las condiciones ignominiosas de trabajo en las que los obreros son tratados como meros instrumentos de lucro, no como personas libres y responsables; todas estas cosas y otras semejantes son ciertamente oprobios que, al corromper la civilización humana, deshonran más a quienes los practican que a quienes padecen la injusticia y son totalmente contrarios al honor debido al Creador. (Concilio Vaticano II, n. 27)

En este trabajo, tal como hemos anticipado, nos interesa destacar el personalismo propugnado por Karol Wojtyła (San Juan Pablo II):

la persona es sujeto de moralidad y, al mismo tiempo su naturaleza racional es la base de la moralidad, porque es a ella a quien corresponde y sobre la que recae toda la responsabilidad de la racionalidad y lo que ella comporta. (Wojtyła, 1998, p. 284)

Esto, puesto que puede constituir —a nuestro modesto entender— el basamento válido de la juridicidad y, por lo tanto, de la tutela de la inviolabilidad de la persona humana.

En general, el personalismo ético se centra en la dignidad y el valor inheren-

tes de la persona humana y sostiene que la persona es un fin en sí misma y no un medio para alcanzar otros fines (Burgos, 2012; Wojtyla, 2011).

En el caso del personalismo postulado por Wojtyla, se argumenta que la persona humana tiene una dignidad intrínseca que debe ser respetada y protegida, aprehendida desde la experiencia personal (“vivenciada”), y que esta dignidad es la base de todos los derechos humanos (el respeto como defensa de lo propio de la persona y el amor como afirmación personal de la misma peculiaridad que el respeto tutela, que pueden manifestarse en valores jurídicos como la solidaridad, la tolerancia, el orden, la seguridad, etcétera).⁴

La experiencia a la que aludimos no solo es aquella que fue explicada por Aristóteles o Tomás de Aquino, sino también la desarrollada por Bacon y Galileo, Descartes y Leibniz, Hume, Kant y Hegel y la expuesta por la fenomenología moderna de Husserl, Merleau y por la filosofía contemporánea de Zubiri, o por otras corrientes —por oposición o confluencia en algunos puntos (Círculo de Viena)—, tal como lo expone Félix Lamas (1983) y lo refiere sabiamente a lo jurídico, acerca del derecho teórico-práctico.

En nuestra materia, esta visión se halla reflejada en múltiples trabajos de Wojtyla, tanto como filósofo como teólogo. Así pues, con relación a este último rol, como pontífice ha afirmado que “la vida humana es sagrada e inviolable” y que “todo ser humano tiene derecho a la vida, desde el momento de la concepción hasta la muerte natural” (Juan Pablo II, *Evangelium vitae*, 1995, n. 53). En la carta *Evangelium vitae*, proclama el valor de la vida humana como el anuncio de una buena noticia. Entre los numerales 59 al 79, argumenta que la vida es sagrada e inviolable, y todo cuanto la amenace —como el aborto, la eutanasia, la pena de muerte o el proyecto aparentemente social que defiende estos hechos como derechos— debe ser considerado un atentado (López López, 2011).

Pero son en sus escritos filosóficos donde podemos hallar mayores riquezas especulativas, aunque esta aseveración merece algunos reparos (o matizaciones), sobre todo por su propia impronta integradora del saber, tal como es postulado en su famosa encíclica *Fides et Ratio* (Juan Pablo II, 1998), donde expone que

[t]anto en Oriente como en Occidente es posible distinguir un camino que, a lo largo de los siglos, ha llevado a la humanidad a encontrarse progresivamente con la verdad y a confrontarse con ella. Es un camino que se ha desarrollado

4 Tomás de Aquino dice que “persona significa lo más perfecto que hay en toda la naturaleza, o sea, el ser subsistente en la naturaleza racional” (Suma Teológica, Ia, q. 29, a. 3, in c), por lo que posee “gran dignidad” (ad. 2).

—no podía ser de otro modo— dentro del horizonte de la autoconciencia personal: el hombre cuanto más conoce la realidad y el mundo y más se conoce a sí mismo en su unicidad, le resulta más urgente el interrogante sobre el sentido de las cosas y sobre su propia existencia. Todo lo que se presenta como objeto de nuestro conocimiento se convierte por ello en parte de nuestra vida. La exhortación Conócete a ti mismo estaba esculpida sobre el dintel del templo de Delfos, para testimoniar una verdad fundamental que debe ser asumida como la regla mínima por todo hombre deseoso de distinguirse, en medio de toda la creación, calificándose como “hombre” precisamente en cuanto “conocedor de sí mismo”. (n. 1)

Entonces, en esta integración del saber, que parte como premisa de la “autoconciencia personal”, vale la pena reparar en sus ideas filosóficas. Así pues, en *Persona y acción* nos dice que el hombre es persona, es decir, un “quién”, porque posee la estructura de autodeterminación en relación con la verdad y solo los hombres poseen esta estructura. Ahora bien, esta estructura solo se hace efectiva en la acción. Por lo tanto, sostiene Wojtyła (1998) que no es posible descubrir que el hombre es persona —es decir, un quién capaz de autodeterminarse— más que a través del análisis de la acción; es la acción, pues, la que revela a la persona. El proyecto de Wojtyła es unificar la tradición clásica con el pensamiento moderno: el ser y la conciencia; lo objetivo y lo subjetivo (Burgos, 2011).

El acto y la potencia de la metafísica clásica, de tradición tomista, son sustituidos por el concepto de acción (al que describe como *actus personae*, que consiste en una reelaboración personalista del acto humana, mediante la integración explícita del sujeto autoconsciente) son términos impersonales que difícilmente van a reflejar lo específico de la acción humana: su recausación por un yo capaz de autodeterminación. (Burgos, 2011, pp. 13-14 y 18-19)

En efecto, el personalismo de Wojtyła parte de una idea de “experiencia” que abraza el objetivismo del ser y el subjetivismo de la conciencia. Se trata de una dimensión cognoscitiva de la vivencia mediante la cual interactuamos con el mundo, que se compone, por un lado, de la vivencia de un contenido (objetividad) y, por otro, de la vivencia de uno mismo al vivir o experimentar ese contenido (subjetividad); autoconocimiento y autoconciencia: la experiencia “el hombre actúa”, que refleja el dinamismo autónomo del hombre, y la experiencia “algo sucede en el hombre”. Señala Burgos (2011) que

sobre esa base, se apunta ya a lo estrictamente específico de la operatividad humana: la relación causal entre la persona y la acción, y la trascendencia de la persona sobre su propia acción (la capacidad del hombre de separarse de su acción o distanciarse de ella, ya sea en un sentido horizontal, es decir, en la elección, y la autorreferencial o vertical, que consiste en la autodeterminación). Además, el análisis completo del dinamismo humano conduce a la necesidad de identificar y precisar otros conceptos muy básicos: el sujeto de la acción que solo se puede entender como *suppositum* de modo analógico; el de naturaleza; la potencialidad entendida como la fuente del dinamismo (cercana al concepto clásico de facultad), así como los diferentes tipos en los que esta se muestra: la potencialidad psicoemotiva (consciente) y la potencialidad somático-vegetativa (no consciente), etc. (p. 21)

Por ello, esta idea y concepto de experiencia, clave en el pensamiento de Karol Wojtyła, (2011), es el acto que nos brinda la unidad e integridad de componentes en el conocimiento del ser personal. Con la enseñanza del Magisterio de la Iglesia Católica, emergente del pontificado de San Juan Pablo II, podemos decir que el fundamento de esta dignidad es el mismo hombre:

El hombre existe como ser único e irrepetible, existe como un ‘yo’, capaz de autocomprenderse, autoposeerse y autodeterminarse. La persona humana es un ser inteligente y consciente, capaz de reflexionar sobre sí mismo y, por tanto, de tener conciencia de sí y de sus propios actos. Sin embargo, no son la inteligencia, la conciencia y la libertad las que definen a la persona, sino que es la persona quien está en la base de los actos de inteligencia, de conciencia y de libertad. Estos actos pueden faltar, sin que por ello el hombre deje de ser persona”. (Pontificio Consejo “Justicia y Paz”, 2005, n. 131)

La persona humana debe ser comprendida siempre en su irrepetible e insuprimible singularidad. En efecto, el hombre existe ante todo como subjetividad, como centro de conciencia y de libertad, cuya historia única y distinta de las demás expresa su irreductibilidad ante cualquier intento de circunscribirlo a esquemas de pensamiento o sistemas de poder, ideológicos o no. Esto impone, ante todo, no sólo la exigencia del simple respeto por parte de todos, y especialmente de las instituciones políticas y sociales y de sus responsables, en relación a cada hombre de este mundo, sino que además, y en mayor medida, comporta que el primer compromiso de cada uno hacia el otro, y sobre todo de estas mismas instituciones, se debe situar en la promoción del desarrollo integral de la persona. (Pontificio Consejo “Justicia y Paz”, 2005, n. 131)

Sentado ello, nos animamos a proyectar este personalismo ético, como basamento de la juridicidad, en los siguientes sentidos y alcances:

a) Dignidad de la persona: la dignidad de la persona humana es el fundamento de todos los derechos humanos y de la juridicidad en general.

En el pensamiento de Wojtyła, esta tesis se funda no solo en el principio de la individuación del ser (plano ontológico),⁵ sino también en el de su realización y concreción (plano existencial),⁶ de la cual emana la “norma personalista”, que constituye la quintaesencia del comportamiento ético, jurídico y político:

(...) la norma personalista es el principio supremo de los actos humanos, según el cual todo el obrar del hombre en cualquier campo debe ser adecuado a la relación con la persona, que es fundamental en el obrar humano (...). Toda la sensibilidad moral consiste en desvelar en los actos el momento personal como momento “puramente humano” que se abre paso y emerge a través de todas las tramas puramente “cosificadas” del contenido de nuestro obrar. El obrar del hombre en último análisis no es ante todo la realización del mundo, sino la realización de sí, de la humanidad y de las personas. (Wojtyła, 2005, p. 291)

b) Inviolabilidad de la persona: la persona humana es inviolable y cualquier violación de su dignidad o derechos es inaceptable.

El respeto de la dignidad humana no puede absolutamente prescindir de la obediencia al principio de “considerar al prójimo como otro yo, cuidando en primer lugar de su vida y de los medios necesarios para vivirla dignamente”. Es preciso que todos los programas sociales, científicos y culturales, estén presididos por la conciencia del primado de cada ser humano. (Pontificio Consejo “Justicia y Paz”, 2005, n. 132)

Para Wojtyła (2011),

el valor personalista condiciona todo el orden ético tanto en el actuar como en el co-operar de tal manera que, a su vez, también lo determina. La acción se debe realizar no solo de modo que pueda tener valor ético y se le pueda atribuir ese valor; sino también de manera que se respete el derecho fundamental y ‘natural’ de la persona (esto es, el derecho que resulta del hecho de ser persona) a realizar las acciones, a realizarse en esas acciones. (pp. 390-391)

c) Respecto a la autonomía: la persona humana tiene autonomía y libertad y, por ende, debe ser respetada en sus decisiones y acciones.

5 Desde el plano ontológico, la persona es sustancia individual, es decir, ella misma, la cual constituye el “soporte óntico”, cuyo modo de ser es “incomunicable”, aunque tenga una apertura intencional a toda la realidad.

6 Este plano hace referencia al aspecto dinámico de la persona humana, que implica crecimiento del ser personal.

El hombre justamente aprecia la libertad y la busca con pasión: justamente quiere —y debe—, formar y guiar por su libre iniciativa su vida personal y social, asumiendo personalmente su responsabilidad. La libertad, en efecto, no sólo permite al hombre cambiar convenientemente el estado de las cosas exterior a él, sino que determina su crecimiento como persona, mediante opciones conformes al bien verdadero: de este modo, el hombre se genera a sí mismo, es padre de su propio ser y construye el orden social. (Pontificio Consejo “Justicia y Paz”, 2005, n. 135)

Ello es así porque la persona es un ser dinámico-existencial, que implica un crecimiento del ser personal; la persona se determina mediante sus acciones libremente asumidas y, a la vez, se autodefine como persona. Wojtyla (1998) adhiere a la concepción tomista acerca del hombre: ser individual de naturaleza racional (Boecio), lo cual se deriva en su siguiente afirmación: “La persona, por consiguiente, es siempre un ser concreto racional y libre, capaz de todas las acciones a las que solo la racionalidad y la libertad predisponen” (p. 307). Ser libre —para el pensador polaco— es ante todo poder decidir acerca de sí mismo, lo cual, a su vez, es factible porque la persona, estructuralmente, se caracteriza por el autodomínio y la autoposesión. “Persona es quien se posee a sí mismo” (p. 168).

d) Protección de los derechos humanos: el personalismo ético de Wojtyla enfatiza la importancia de proteger los derechos humanos, especialmente los derechos a la vida, la libertad y la seguridad.

Al respecto, se afirma sobre la base del Pontificado de San Juan Pablo II que

[l]a defensa de la vida y de una nueva “cultura de la vida humana” ha sido uno de los capítulos más destacados en su Pontificado. Pero la vida no es el único, sino todas las manifestaciones de la persona humana: “El movimiento hacia la identificación y la proclamación de los derechos del hombre es uno de los esfuerzos más relevantes para responder eficazmente a las exigencias imprescindibles de la dignidad humana”. (Pontificio Consejo “Justicia y Paz”, 2005, n. 152)⁷

Una sociedad, para San Juan Pablo II, por democrática que sea, que no se tome en serio los derechos humanos no puede vivir en paz ni desarrollarse en armonía, pues acaba cayendo en el totalitarismo político, el relativismo moral o el fundamentalismo religioso (Domingo, 2021). Frente a la Asamblea Gene-

7 Cfr. Concilio Vaticano II, Declaración Dignitatis humanae, 1: AAS 58, 1966. Acerca del contexto histórico de la llamada “cultura de la vida”, en contraposición a la “cultura de la muerte”, véase Mariano Fazio (2007, pp. 406-411).

ral de las Naciones Unidas, Juan Pablo II (1979) aceptó y respaldó el sistema internacional de los derechos humanos a partir de los hechos de la Segunda Guerra Mundial:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos —con todo el conjunto de numerosas declaraciones y convenciones sobre aspectos importantísimos de los derechos humanos, en favor de la infancia, de la mujer, de la igualdad entre las razas, y especialmente los dos Pactos Internacionales sobre los derechos económicos, sociales y culturales, y sobre los derechos civiles y políticos— debe quedar en la Organización de las Naciones Unidas como el valor básico con el que se coteje la conciencia de sus miembros y del que se saque una inspiración constante.⁸ (Pontificio Consejo “Justicia y Paz”, 2005, n. 152)

Asimismo, Juan Pablo II (1995) ha dicho:

El Magisterio de la Iglesia no ha dejado de evaluar positivamente la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, proclamada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, que Juan Pablo II ha definido “una piedra miliar en el camino del progreso moral de la humanidad” (Pontificio Consejo “Justicia y Paz”, 2005, n. 152)⁹

Para Juan Pablo II, tal Declaración “continúa siendo en nuestro tiempo una de las más altas expresiones de la conciencia humana” (Discurso a la Quincuagésima Asamblea General de las Naciones Unidas, 1995, n. 2).

En suma: “Los derechos del hombre exigen ser tutelados no sólo singularmente, sino en su conjunto: una protección parcial de ellos equivaldría a una especie de falta de reconocimiento. Estos derechos corresponden a las exigencias de la dignidad humana y comportan, en primer lugar, la satisfacción de las necesidades esenciales —materiales y espirituales— de la persona: ‘Tales derechos se refieren a todas las fases de la vida y en cualquier contexto político, social, económico o cultural. Son un conjunto unitario, orientado decididamente a la promoción de cada uno de los aspectos del bien de la persona y de la sociedad (...) La promoción integral de todas las categorías de los derechos humanos es la verdadera garantía del pleno respeto por cada uno de los derechos’”. (Pontificio Consejo “Justicia y Paz”, 2005, n. 154)

e) Justicia y equidad: la visión personalista también implica una concepción

8 Cfr. Juan Pablo II (1979, n. 9).

9 Cfr. Juan Pablo II (1979, n. 7).

de justicia y equidad que prioriza el bienestar y la dignidad de la persona humana en su situación singular. Para ello, el hombre necesita escuchar la “voz misma del ser” (García Casas, 2019), esto es, la “escucha” atenta y comprometida de las necesidades del otro (Juan Pablo II, 2000).¹⁰

A propósito de la verdad (o validez) de las normas morales, el pensador polaco considera que

[e]l valor fundamental de las normas reside en la verdad del bien que es objetivada en ellas, y no en el hecho de generar un deber (Kant), aunque, en algunas ocasiones concretas, las fórmulas normativas utilizadas acentúen esto último, porque utilizan expresiones tales como “se debe”, “es necesario”, “hay obligación de” y otras parecidas. A pesar de esto, la esencia de las proposiciones normativas de la moral o del derecho se encuentra en la verdad del bien que es objetivada en ellas.

Señalada esta premisa, Wojtyła (2011) expone que una consideración adicional que es del caso destacar en orden a la normatividad del derecho y de la ética:

La verdad está íntimamente ligada con el deber. No se trata exclusivamente de la verdad objetiva de las normas *in abstracto*, sino también de la vivencia de la verdad, que se expresa en el convencimiento, o en la certeza subjetiva, de que esta o aquella norma indica un verdadero bien. Cuanto más profundo es este convencimiento, tanto más fuerte es la obligación o el deber que genera. La vivencia del deber se encuentra estrechamente unida a la vivencia de la verdad. En muchas ocasiones —si no habitualmente— se habla en este caso no de verdad, sino de equidad. Los juicios teóricos son verdaderos o falsos, en cambio las normas son equitativas o inicuas. La etimología parece apuntar a esa consecuencia de las normas que es el deber. En efecto, “equidad” tiene la misma raíz que “escuchar”, o sea “ser obediente”. De ahí que la norma equitativa es aquella a la que hay escuchar, porque contiene en sí misma el fundamento para ser verdadera fuente de la obediencia de la conciencia y, en consecuencia, del deber: con una norma inicua sucede todo lo contrario. (pp. 243-244)

En resumen, el personalismo ético de Karol Wojtyła puede ser un basamento sólido para la juridicidad y la tutela de la inviolabilidad de la persona humana, ya que se centra en la dignidad y el valor inherentes de la persona humana y enfatiza la importancia de proteger sus derechos y libertades, pero no de cualquier manera o con cualquier fundamento (Atienza, 2022; Ruhl, 2024),

10 En igual sentido, Francisco (2022).

sino en una noción del deber (la derivada de la “norma personalista”, base de una sólida normatividad), enraizada en la idea de verdad (o de bien, dado que son términos intercambiables),¹¹ que legitima “considerar al prójimo como otro yo” y, por ende, a las disposiciones normativas impuestas por la ética, la política y el derecho.

3. Diversidad de enfoques en materia interpretativa

La interpretación jurídica, como actividad ínsita del jurista en la tarea de aplicar el derecho, necesita una orientación y una justificación. De ahí que la utilización del principio *pro homine* (*pro personae*) pueda ser empleado para motivar la elección de las normas que brinden una mayor tutela y protección otorguen a los derechos de las personas (Pinto, 1997).

Sabido es que la filosofía del derecho y el derecho constitucional contemporáneo nos proponen diversos enfoques interpretativos para resolver los problemas prácticos (Negri, 2024). Así pues, el originalismo (textualismo) (Scalia, 2017), el activismo judicial (Dworkin, 2012), el intencionalismo (Fuller, 1967), etc. proponen diversas ideologías y metodologías (Manili, 2021; Sagüés, 1998), mas adolecen de un sustento filosófico-antropológico adecuado a la persona (Polo, 2003; Sellés, 2006), por lo que sostenemos que puede ser enriquecido con la concepción personalista de Wojtyła, al punto de brindarnos no solo un fundamento más profundo de los derechos humanos, sino también una mirada más singular y significativa de las personas involucradas en las controversias o casos que se presenten en los tribunales. Según Ekmekdjian, (2016), por ejemplo, el principio de la dignidad implica que “nadie, ni el criminal más feroz y despreciable, puede ser privado de su dignidad” (t. I, n. 119), lo cual puede ser justificado en la idea de que la acción trasciende a la persona misma o, dicho de otra manera, lo que se condena es la acción y no la persona en sí).

El principio *pro homine* es definido, según Manili (2021),

como aquel por el cual, ante una pluralidad de normas aplicables a una misma situación jurídica, el intérprete debe elegir aquella norma que brinde una protección más favorable para la persona humana, en el sentido de darle la mayor extensión posible a las que consagran derechos y el menor alcance posible a las que posibilitan restricciones, limitaciones o suspensiones. (p. 509)

11 Cfr. Llano (2015).

La CIDH (1985), en igual sentido, ha señalado: “si en una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana” (párr. 51). Al respecto, es dable destacar las pautas interpretativas adoptadas por la CIDH, con base en el art. 29, inc. b de la CIDH: la prohibición de interpretar una disposición de la Convención para restringir o limitar los derechos consagrados en las leyes nacionales y otros tratados internacionales, es decir, contra el principio *pro homine* o pro persona. En este sentido, ha indicado en el caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*:

(E)l artículo 29.b de la Convención, [...] prohíbe interpretar alguna disposición de la Convención en el sentido de limitar el goce y el ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes internas del Estado en cuestión o de acuerdo con otra convención en que sea parte el Estado.¹²

Considera la CIDH en el caso *Rodríguez Vera y otros vs. Colombia* que

[d]e conformidad con el artículo 29.b) de la Convención Americana y las reglas generales de interpretación de los tratados recogidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la Convención Americana puede ser interpretada en relación con otros instrumentos internacionales.¹³

Indica la Corte en el caso *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia* que

para determinar la compatibilidad de las acciones y omisiones o de las normas de los Estados con la propia Convención y no con las disposiciones de otros tratados o normas consuetudinarias, en el ejercicio de dicho examen [la Corte] puede, [...], interpretar a la luz de otros tratados las obligaciones y los derechos contenidos en la misma Convención.¹⁴

Por su parte, la CSJN ha resuelto que

12 Cfr. CIDH, 28/11/2007, *Pueblo Saramaka vs. Surinam*. https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=288.

13 Cfr. CIDH 14/11/2014, *Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del palacio de justicia) vs. Colombia*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_287_esp.pdf.

14 Cfr. CIDH, 30/11/2012, *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_259_esp.pdf.

[el] impulso a la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos, sumado al principio *pro homine* determinan que el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana; y esta pauta se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales.¹⁵

En este sentido, Lorenzetti ha destacado en un voto que “el Poder Judicial debe proteger los derechos humanos para que no sean avasallados”. En este sentido, “todos los individuos tienen derechos fundamentales con un contenido mínimo para que puedan desplegar plenamente su valor eminente como agentes morales autónomos, que constituyen la base de la dignidad humana, y que esta Corte debe proteger”.¹⁶

Sin embargo, aquel principio y valor es considerado fundamental en muchos ordenamientos jurídicos y se basa en la idea de que todos los seres humanos tienen un valor intrínseco e igualitario, independientemente de sus características individuales o circunstancias. Las claves de esta interpretación, que posibilitan una argumentación más profunda de las decisiones jurídicas (Manili, 2021; Pinto, 1997), son:

- a. Centralidad de la dignidad humana: la dignidad humana se considera el valor fundamental y eje central de la interpretación constitucional. Todas las normas y disposiciones constitucionales deben ser interpretadas a la luz de este principio.
La dignidad humana debe ser valorada como un principio fundamental que guía la interpretación de la Constitución.
- b. Protección de la dignidad humana: la interpretación debe buscar proteger la dignidad humana de cualquier forma de violación o menoscabo.

Cualquier interpretación que implique o permita tratos inhumanos o degradantes, que atenten contra la dignidad humana, debe ser rechazada. Ello cuenta con apoyo más que suficiente tanto en las cláusulas de los primeros artículos de la Constitución Nacional, por ejemplo, aquellas que velan por las

15 Corte Suprema de Justicia de la Nación, correspondiente al dictamen de la Procuración General al que la Corte remite (el juez Rosenkrantz, en su voto, no adhirió al presente párrafo; Fallos: 344:1070, 13/05/2021). Conf. Fallos: 330:1989, 345:621 y 347:441 (16/05/2024).

16 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires*, voto del juez Ricardo Lorenzetti, que a su vez cita el antecedente de Fallos: 328:566, Fallos: 344:890, *Itzcovich* (voto del juez Ricardo Lorenzetti).

condiciones dignas de labor (art. 14 bis), la prohibición de la esclavitud y de las servidumbres personales (art. 15), ciertas garantías individuales (art. 18) y el derecho a la intimidad (art. 19), como las previstas en la segunda parte (art. 75, inc. 22 y los tratados que esta cláusula recepta).

4. Ventajas y desafíos

El enfoque del derecho fundado en el principio *pro homine*, con la impronta personalista (*pro personae*), nos presenta una serie de ventajas en orden a la protección de los derechos fundamentales, habida cuenta de que —al colocar la dignidad humana en el centro de la interpretación constitucional y convencional— garantiza una mayor tutela, especialmente en relación con los grupos más vulnerables: los niños y adolescentes, los adultos mayores, las personas con capacidades diferentes, los consumidores hipervulnerables, los privados de libertad, etcétera (Basset y Santiago, 2021).

Asimismo, enfatiza la promoción de la justicia social al contribuir a la construcción de una sociedad más justa y equitativa y al reconocer y valorar la igualdad inherente de todos los seres humanos. También favorece al fortalecimiento del Estado de derecho constitucional y convencional, dado que, al basar la interpretación constitucional en un principio universalmente reconocido como la dignidad humana, se fortalece la legitimidad y la autoridad del sistema jurídico (Vigo, 2015).

Al respecto, tenemos en miras el carácter práctico del derecho (Lamas, 2022; Negri, 2024). El derecho es para las personas y son ellas quienes acuden a la justicia en búsqueda de una respuesta, para lo cual el hombre de leyes, el aplicador del derecho, el jurista debe “escuchar” el problema humano que se presenta en la causa judicial (en los escritos, en las audiencias) para discernir el derecho con la prudencia jurídica para resolver el caso concreto (Massini-Correas, 1983; Vigo, 1999).¹⁷

Empero, no podemos soslayar que la interpretación del derecho —según el principio *pro dignidad humana*— presenta un desafío claro: no solo la negación, aunque parezca grotesco, sino también la subjetividad. El concepto de dignidad humana puede ser interpretado de diferentes maneras, lo que puede generar

17 Aristóteles llama metafóricamente al buen juez “justicia animada” o “encarnada”, en tanto cuenta con ese saber “connatural” de justicia a través de una prolongada práctica de discernir con acierto los conflictos jurídicos (Vigo, 2017).

desacuerdos sobre su aplicación concreta en casos específicos.¹⁸ Además, en la interpretación jurídica contemporánea, es evidente el posible conflicto con otras concepciones o teorías del derecho, como el textualismo o el originalismo, que pueden dar prioridad a otros criterios hermenéuticos. De ahí la importancia de reparar no solo en la autoconciencia (subjetividad), sino también en el autoconocimiento, de manera tal que las vivencias humanas sean de alguna manera objetivadas a partir de la “experiencia” y, con ello, verificables en orden a su verdad (o bondad) en relación con la realización de determinadas conductas humanas. Al respecto, es dable destacar la exposición de Cianciardo (2020), quien nos señala que

la pregunta (en torno a los derechos humanos) no es tanto si se protege uno u otro derecho (cuestión en la que el fundamento, al menos a primera vista, no parece ser un problema), sino si un ser reúne las condiciones que se exigen para poder considerarlo titular de derechos y, más precisamente aún, cuáles son esas condiciones y por qué son éstas y no otras. Es lo que ocurre cuando se discute sobre si existe o no un derecho a la vida desde la concepción, o sobre la eutanasia. Con el consenso no parece sencillo dar con las soluciones a problemas de este tipo, entre otras cosas porque no existe consenso sobre ellas. Esto explica la pervivencia o el surgimiento, en segundo lugar, de un conjunto de enfoques que afronta la tarea de buscar un fundamento para los derechos humanos. Estas posiciones pueden ser divididas a su vez en dos. El primer grupo lo componen autores que, inspirados en Kant, basan la dignidad en la autonomía, entendida como capacidad de moralidad o capacidad de darse a sí mismo normas morales. El fundamento de los derechos estribaría, entonces, en que hay algunos seres capaces de elaborar planes de vida, capacidad que los otros seres no parecen tener. Hay quienes, incluso, concretan un poco más y afirman que los seres dignos son aquellos que tienen capacidad verbal efectiva. Por este camino, los seres humanos quedan divididos en dos conjuntos: el de las personas (seres humanos autónomos) y el de quienes son seres humanos, pero no son personas. Un segundo grupo de autores proponen el reconocimiento de la dignidad de todos los seres humanos, más allá de su grado de autonomía o evolución. Lo hacen luego de criticar a los autores del primer grupo. Esa crítica, dicho apretadamente, consiste en afirmar que la asignación a los derechos de un fundamento “débil” —i. e., la posesión de la autonomía, que puede o no darse— impide postular su respeto absoluto, tal como han hecho la práctica totalidad de los tratados internacionales en la materia. Esta última es la postura sostenida por un grupo nutrido de autores iusnaturalistas. En opinión de Hervada, por ejemplo, todo ser humano es persona, y toda persona, por su estatuto ontológico, se encuentra en una di-

18 Por ejemplo, desde una filosofía kantiana, Burgos (2012), Cianciardo (2020), Atienza (2022), Ruhl (2024).

mención diferente de la que tienen los demás seres, que este autor identifica con la racionalidad (...). (pp. 15-17)

Por ello es que postulamos, a pesar de estos desafíos y problemas, la validez de la interpretación jurídica según el principio *pro dignidad humana*, la cual puede contar con el apoyo y el respaldo de una metodología objetiva y racional, como la ofrecida por la argumentación jurídica (Grajales y Negri, 2014; Vigo, 2015, 2017), que permite desplegar un proceso discursivo (el supuesto arquetipo es el proceso judicial), donde impere la racionalidad práctica (Finnis, 2000) en orden a la consecución de los bienes humanos básicos (Finnis, 2019), de manera tal que este enfoque pueda erigirse en una herramienta poderosa para la interpretación constitucional justificatoria en los problemas prácticos, que promueva respuestas y soluciones justas en el contexto de los derechos fundamentales, la justicia social y el fortalecimiento del Estado de derecho (Negri, 2024; Vigo, 2015).

5. Consideraciones finales

El principio *pro homine*, enraizado en la dignidad humana, con el alcance y significado dado en estas consideraciones (esto es, en el sentido personalista de Karol Wojtyła), tiene una significativa importancia para resolver problemas vinculados con los injustos a bienes o intereses (individuales o colectivos), puesto que permite avizorar una dimensión más profunda de la persona humana al permitir tener en miras (mediante la escucha de la “voz misma del ser”) los aspectos más propios y trascendentes, como el dolor, el sufrimiento, las injustas diferencias sociales, el hambre en el mundo, la violencia y la guerra, la enfermedad y la muerte, que en el ámbito jurídico son traducidos —generalmente— en casos penales (homicidios, robos, estafas, etc.), casos civiles (divorcios, alimentos, regímenes de comunicaciones, daños y perjuicios, cumplimientos contractuales, acciones reales, etc.), casos laborales (discriminaciones, despidos arbitrarios, etc.), casos administrativos, bancarios, competencia, seguros (condiciones de mercado, financieras), etcétera. Y, más aún, la gran indiferencia —o la inmunidad de la sociedad— ante tales dilemas de la sociedad actual, local e internacional.

Bibliografía

- Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Trotta.
- Atienza, M. (2022). *Sobre la dignidad humana*. Trotta.
- Badeni, G. (2006). *Tratado de Derecho Constitucional*. La Ley.
- Basset, U. y Santiago, A. (2022). *Tratado de derecho constitucional y convencional de derecho de familia y de las personas*. La Ley.
- Borda, G. A. (2001). *La persona humana*. La Ley.
- Bueres, A. J. (2024). El concepto de persona. En Tobías, J. W., *Estudios sobre la persona humana en homenaje al académico Guillermo A. Borda* (pp. 7-29). La Ley.
- Burgos, J. M. (2011). Prólogo. En Wojtyła, K., *Persona y acción* (pp. 7-27). Palabra.
- Burgos, J. M. (2012). *Introducción al personalismo*. Palabra.
- Burgos, J. M. (2019). El personalismo de Karol Wojtyła como Personalismo Integral. Un análisis filosófico y una propuesta. *Cuadernos de Pensamiento*, (32).
- Cianciardo, J. (2020). *La cultura de los derechos humanos. Razón, voluntad, diálogo*. UNAM.
- Concilio Vaticano II. (7 de diciembre de 1965). *Constitución pastoral "Gaudium et Spes", sobre la Iglesia en el mundo actual* https://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_sp.html.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1985). *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A. N° 5, párr. 52.
- Cueto Rua, J. (1957). *El "Common Law"*. La Ley.
- Cueto Rua, J. (1961). *Fuentes del derecho*. Abeledo-Perrot.
- Domingo, R. (2021). ¿Qué aportó el Papa Juan Pablo II al derecho? Instituto Cultura y Sociedad, Universidad de Navarra.
- Dworkin, R. M. (2012). *Una cuestión de principios*. Siglo XXI.
- Ekmekdjian, M. A. (2016). *Tratado de Derecho Constitucional*. Abeledo-Perrot.
- Fazio, M. (2007). *Historia de las ideas contemporáneas* (2ª ed.). Rialp.
- Fernández Sessarego, C. (2015). *Derecho y persona*. Astrea.
- Finnis, J. M. (2019). *Tomás de Aquino. Teoría moral, política y jurídica*. Instituto de Estudios de la Sociedad.
- Finnis, J. M. (2000). *Ley natural y derechos naturales*. Abeledo-Perrot.
- Francisco (24 de enero de 2022). *Mensaje del Santo Padre Francisco para la 56 jornada mundial de las comunicaciones sociales*. <https://www.vatican.va/content/francesco/es/messages/communications/documents/20220124-messaggio-comunicazioni-sociali.html>.
- Fuller, L. L. (1967). *La moral del derecho*. Editorial F. Trillas.
- García Casas, P. (2019). La originalidad del método filosófico de Karol Wojtyła. *Persona y acción. Cuadernos de Pensamiento*, 1(32), 83-103.
- Grajales, A. A. y Negri, N. J. (2014). *Argumentación Jurídica*. Astrea.
- Juan Pablo II. (2 de octubre de 1979). *Discurso del Santo Padre Juan Pablo II a la XXXIV Asamblea General de las Naciones Unidas*. https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/speeches/1979/october/documents/hf_jp-ii_spe_19791002_general-assembly-onu.html.
- Juan Pablo II. (1 de mayo de 1991). *Centesimus Annus*. Carta Encíclica.
- Juan Pablo II. (6 de agosto de 1993). *Veritatis Splendor*. Carta Encíclica.

- Juan Pablo II. (25 de marzo de 1995). *Evangelium Vitae*. Carta Encíclica.
- Juan Pablo II. (5 de octubre de 1995). *Discurso del Santo Padre Juan Pablo II a la Quincuagésima Asamable General de las Naciones Unidas*. https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/speeches/1995/october/documents/hf_jp-ii_spe_05101995_address-to-uno.html.
- Juan Pablo II. (14 de septiembre de 1998). *Fides et Ratio*. Carta Encíclica.
- Juan Pablo II. (5 de noviembre de 2000). *Jubileo de los Gobernantes. Parlamentarios y políticos*. https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/homilies/2000/documents/hf_jp-ii_hom_20001105_jubilee-gover.html.
- Lamas, F. A. (1983). *La experiencia jurídica*. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino.
- Lamas, F. A. (2022). *Dialéctica y concreción del derecho*. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino.
- Larenz, K. (1978). *Derecho Civil. Parte General*. Revista de Derecho Privado.
- Legarre, S. (2016). *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Cortes Suprema de Justicia de la Nación*. Ábaco.
- Llano, A. (2045). *Teoría del conocimiento*. BAC.
- López López, A. F. (2011). Karol Wojtyla y su visión personalista del hombre. *Cuestiones Teológicas*, 39(91), 119-137.
- Manili, P. L. (2021). *Tratado de Derecho Constitucional Argentino y Comparado*. La Ley.
- Massini-Correas, C. I. (1983). *La prudencia jurídica*. Abeledo-Perrot.
- Mounier, E. (2005). *El personalismo*. Jus.
- Negri, N. J. (2024). *Casos difíciles*. La Ley.
- Núñez Vaquero, A. (2022). *Precedentes: una aproximación analítica*. Marcial-Pons.
- Pablo VI. (1968). *Carta Encíclica "Humanae vitae"*. Librería Editrice Vaticana. https://www.vatican.va/content/paul-vi/es/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_25071968_humanae-vitae.html.
- Pinto, M. (1997). El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. En Abregú, M. y Courtis, C. (Comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales* (pp. 163-172). Editores del Puerto.
- Polo, L. (2003). *Antropología trascendental. La esencia de la persona humana* (2ª ed.). EUNSA.
- Pontificio Consejo "Justicia y Paz". (2005). *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*. Librería Editrice Vaticana.
- Rabbi-Baldi, R. (2021). *Teoría del derecho*. Ábaco.
- Rabbi-Baldi, R. (2024). *Casos constitucionales complejos. Ensayos para una fundamentación sobre el sentido del Derecho*. Ábaco.
- Ratti, F. (2020). El precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. *Revista Jurídica Austral*, 1(2), 585-626. <https://doi.org/10.26422/RJA.2020.0102.rat>.
- Rivera, J. C. (2020). *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*. Abeledo-Perrot.
- Ruhl, L. U. (2024). La dignidad humana según siete autores contemporáneos. *Revista Jurídica Austral*, 5(1), 255-311. <https://doi.org/10.26422/RJA.2024.0501.ruh>.
- Rodríguez Luño, A. (1982). Max Scheler y la ética cristiana según Karol Wojtyla. *Scripta Theologica*, 2(14), 901-913.
- Sacristán, E. B. (2016). *El concepto de dignidad humana en la jurisprudencia de la Corte Suprema de*

- Justicia de la Nación*. Duodécimas Jornadas Internacionales de Derecho Natural: Ley Natural y Dignidad Humana. Facultad de Derecho, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires. <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/3063>.
- Sagüés, N. P. (1998). *La interpretación judicial de la constitución*. Depalma.
- Sagüés, N. P. (2016). *La Constitución bajo tensión*. Instituto de Estudios Constitucionales.
- Santiago, A. (1999). *La Corte Suprema y el control político*. Ábaco.
- Santiago, A. (2022). *La dignidad humana. Fundamento del orden jurídico nacional e internacional*. Ábaco.
- Scalia, A. (2017). *Una cuestión de interpretación. Los tribunales federales y el derecho*. Palestra.
- Sellés, J. F. (2006). *Antropología para inconformes*. Rialp.
- Tomás de Aquino. (2001). *Suma de Teología*. BAC.
- Vigo, R. L. (1999). *Interpretación jurídica*. Rubinzal-Culzoni.
- Vigo, R. L. (2005). Consideraciones iusfilosóficas sobre la sentencia en la causa 'Simón'. *Revista La Ley*, D-2005, 1245-1248.
- Vigo, R. L. (2015). *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*. Rubinzal-Culzoni.
- Vigo, R. L. (2017). Dimensiones de la racionalidad práctica. *Revista de la Facultad. Universidad Nacional de Córdoba*, III(2), Nueva Serie II, 119-127.
- Vigo, R. L. y Gattinoni de Mujia, M. (2013). *Tratado de Derecho Judicial*. La Ley.
- Weigel, G. (1999). *Testigo de la esperanza*. Plaza y Janés.
- Wojtyła, K. J. (1978). *Amor y responsabilidad*. Razón y fe.
- Wojtyła, K. J. (1979). *Carta Encíclica Redemptor Hominis*. P.P.C.
- Wojtyła, K. J. (1980). *Max Scheler y la ética cristiana*. Librería Editrice Vaticana.
- Wojtyła, K. J. (1995). *Carta Encíclica Evangelium Vitae sobre el valor y el carácter inviolable de la vida humana*. Librería Editrice Vaticana.
- Wojtyła, K. J. (1998). *Mi visión del hombre. Hacia una nueva ética*. Palabra.
- Wojtyła, K. J. (2005). *El hombre y su destino. Ensayos de antropología*. Palabra.
- Wojtyła, K. J. (2011). *Persona y acción*. Palabra.
- Zweig, S. (2002). *El mundo de ayer. Memorias de un europeo*. Acantilado.

Jurisprudencia citada

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28/11/2007, *Pueblo Saramaka vs. Surinam*. https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=288.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, 30/11/2012, *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_259_esp.pdf.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, 14/11/2014, *Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del palacio de justicia) vs. Colombia*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_287_esp.pdf.

NOCIÓN DE PERSONA HUMANA. EL PODER Y LA GLORIA

Ezequiel Caride

Universidad Católica Argentina

ezequielcaride22@gmail.com

Resumen

El trabajo revisa la noción de persona humana, considerando distintas posturas y sus consecuencias, especialmente en el derecho de familia. Sobre esa base, concluye que el orden jurídico requiere una noción verdadera que distinga su unidad sustancial de cuerpo y espíritu y su relación, apertura y trascendencia primordial con las demás personas y, en consecuencia, que se reconozca la calidad de persona a todo hombre, sin importar sus condiciones, para promover el bien común.

Palabras clave: persona humana, transhumanismo, filiación, ángeles, tecnología, vulnerabilidad, relaciones entre personas.

Notion of Human Person. Power and Glory

Abstract

This paper reviews the notion of the human person, considering different positions and their consequences, especially in family law. On that basis, it concludes that the legal order requires a true notion that distinguishes its substantial unity of body and spirit and the relationship, openness and primordial transcendence with other people, and, consequently, that the quality of person be recognized to every man, regardless of his conditions, in order to promote the common good.

Key words: human person, transhumanism, filiation, angels, technology, vulnerability, relationships between people.

1. Introducción

En este trabajo se analizará someramente al hombre, en su diversidad de cualidades y situaciones, desde la determinación de sentido que se designa “persona” (Guardini, 1967), considerando a tal fin las diferentes posturas sobre la noción de persona y las consecuencias antropológicas y jurídicas que conllevan las posiciones que se asuman, especialmente en cuestiones controvertidas del derecho de familia.

Para ello, siguiendo antagonismos anónimos del mundo propio de una novela escrita en el siglo pasado (Greene, 1968), se extraerán datos del trasfondo de la crisis actual en la noción de persona humana y sus repercusiones sociales, a partir de la agrupación en dos grandes bloques de posicionamiento en la materia que delimitarán los lineamientos existenciales, las relaciones familiares y las condiciones de amistad social que ocasionan las distintas cosmovisiones.

En suma, la presente investigación trabajará sobre la base de que el hombre depende de la idea que se forja de sí mismo, y que esa idea no puede ser degradada sin ser, al mismo tiempo, degradante (Marcel, 2001).

Recuérdese que desde las fuentes jurídicas romanas, la *summa divisio iuris* —o división jurídica fundamental— resulta la distinción entre “personas” y “cosas”, determinando a los sujetos de derecho, por un lado, y a los objetos del derecho, por otro; y toda noción o práctica que instrumentalice a las personas o que difumine esa diferencia esencial equivale a una regresión donde a las personas se las cosifica (Montero, 2015).

Por último, se presentará una conclusión sobre la cuestión tratada como consecuencia de las consideraciones precedentes.

2. La persona humana como poder

En una mirada con larga historia, se puede asociar a la persona y su dignidad con el héroe y el culto a la personalidad, es decir, con hombres exitosos, los mejores, superiores a los demás, con los altos, fuertes y bellos, con la bravura y majestuosidad; también con el rasgo fundamental de la bondad como sinónimo de la valentía en la guerra y el fracaso como deshonor, identificando, asimismo, al villano con el personaje cojo, con el deforme. Se ignora, de ese modo, que también en los cantos antiguos se señalaban la condición mortal y mísera del ser humano, la valía en la hospitalidad, las reglas de no dañar a los demás, no faltar a la palabra ni traicionar, que la divinidad protege especialmente a mendigos y suplicantes y rechaza el desprecio de los hombres por la justicia, y que

destacaban la atmósfera hogareña y paternal que rodea el pequeño mundo del hombre, donde las gentes sencillas entran en los poemas. En última instancia, los relatos pioneros ponían de relieve una violencia que se apacigua y una deferencia hacia los peores enemigos, corrigiendo la crueldad del considerado héroe, y distinguían actitudes de delicadeza y cortesía con el prójimo que tenían su fuente en el respeto por el otro (Romilly, 2022).

El concepto de persona, entonces, pasa a desempeñar esa función antigua del teatro que simplemente era la “máscara” por donde resonaba la voz del intérprete, significando de esa manera un rol o estatus social en la sociedad que diferencia al hombre libre del homo esclavo, pasando a un plano secundario el soporte metafísico de identidad y *nomen dignitatis* que conlleva la noción, más allá de cargos y funciones en el quehacer social (Spaemann, 2000).

En el contexto de discursos que señalan que “todo” pesa cada vez menos en esta vida, que, salvo el dinero, todo pierde valor, en esa deshilachada existencia denunciada con pregones y tambores, el concepto de persona también mengua y se extravía con suspiros indefinidos y melancólicos, que disipan la importancia de los límites, distinciones o fronteras, en la esencia y orientación en el ser del hombre.

En ese sentido, el planteo de una vida personal puede dirigirse, y ocurre de hecho, hacia una vida que “vive su vida”, una postura que puede denominarse “persona vampiro”, donde el bienestar en su vida y un estilo grato a los sentidos consiste en adueñarse de la ajena, ignorando las situaciones de sufrimiento y zozobra de muchos seres humanos que lo rodean y beneficiándose de manera voluptuosa, en ese propósito, con las miserias de otros (Bloy, 1977).

Por otra parte, el pensamiento utópico se fue desplazando en los últimos tiempos de lo social a lo tecnológico. Antes se proyectaban cambios en el mundo para que aparezca el hombre nuevo; ahora, los idealistas se proponen mejorar los laboratorios para lograr un hombre de diseño que modifique las sociedades, intentando superar la biología para la transformación de las personas humanas en un ser artificial sintiente. De ese modo, aparece más como una emigración que como una evolución humana (Luri, 2023).

Con ello, se puede observar que cuando se subvierte la noción de persona humana, trasladando el foco de las prioridades a la tecnología y el cálculo, se disuelve la importancia del dato que la vida humana no tiene partes, sino “lugares y rostros”, una sucesión de conexiones y ámbitos creados por nuestras miradas; se pierde la conciencia de la identidad del ser humano y, con ello, deja de haber vida en común.

De esa forma, la noción de persona se evapora como una partícula consciente y volátil, sin una tierra firme donde sostener su sentido y volver la mirada evocativa, sin una gravedad que otorgue origen, identidad personal y solidez. Se termina en un sistema que experimenta un yo ligero y efímero, que carece de fortaleza, pasión y gravedad, basado en lo leve y la liviandad, al sostenerse únicamente en el fenómeno de la ingravidez (Torralba, 2018).

Ello se asienta en la afirmación de los deseos de autonomía individual y realización privada que hace más problemática las relaciones y la comunicación entre las personas. En la cultura de lo efímero, la seducción y la diferencia marginal se permite una mayor libertad individual, pero ese mundo engendra una vida más infeliz, en atención a que la euforia de la autonomía privada tiene como contrapartida el desamparo, la depresión y la confusión existencial (Lipovetsky, 1994).

Entonces, paradójicamente, se utiliza la voz “persona” para referirse a situaciones o relaciones humanas de manera particularmente abstracta e “impersonal”, dirigiéndose a los hombres implicados de modo puramente numérico (“x” personas), sin valorar cualidades personales que explican la conformación interna de comunidades, como la familia y sus relaciones, donde sus miembros no son fungibles ni intercambiables.

El materialismo práctico que trasuntan muchas de las posturas que enaltecen a la vez a los animales y a los laboratorios biotecnológicos parte de la sensibilidad del hombre, ignorando un posible sentido de las cosas y desapareciendo todo espíritu ascendente (Luri, 2023). Se ignora, de esa manera, que la animalidad del hombre no lo abarca en su ser, sino que es el medio de realización de la persona. Las relaciones y funciones biológicas en el hombre son actos personales, incluidos en rituales y en formas de vida comunitaria (Spaemann, 2000).

En ese mundo se presenta al concepto de persona asociado a seres indiferentes a la presencia de los demás, con su carga consecuente de inestabilidad y antagonismos en la vida librada a la propia suerte y de la verificación de obligaciones que se suman por contar solamente con las propias fuerzas al debilitarse los lazos de interdependencia humana. Se termina, de esa manera, con personas en aislamiento, en el oxímoron de un “aislamiento colectivo” (Sadin, 2022).

Sumado a ello, se tiende a ver todo límite como alienación y construcción social, estimulando el desarrollo de proyectos denominados “transhumanistas”, donde se vivencia la autonomía como autocreación; donde se intenta dejar atrás al hombre por otra versión mejor de lo humano, se instala “lo nuevo” como relevo de “lo bueno”, y la aspiración última se encamina no a mejorar al

hombre, sino a eliminar la chatarra biológica que lo condiciona (Luri, 2023). Así se afianza la consolidación de la fábula del individuo “autoconstruido”, indiferente a todo horizonte común (Sadin, 2022).

Cuando se habla de transhumanismo y de inteligencia artificial, se posiciona a la inteligencia en un “dominio” del mundo, en un poder instrumental, en una reducción a la facultad de manipulación, en una “caricatura” de la persona humana, que sostiene una situación “carcelaria” del alma en la corporeidad humana, donde se pierde el origen genealógico del primer hogar (seno materno) y el conocer como apertura maravillada a lo real y al otro en cuanto otro en su singularidad (Hadjadj, 2015).

También en esa mirada se apuntala la noción de persona que “erradica la muerte”, en un presupuesto de autosuficiencia satisfecha, negación implícita de los demás, cumpliendo sus deleites y ajeno al destino de los otros, con base en la afirmación de que no hay nadie por encima de uno mismo, que otorgan un sentimiento de ser todopoderoso y la ilusión de una vida deliberadamente elegida (Sadin, 2022).

Añadido a ello, la postura tecnocrática se encuentra emparentada con los intentos de fundar el orden del ser y de las personas sobre la supresión de un origen que esté dado con antelación al hombre, creándose el hombre a sí mismo en el mercado, convirtiéndose él mismo en un dios, alterando su naturaleza y desgarrándose, de ese modo, el vínculo de la persona humana con la realidad y con el prójimo en el orden del ser (Voegelin, 2009).

Por consiguiente, la causa principal de transformación del concepto de persona y sus derechos se puede rastrear en el proceso de secularización y rechazo de Dios, que le quita al hombre su identidad y dignidad de criatura, de hijo, para otorgarle la libertad indefinida de los huérfanos (Puppinc, 2020).

Por ende, la ideología tecnocrática, aun cuando aparente la primacía de la voluntad del individuo sobre las miradas extrañas, en verdad supone la sustracción de la voluntad de los hombres de determinadas decisiones importantes para su vida para ser asumidas por un poder impersonal y difuso de las cosas que no resulta anónimo ni neutral, separa la inteligencia de la conciencia y enmascara la realidad en favor de ficciones deshumanizantes que llevan a los hombres a una especie de marionetas (Pérez Luño, 2021).

En esa dimensión de dominio de la persona mediante la técnica y la mercantilización de los individuos se constata la reproducción humana asistida y la gestación para otros como estandartes, más allá de cuestiones terapéuticas, del deseo personal y de la primacía de la eugenesia del “bebé a la carta” que arrasan

con todos los fundamentos antropológicos de las personas, su identidad y sus relaciones, como es el caso de la filiación (Sadin, 2022).

En esas intervenciones tecnológicas reproductivas se considera como una cosa y se aplican criterios de descarte a los seres que tienen sustantividad humana, imponiéndose la necesidad de dictar medidas eficaces de protección para evitar un daño, de conformidad al añejo principio general del derecho de “no dañar al otro”.

Igualmente, ese proceso procreacional implica una “filiación” que únicamente identifica a quienes actúan como representantes legales del niño, pero que ya no sirve para mostrar el origen de la persona, asociando la filiación a la mera voluntad de uno o más individuos y desligándola de las nociones de engendrar y gestación (Mirkovic y Andorno, 2021). Ello trae aparejado concebir a la filiación como un derecho de carácter individual, cuando en realidad es una relación entre el niño y sus padres (Lázaro Palau, 2019).

Modelo reproductivo que, en última instancia, ignora el carácter singular y duradero de la cotidianeidad de sus orígenes y que son fuente de consolación, seguridad y capacidad de adaptación al ambiente (Álvarez Martínez, 2021), imponiendo barreras comunicacionales y de contacto entre las personas que participan de los procedimientos técnicos que desencadenan una afectación a principios bioéticos, como el de dignidad personal (Muñoz Gómez, 2021).

En el caso específico de la gestación por sustitución, se la ve como un régimen de adopción *sui generis* de origen contractual, cuando en realidad se busca darle un niño a un individuo o a una pareja creando *ex profeso* la situación de abandono y desamparo del vástago, por lo que no es una medida en protección de la niñez, sino una ayuda para asegurarles un hijo a aquellos que lo desean, sin importar la afectación a criterios distintivos de las personas para lograrlo (De la Fuente y Hontañón, 2016).

En esa visión de la procreación humana se revive la perspectiva cátera de un deseo de pureza radical, que valora la “castración” del hombre, la separación del cuerpo, la ausencia de mescolanza y contacto con la materia, la inmunidad con relación a los otros que resalta las apariencias y que termina con el vacío del ser, en la creencia de “que se tienen las manos limpias, porque no se tienen manos” (Guitton, 2000).

Los nuevos derechos declamados de las personas se refieren a derechos de la “voluntad”, del espíritu sobre el cuerpo, del ejercicio de “un poder contra el cuerpo”, que no apuntan a la equidad del caso, sino al “poder” del espíritu individual contra la esencia humana. Así, el umbral de humanidad queda fi-

jado de manera arbitraria y subjetiva por “el reconocimiento” de otros que lo reconocen como humano (Puppink, 2020).

En efecto, la posición transhumanista se asemeja a un “angelismo” antropológico, donde al hombre se lo independiza de las cosas, se lo ve como un “pensamiento” libre de informar una materia, de las vicisitudes del tiempo, del movimiento, de la generación, del deterioro y de lo singular del espacio, para agotar en cada individuo su tipo específico, la perfección de su esencia (Maritain, 1986).

Ello se emparenta con una mirada actual que se remonta varios siglos atrás, que identifica a la persona humana con la conciencia y el recuerdo propio, con un criterio interior, cuando los demás, en realidad, nos identifican por un criterio exterior y objetivo por la identidad del cuerpo en el espacio y en el tiempo (Spaemann, 2000).

Esa formulación basada en la conciencia del sujeto nos sitúa en una invariabilidad que entra en unidad con la noción de máquina o con la de un ser animado y pone sombras sobre la concepción de la persona en los hombres recién nacidos, con discapacidad, que se encuentran dormidos o inconscientes, cuando, en realidad, no existe una transición desde “algo” a “alguien” que justifique ese desarrollo. Ese “alguien”, esa persona no comienza a existir después del hombre ni se extingue antes que fallezca el ser humano (Spaemann, 2000).

Sumado a ello, esa opinión rechaza el ingreso a la categoría de persona por conexión genealógica, por procreación y nacimiento y, en su reemplazo, asume la tesis de la autoconciencia y la cooptación por otros miembros, que también relativizan la tesis que todos los hombres son personas (Spaemann, 2000). Repito que esa tesis de la autoconciencia tiende a identificar al hombre con la noción tradicional de los ángeles.

Si bien los ángeles tienen comunicación unos con otros y una significación entre ellos en la medida en que uno ilumina a otro, ninguno le debe a otro su naturaleza y tampoco necesitan de los demás para desarrollarla; en cambio, el niño resulta el fruto del don recíproco de los esposos, que reciben en imagen su propia esencia de una tercera persona, de una creatura independiente y, en cuanto creatura, un presente de Dios (Stein, 1996).

Se menciona también que el niño tiene una función humanizadora, de vinculación real con lo humano, que personaliza. En la medida en que no haya niños, el mundo se transformaría en un lugar atroz, de increíble dureza, sevicias y vejaciones, como esas imaginaciones tecnológicas que intentan que se nazca adulto o en sociedades donde se lo considera una “cría”, un “prehombre”, de-

seando que deje de ser niño por su rendimiento, reverdecendo así un proceso de despersonalización (Marías, 1995).

Se parte de una persona humana que se supone razonadora, independiente y madura para el análisis de las relaciones sociales, de un mundo entre adultos, dejándose a la infancia como un tema irrelevante y que se trata de manera circunstancial como dimensión a superar para llegar a la adultez, cuando el desarrollo de la infancia revela de manera convincente la contribución de los demás en los logros personales y en la vida en común y permite entender la identidad mediante la atención y cuidados recibidos por otros a través del tiempo (MacIntyre, 2001).

Se observa entonces en esa postura una posición de negación de la discapacidad y la dependencia, siendo las discapacidades física y mental aflicciones del “cuerpo”, por lo que en esas tendencias se constata una incapacidad para reconocer la importancia de la dimensión corporal de la persona humana e inclusive su rechazo, cuando desde los albores de la filosofía se reconocía que el ser humano no simplemente tiene un cuerpo, sino que “es” su cuerpo, y que el alma no es la totalidad de la persona humana y tampoco el alma desvinculada del cuerpo es su “yo” (MacIntyre, 2001).

Por ello se arrasa con el pasado, desconociéndose que para el individuo hay una esencial dependencia de la verdad y saber actual con relación a una laboriosa y esforzada obra común de las generaciones anteriores; al tiempo que se lo sufre como coerción exterior y como una violencia que repugna a la naturaleza del hombre (Maritain, 1986).

El predominio que se percibe en la imitación de modelos contemporáneos, el prestigio de las novedades, la veneración del cambio y el magnetismo de la actualidad por sobre la asimilación de las reglas de antepasados y la falta de vinculación de las obras al pasado, sumado a la búsqueda exclusiva en sus aspiraciones individuales a la originalidad, deconstrucción y lo estrafalario que nos remiten a corrientes de imitación que se separan de los grupos familiares y de los medios de origen, implican de manera indisociable una consecuente fractura comunitaria, individuos sonámbulos y un déficit en la comunicación entre las personas (Lipovetsky, 1994).

Se trata de una cultura sin huellas, de “personas fantasma”, que evita lo complejo, sacraliza a los individuos encerrados en sí mismos y las apariencias, con personas sin lazos profundos, móvil y de gustos fluctuantes y sin un alcance personal de importancia; una existencia hecha para estar en un presente vivo que repercute esencialmente en el aquí y ahora, donde se consume avanzando

en un individualismo narcisista que desarrolla una nueva relación con los demás y con las cosas y cuya hegemonía cultural se encuentra dominada por la interpretación mínima, la celeridad y la inmediatez (Lipovetsky, 1994).

Además, se considera que las ideas reciben su perfección operativa por sí mismas —o de lo divino, si se quiere—, no de las cosas, por lo que se acaba la unión de la inteligencia con el cuerpo y los sentidos, despreciando su ligadura a lo animal y a la creación. En esa visión, la materia le proporciona al alma sólo un medio para avasallar la tierra y dominar el universo físico; el mundo entero vale menos que un “espíritu”. Se pierde, de ese modo, la sabiduría del ascenso del conocimiento por dilección (Maritain, 1986).

De tal manera, la persona humana pierde la simplicidad de su participación en el mundo, su contacto con la tierra, con sus raíces y con la simpleza campesina, para quedar con su ciencia y sus tecnologías en una soledad absoluta ante los otros, sin experiencias, despojos y pruebas, con un progreso que ignora los límites humanos, sin fuentes para confiar en la vida humana y en desamparo ante los desvíos de sentido, propios y ajenos (Leclerc, 1992).

Por consiguiente, esa sacralización de la autonomía personal, autosuficiencia, rechazo del don y la tarea de la vida y la vivencia del vivir como propiedad a disponer según convenga le quita la evidencia antropológica de la dependencia de la persona humana, se extingue el aforismo que sostiene: “Soy cuidado, luego existo”, desplazando del hogar, la mesa, el entorno familiar y la vida cotidiana la condición humana de la fragilidad y la interdependencia (Torralba, 2018).

Es decir, en la noción de persona humana hay ciertas tendencias que parten del “olvido” del fenómeno de la dependencia del individuo con relación a los demás, hablando de “ellos” como diferentes a “nosotros”, inclusive en discursos benevolentes con respecto a los “discapacitados” o “enfermos”, cuando en realidad, aun cuando en algunos períodos o estados particulares de la vida resultan más evidentes los factores de vulnerabilidad, la dependencia resulta un dato de la condición humana (MacIntyre, 2001).

El reconocimiento estable de las personas en su camino existencial y los deberes incondicionales que conlleva en los demás su dignidad personal serían una ilusión o una mera manera de hablar si dependieran de la exigencia variable de determinadas cualidades del individuo o de la concesión graciosa de humanidad por parte del poder de turno. El ser de la persona es la vida del hombre, la persona es el hombre en todos sus estadios y condiciones (Spaemann, 2000).

En realidad, la interioridad y la vida determinada por el espíritu que encon-

tramos en la persona se trata de la aprehensión del sentido en sí del hombre, que traza un límite a todo mecanismo de adaptación, reposando, en última instancia, el sentido propio “en la verdad”, en la cual tiene base su comprensión de sí misma, su acción y su responsabilidad individual (Guardini, 1967).

3. La persona humana como gloria

La persona se nos aparece entonces como una presencia dirigida hacia el mundo y las otras personas, sin límites, mezclada con ellos, en perspectiva de universalidad. Las otras personas no la limitan, la hacen ser y desarrollarse. Ella no existe sino hacia los otros, no se conoce sino por los otros, no se encuentra sino en los otros (...) Cuando la comunicación se rebaja o se corrompe, yo mismo me pierdo profundamente: todas las locuras manifiestan un fracaso de la relación con el otro, yo me vuelvo, a mi vez, extraño a mí mismo, alienado. Casi se podría decir que solo existo en la medida en que existo para otros, y en última instancia ser es amar. (Mounier, 1968, p. 20)

El mundo de la vida humana es el mundo de la pertenencia mutua, de la interdependencia y las relaciones. Más convivimos que vivimos. Como dijo un filósofo, “soy hombre, a ningún otro hombre estimo extraño” (Unamuno, 1998, p. 7). El ser con otros es la manera humana de ser, y la ilusión de una vida aislada evita la experiencia de los que limitan conmigo y con ello se resiente la conciencia del propio “yo” (Luri, 2023).

En ese sentido, la persona humana no es una mónada, sino que resulta un hecho que se sustrae a la relación de propiedad, provoca asombro existencial y al que le es esencial su relación con otras personas, por ende, la noción de persona abarca la realidad entera del hombre, no sólo su conciencia o su libertad, participando de su sí mismo en la verdad, que hace que su propio ser sea real y florezca, y que peligra en caso de que se desvincule de las realidades y normas que surgen del orden fundamentado por la justicia y el amor (Guardini, 1967). Ello debe irrigar nuestro discernimiento sobre la noción de persona humana y sus alcances.

Los hombres no tienen valor o un precio, sino dignidad personal, en atención a que cualquier valor es conmensurable y puede entrar en el cálculo de comparación y la dignidad; por el contrario, excluye cualquier cálculo, porque es medida y totalidad de sentido y, por lo tanto, los hombres y sus relaciones no pueden ser considerados un medio, sino un fin en sí mismo que amerita el respeto incondicional del caso (Spaemann, 2000).

Dejar el disfraz de las ideas totalizantes y en su lugar reconocer la finitud en la situación del hombre le permite comprender que es “entre otros” y también “con otros” (Marcel, 2001).

Asimismo, la individualidad de la condición humana le posibilita al hombre posicionarse como una unidad de estructura y funciones de carácter vivo que resiste ser absorbido en la realidad circundante de las cosas, distinguiéndose del mundo y afirmándose con valor propio a través de su propia existencia y de las relaciones cotidianas con otras personas (Guardini, 1967).

Pero el ser humano es persona no como simple individuo, sino como un individuo que se comunica, que se dona a los demás, como una realidad que no es cerrada en sí misma y, sin perjuicio de ello, subsiste en su ser propio (Lafferrère, 2015).

La persona humana no vive sola ni es un individuo aislado, eso sería una abstracción. En realidad, una de las características que distingue al hombre es un elemento social, de alteridad: “el lenguaje”, ya que se articula por la necesidad de transmitirles a nuestros semejantes nuestros pensamientos, amores y percepciones por medio de un producto de la sociabilidad que se da forma a través del hablar y de la interacción en la vida cotidiana. Nuestro interior se moldea desde el exterior (Unamuno, 1998).

A partir del habla de la madre y del padre al hijo, tratándolo como persona, como si entendiera, es como podrá aprender a entender y desarrollará las propiedades de personalidad del hombre, es decir, la racionalidad es derivada, entre otras causas, de la comunicación entre personas (Spaemann, 2014).

De esta manera, la persona humana no surge en el encuentro con los demás, pero depende en sí de la existencia de otras personas para que pueda tener lugar el encuentro, ya que el hombre está referido esencialmente al diálogo, su vida está orientada a la comunicación, que constituye no solamente un medio para notificar acontecimientos, sino que la palabra resulta el ámbito de sentido supraindividual en el que todo hombre vive (Guardini, 1967).

Reitero que el individuo abstracto, sin ataduras ni comunidades naturales, soberano sin dirección ni medida, vuelto hacia los otros en la desconfianza, el cálculo y la reivindicación, asegurando rendimientos y provechos, aislamientos y defensas, en un juego de máscaras que no se distinguen de los rostros, para engañar a los otros y engañarse a sí mismo, resulta la antítesis de la persona y su más próximo adversario (Mounier, 1968).

Esa mirada transhumanista de la persona humana se asemeja a la escultura de la aparición de Lourdes que confeccionó un prestigioso artista de la época,

a la cual la *petit* Bernadette Soubirous contestó con una sonrisa: “Es hermosa, pero no se le parece, mi Señora es más humana y natural y no tiene esa expresión de cansancio” (Werfel, 2006, p. 435).

La persona humana no se puede limitar a la simplicidad del individuo; en el ser persona se es comunidad en sí misma, lo que le otorga riqueza interior y revelación vital. Una persona aislada deja de serlo, ya que, al decir del filósofo, ¿a quién amaría?, y si no ama, no es persona. No hay un padre solitario, hay un padre de familia; mi “yo” resulta un “nosotros” de donde procedo, vivo y me proyecto y ello configura la definición de persona a través del amor (Unamuno, 1998).

El hombre solamente puede ser libre y mantenerse en esa condición en la medida en que permanece vinculado a la trascendencia, a la creación y en una apertura al otro concebida en las dimensiones de significación del ágape o la *philia*, que rompe, asimismo, con filosofías inmanentes que terminan, entre otras cosas, en idolatrías de la raza o de la clase (Marcel, 2001).

El ser persona resulta intrínsecamente “pluripersonal”; el pronombre “yo” supone un “tú”, no hay “yo” sin “tú”; yo soy un “alter tu”, otro “tú”. En suma, “persona” quiere decir “personas”, en singular no tendría sentido, todos los atributos de la personalidad reclaman la presencia de otras personas (Marías, 1995).

De lo contrario, en las nociones de persona que la reducen a una combinación de estados de conciencia, recuerdos y acciones propias, sin un sustrato firme metafísico que proporcione derechos, que ignoren la relación “yo-tú” y solamente hablan en la primera o tercera persona, se termina considerando a las personas como sujetos de poder, de capacidad, en acto, nunca en potencia o en desarrollo, y de estos últimos puede disponerse como una cosa (Spaemann, 2014).

En ese sentido, la identidad personal no se da en la soledad del vagabundo, solamente es posible a través del desarrollo de las relaciones que se van presentando en la vida; la identidad humana supone la presencia del otro con el que se interactúa, con el cual se tiene algo en común y con el que se tiene un estilo y modo concreto de vivir, por lo que la identidad humana se logra en el nosotros de la vida familiar que enciende el hogar común (Alvira Domínguez, 2022).

Es posible desarrollar alrededor de las relaciones de fraternidad entre seres humanos el servicio al otro en toda su riqueza concreta de adhesión; servicio donde sucede la conciencia de proyectarse hacia el otro, donde se tiene por norte al otro, reivindicando la hermandad con el prójimo (Marcel, 2001).

Se señala desde la antropología que un signo de humanidad en la cultura resulta un fémur roto y curado de una persona, ya que, entre los animales, si alguno se rompe la pierna, muere; en cambio, el fémur curado revela que “al-

guien” —una persona— consideró prioritario cuidar del herido, aunque ello implique una carga para la comunidad, interesándose por el sufrimiento de otra persona y transmitiéndoles a los demás la técnica de la curación (Luri, 2023).

En esa medida sobreviene la virtud social de la misericordia, por la cual se amplían los deberes comunitarios más allá de la relación que se tiene con las personas, priorizando las necesidades urgentes y extremas de ellas, y se abarcan a otras personas en la amistad social al asumir la aflicción del otro como propia, por la fraternidad y vínculo común que existe entre ellas por encima de los límites comunitarios (MacIntyre, 2001).

Salir al encuentro de la gente, más allá de explicaciones tecnológicas, para saber lo que es un abrazo, un beso, un apretón de manos, en una palabra, para encontrarse —en obras y en verdad— con las personas y su significación. Permanecer con el otro y volverse a la comunidad en su peculiaridad, al horizonte común, percibiendo en la presencia de los otros las resonancias originarias del ser hombre y sus circunstancias o lo otro del yo.

Buscar en el yo y sus circunstancias, tal como ellas son, en lo que tienen de delimitación y de concreto, y buscar en el sentido de lo que nos rodea el compromiso con el futuro del hombre, en su fin personal y colectivo (Ortega y Gasset, 1958).

En consecuencia, parece acertado entender al cuerpo humano como signo de su alma y no su tumba, como su intérprete, conociéndose el alma humana no solamente mediante la introspección, sino también en el lenguaje del cuerpo, en el habla cotidiana de éste, donde se comprueba la unidad sustancial de cuerpo y alma, de la piel y la palabra, del sonrojo como rasgo específico de la persona humana, de la necesidad de la mirada de los que amamos en nuestros ojos, en su intenso poder vinculante, para confiar en el infortunio y en el perdón (Luri, 2023).

El cuerpo está llamado a expresar a la persona. La persona no nació para ser *máscara*, sino *rostro*, por lo que en la unidad del alma y el cuerpo se constituye el hombre. Lo visible de la persona humana no existiría sin lo visible de lo invisible, el cuerpo simboliza al alma y los espíritus sin cuerpos no serán jamás hombres espirituales, sino que la realidad entera —alma y cuerpo— constituye al hombre en su existencia personal (Clément, 2012).

En la guía del cuerpo humano se puede constatar la naturaleza relacional de la persona humana, donde el “ombligo” resulta un signo de la procedencia de otras personas y los caracteres sexuales del hombre revelan la tendencia hacia la unión con otros, resistiendo de ese modo lo corporal al ídolo de una concepción indiferenciada y egocéntrica de la existencia humana (Hadjadj, 2015).

Y con el cuerpo se designa al hombre concreto, el de carne y hueso, que nace, come, juega, sufre, quiere y muere. Porque un hombre que no es de un lugar ni de una época, que no tiene sexo ni patria, resulta una idea, “un no hombre” (Unamuno, 1998). No hay nada en el hombre que no esté mezclado con tierra y con sangre (Mounier, 1968).

Hombre concreto, corporal, que favorece contemplarlo desde la noción de rostro, siguiendo de esa manera el término griego original de “persona”, que significaba “la que mira adelante”, “la que afronta”, otorgándole de ese modo un sentido al hombre desde el enfrentar su futuro singular, desde la perspectiva de lo que ha de venir y con la fuerza de resistencia y protección que lo caracteriza frente a la inercia, oposición y violencias del mundo (Mounier, 1968).

Por ende, siguiendo analogías de la teología trinitaria, se puede sostener que la persona humana está llamada a realizar la persona en comunión, que no es el individuo encerrado en sí mismo ni el encierro en sistemas totalizantes, sino que son personas consustanciales en relación, en comunión, donde se trata de un intercambio de ser, por el que cada persona no existe sino por su relación con las demás, y que no se adicionan, sino que existen una en las otras en esa historia personal del hombre para cumplir su vocación de humanidad (Clément, 2012).

4. Conclusión

En algunas nociones de persona se puede comprobar una situación análoga a la que contempló el doctor africano para el concepto de Dios, cuando señalaba que cuanto más pensaba en un sentido de Dios que no era sólido y firme, sino en un “fantasma”, su error era su Dios, y por más que intentara descansar su corazón en Dios, resbalaba y caía de nuevo sobre él, siendo entonces Dios una infeliz morada (San Agustín, 1998). De la misma manera, con un concepto de persona erróneo se termina en un hombre desdichado.

En ese orden de ideas, una sociedad basada en el cálculo, la autonomía radical y la técnica aparece asociada al fenómeno del *surmenage* como un signo elocuente de vidas humanas que no van a ninguna parte, con personas que para “sobrevivir” se ven obligadas en la vida cotidiana a un ritmo agobiante y a estar retraídas en su universo doméstico de guetos artificiales de confort para escapar a la realidad esclavizante que la circunda (Sadin, 2022).

De igual modo, al asumir parámetros de eficacia y rendimiento en la noción de persona, cuestión que se ve reflejada en el denominado *darwinismo social* con

las personas con discapacidad o en las políticas poblacionales antinatalistas, se ignora el encanto, la gratitud, lo sagrado y, especialmente, la vulnerabilidad y el sufrimiento en la vida humana, y se puede decir que se cayó en la peor barbarie (Marcel, 2002).

Cuestión que se reconoció desde los albores de nuestra tradición mestiza latinoamericana, con sus orígenes en la escuela del derecho natural tomista, señalando la humanidad común de todas las personas, desde fray Montesinos y su prédica “¿éstos, no son hombres?”; o, en los términos simples que manifestó Chiara Corbella Petrillo, una mujer fuerte de los tiempos actuales: “Lo más importante no es lo que hagamos, sino nacer y dejarse amar” (como se citó en Troisi y Paccini, 2021, p. 73), refrendados a través de su vida matrimonial, su maternidad y sus gestos en la enfermedad.

Por último, para las nociones de persona que se sustentan en lo tecnocrático, con sus purismos, porvenir descarnado y falta de fecundidad en la reproducción humana, los antiguos les presentan una excelente enseñanza, al encontrar las alturas ideales de la “procreación en la belleza” en la unión sexual de mujer y varón, que efectivamente la tildaba de obra divina; y al alumbramiento posterior, como la belleza personificada del ser vivo. Lo feo e incompatible con la inmortalidad lo descubría en la tristeza, lo que se contrae en sí mismo, lo que se aparta, se encoge y no engendra (Platón, 2000).

Por ello, la persona humana se funda no solamente en su sustancia y unidad de cuerpo y espíritu, sino también, desde sus orígenes, en la relación, apertura y trascendencia primordial con las demás personas, comenzando por la relación de sus padres que posibilitó su existencia, por lo que, gracias a los otros, se llega a ser persona para los demás y también, en cierto sentido, persona para sí mismo.

En síntesis, la noción verdadera de persona humana trae consigo un ordenamiento jurídico que no puede dejar de reconocer en todos los hombres, cualquiera sea su condición, la calidad de persona, de lo contrario, se frustraría el bien común (Llambías, 1995).

Bibliografía

- Álvarez Martínez, E. (2021). El apego desde el útero. *Revista digital de Medicina Psicosomática y Psicoterapia*, 11(2). https://www.psicociencias.org/pdf_noticias/El_apego_desde_el_uterro_E.Alvarez.pdf.
- Alvira Domínguez, R. (2022). El hogar como origen radical de la identidad personal y social. *Revista Fe y Libertad*, 8(1). <https://revista.feylibertad.org/index.php/revista/article/view/132/158>.
- Bloy, L. (1977). *Exégesis de lugares comunes*. Carlos Lohlé.
- Clément, O. (2012). *Fuentes. Los místicos cristianos de los orígenes* (Trad. A. Capboscq). Ágape.
- De la Fuente, R. (2016). La persona como fons omnis iuris. *Revista Persona y Derecho*, 74, 319-338. <https://revistas.unav.edu/index.php/persona-y-derecho/article/view/7663/7394>.
- Greene, G. (1968). *El poder y la gloria* (Trad. J. R. Wilcock). Emecé.
- Guardini, R. (1967). *Mundo y Persona* (Trad. F. González Vicen). Guadarrama.
- Guitton, J. (2000). *Los impuros* (Trad. A. Ortiz García). PPC.
- Hadjadj, F. (2015). *¿Qué es una familia?* (Trad. S. Montiel). Nuevo Inicio.
- Lafferrière, J. N. (2015). La persona humana en el nuevo Código Civil y Comercial. Consideraciones Generales. *El Derecho*, 262-692. ED-DCCLXXV-231.
- Lázaro Palau, C. M. (2019). El concepto de persona como elemento clave de la identidad europea: el caso de la maternidad subrogada. *Cuadernos Europeos de Deusto*, (Núm Especial 2), 189-201. <https://ced.revistas.deusto.es/article/view/1555/2436>.
- Leclerc, E. (1992). *Sabiduría de un pobre* (Trad. A. M. Fraga y M. J. Martí). Marova.
- Lipovetsky, G. (1994). *El imperio de lo efímero*. Anagrama.
- Llambías, J. J. (1995). *Tratado de Derecho Civil, Parte General* (Tomo I). Abeledo Perrot.
- Luri, G. (2023). *En busca del tiempo en que vivimos. Fragmentos del hombre moderno*. Deusto.
- MacIntyre, A. (2001). *Animales racionales y dependientes* (Trad. B. Martínez de Murguía). Paidós.
- Marcel, G. (2001). *Los hombres contra lo humano* (Trad. J. M. Ayuso Diez). Caparrós.
- Marcel, G. (2002). *El misterio del ser*. BAC.
- Marías, J. (1995). *La felicidad humana*. Alianza.
- Maritain, J. (1986). *Tres reformadores. Lutero – Descartes – Rousseau* (Trad. R. Pividal). Club de Lectores.
- Mirkovic, A. y Andorno, R. (15 de diciembre de 2021). Nueva ley francesa de bioética del 2 de agosto de 2021. Análisis crítico de sus disposiciones en materia de procreación asistida. *Jurisprudencia Argentina*, (15).
- Montero, E. (2015). La maternidad de alquiler frente a la summa divisio iuris entre las personas y las cosas. *Revista Persona y Derecho*, (72), 223-236. <https://revistas.unav.edu/index.php/persona-y-derecho/article/view/3636/7052>.
- Mounier, E. (1968). *El personalismo*. Eudeba.
- Muñoz Gómez, D. S. (2021). Barreras comunicacionales en la práctica de la maternidad subrogada. Una crisis en tiempos de pandemia. *Revista Bioética y Derecho*, (52), 61-83. <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/33384/34529>.
- Ortega y Gasset, J. (1958). *Meditaciones del Quijote*. Revista de Occidente.
- Pérez Luño, A. E. (2021). El posthumanismo no es un humanismo. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (44), 291-312. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/114316/1/Doxa_2021_44_12.pdf.

- Platón. (2000). *El Banquete* (Trad. M. Martínez Hernández). Gredos.
- Puppinck, G. (2020). *Mi deseo es ley* (Trad. F. Montesinos y M. Montes). Encuentro.
- Romilly, J. de. (2022). *Muros de Troya, Playas de Ítaca, Homero y el origen de la épica*. Siruela.
- Sadin, E. (2022). *La era del individuo tirano. El fin de un mundo común* (Trad. M. Martínez). Caja Negra.
- San Agustín. (1998). Las Confesiones. En *Obras completas* (Tomo II, pp. 71-608, Trad. A. Custodio Vega). BAC.
- Spaemann, R. (2000). *Personas. Acerca de la distinción entre «algo» y «alguien»* (Trad. J. L. del Barco). Ediciones Universidad de Navarra.
- Spaemann, R. (2014). ¿Son todos los hombres personas? Almudi.org. <https://www.almudi.org/articulos-antiguos/7290-son-todos-los-hombres-personas-robert-spaemann>.
- Stein, E. (1996). *Ser finito y ser eterno. Ensayo de una ascensión al sentido del ser* (Trad. A. Pérez Monroy). Fondo de Cultura Económica.
- Torralba, F. (2018). *Mundo volátil*. Kairós.
- Troisi, S. y Paccini, C. (2021). *Nacemos para no morir nunca*. Palabra.
- Unamuno, Miguel de. (1998). *Del sentimiento trágico de la vida*. Losada.
- Voegelin, E. (2009). *El asesinato de Dios y otros escritos políticos* (Trad. E. Amador). Hydra.
- Werfel, F. (2006). *La canción de Bernadette* (Trad. G. Moner). Palabra.

ACERCA DE *PRINCIPIA ETHICA*

María Dolores Repetto

Universidad de Buenos Aires

mariarepetto@derecho.uba.ar

Resumen

Mediante este trabajo, me propongo el análisis de algunos aspectos centrales de *Principia Ethica*, una obra de referencia en el campo de la filosofía moral analítica y del pensamiento general de su autor.

La tarea persigue varios objetivos; en principio, examinar si G. E. Moore forma parte de la escuela denominada “intuicionismo moral” y con qué alcances; evaluar, asimismo, si la propuesta que ofrece constituye algo más que sus famosas críticas al naturalismo ético (la conocida “falacia naturalista” y la noción de “la pregunta abierta”).

Analizaré luego la habitual inclusión de Moore en las filas del utilitarismo, sus aportes analíticos a la construcción del concepto de lo bueno, la fortaleza o la debilidad de las críticas que su teoría ha recibido enfundada en el hábito intuicionista y el saldo final que su obra nos deja para la determinación de algunos valores morales intrínsecos.

Palabras clave: metaética, intuicionismo moral, realismo moral, objetivismo moral, Moore, filosofía analítica, utilitarismo, naturalismo ético, pregunta abierta, falacia naturalista.

On *Principia Ethica*

Abstract

In this article my purpose is to analyze some central aspects of *Principia Ethica*, a reference work in the field of analytical moral philosophy and a reference also of the general thought of its author. The article pursues several objectives; first, to examine whether G.E. Moore is really part of the school called “Moral Intuitionism,” and with what scope; then to assess whether the proposal he offers constitutes something more than his famous criticisms of ethical naturalism (the well-known “naturalistic fallacy” and the notion of “the open question”).

I will then analyze Moore’s usual inclusion in the ranks of utilitarianism, his analytical contributions to the construction of the concept of the good, the strength, or weakness of the criticisms that his theory has received, dressed in intuitionistic clothing, and the final balance that his work leaves us for the determination of some intrinsic moral values.

Key words: metaethics, moral intuitionism, moral realism, moral objectivism, Moore, analytic philosophy, utilitarianism, ethical naturalism, open question, naturalistic fallacy.

1. Introducción

Hace ya algunos años que, pensando en los problemas metaéticos y en la vinculación de éstos con el derecho, reflexiono acerca de los posibles aportes que el denominado intuicionismo moral le ha dado a esta disciplina (Repetto, 2008).

He intentado situar al intuicionismo dentro de las diversas corrientes metaéticas y examinar si en esta escuela, representada para muchos principalmente por Moore (1983), hay algún desarrollo que coloque al autor dentro de las referencias inevitables para discutir una posición cognitivista, realista y no naturalista.

En lecturas posteriores de autores como Harold Prichard (1912) o David Ross (1930) he podido observar que, respecto a la escuela intuicionista, no ha habido un estudio sistemático y coherente, y sus argumentos, tal vez precisamente por esa falta de sistematicidad propia de la corriente, se han transmitido de manera inconexa e incompleta.

Me ha parecido posible que, a través del examen de ciertos aspectos centrales de la obra de Moore, se pueda llegar a esclarecer algunos interrogantes que atañen no sólo al pensamiento propio del autor, sino también a aquello que comparte con la escuela de la que se lo ha considerado parte: el intuicionismo moral.

Este trabajo, entonces, comienza con un estudio de *Principia Ethica* para examinar más de cerca la condición de intuicionista moral del autor y los alcances de esa pertenencia.

Luego de ese abordaje, se pretende trabajar otro aspecto con el cual se lo ha vinculado a Moore, que es el de su condición de utilitarista; un utilitarismo ligado a la persecución del “mejor estado de cosas concebible” (Moore, 1983, p. 173) en palabras propias del autor. Ese mejor estado de cosas concebible, al que la filosofía ha llamado habitualmente “fin último” o “bien humano”, sería aquel al que nuestra acción debe dirigirse y que, adelantamos, en Moore no es el placer al modo de los utilitaristas clásicos, ya que para él no es el placer lo único bueno.

La tercera y última parte del trabajo se concentra en revisar algunas de las objeciones planteadas hacia la corriente intuicionista (y puntualmente hacia Moore) como herramienta para obtener un razonamiento moral sólido. Sobre este asunto, se han señalado con frecuencia las debilidades que plantea para cierta tradición de la filosofía el pensamiento intuicionista; aquí se las enumera y analiza para una mejor comprensión.

Convencida de los aportes de esta gran obra a la filosofía moral, se trabaja justamente en el final de este artículo sobre “la fortaleza escondida” de *Principia Ethica*.

Humildemente, estimo que el meollo de esta obra ha sido débilmente difundido. En su condición de filósofo analítico, Moore se afana en la construcción del concepto de lo bueno. Es una tarea sobre la que, sin desconocer las dificultades, plantea un optimista panorama para la ética: cree posible las atribuciones de valor intrínseco, aun cuando sobre ellas no exista la simetría ni la sistematización que se les exige de los filósofos.

2. Las teorías éticas

Si comenzamos ubicando el objeto de nuestro estudio, podemos recurrir en primer término a una clasificación o taxonomía de las teorías éticas en dos grandes grupos: las descriptivistas y las no descriptivistas (Hare, 1999).

Acordamos que las teorías descriptivistas son aquellas en las cuales el significado de un enunciado moral está completamente determinado por sus condiciones de verdad, es decir, por las condiciones bajo las cuales sería correcto decir que este enunciado es verdadero.

Las teorías no descriptivistas, en tanto, no tienen su significado completamente determinado por sus condiciones de verdad; advierten la existencia de otro elemento en el significado de tales enunciados, un elemento evaluativo o prescriptivo con el cual el enunciado sigue siendo el mismo aun cuando las condiciones de verdad hayan cambiado.

También recurrimos a otras clasificaciones y dividimos el campo de estudio en el de las teorías cognitivistas y las no cognitivistas, señalando a las primeras como aquellas según las cuales los enunciados normativos son oraciones enunciativas —pudiendo predicarse de ellos su verdad o falsedad—; y a las segundas, como aquellas que sostienen que estos enunciados no son oraciones enunciativas, teniendo el carácter de mandatos, recomendaciones o deseos (Von Kutschera, 1989).

Por último, separamos también nuestro ámbito de investigación en el de las teorías naturalistas y no naturalistas, definiendo a las primeras como aquellas que sostienen que el componente cognoscitivo del significado de una oración ética puede ser traducido a términos no éticos, no existiendo, por ende, enunciados que sean específicamente éticos. Respecto de las segundas, propugnan que las oraciones éticas son intraducibles a las no éticas (Hospers, 1961).

3. El intuicionismo moral

Dado este breve panorama respecto de las teorías éticas, llegamos al primer tema de análisis: el intuicionismo moral.

Estamos aquí en presencia de una teoría descriptivista, cognitivista y no naturalista. Los conceptos expuestos anteriormente para aludir a las mencionadas corrientes nos dan algunos elementos para situarnos en el objeto de nuestra investigación: el intuicionismo ético sostiene que el significado de los enunciados morales está completamente determinado por sus condiciones de verdad (descriptivismo), admite que los enunciados normativos son oraciones enunciativas (cognitivismo) y niega toda posibilidad de traducir las oraciones éticas a términos no éticos (no naturalismo).

Cada una de estas características del intuicionismo moral presenta elementos para el análisis y la discusión. Si comenzamos por su carácter descriptivista, es dable sostener que para los intuicionistas morales los términos éticos tienen significado cognoscitivo, tiene sentido atribuir a los juicios morales verdad o falsedad y, en principio, pueden ser justificados racionalmente (Nino, 1995).

Ahora bien, si las teorías descriptivistas coinciden en el significado cognoscitivo de los términos éticos, no hay consenso entre ellas respecto a qué hechos se refieren los juicios morales y cómo se determina su verdad o falsedad.

Sobre la base de estos desacuerdos surgen las posturas naturalistas y no naturalistas ya mencionadas y el intuicionismo —como una versión del no naturalismo— centrará sus críticas más duras sobre las primeras.

4. Intuicionismo versus naturalismo

Como adelantamos, las críticas intuicionistas a la posición naturalista parten fundamentalmente de la discrepancia entre ambas respecto de la posibilidad de traducir las oraciones éticas a términos no éticos.¹

El postulado naturalista afirma que el componente cognoscitivo del significado de un término ético puede ser traducido a términos no éticos; no hay, pues, para esta corriente, ningún tipo de enunciados que sean específicamente éticos.

Esto no significa que no haya verdaderos principios morales para el naturalismo; los hay, pero previamente habrá que determinar el significado cognoscitivo de la oración ética en cuestión. Por ejemplo, cuando decimos “la pena de muerte es justa”, ¿cuál es el significado cognoscitivo de esa oración ética?, y

1 Algunos autores han considerado que esta separación entre naturalismo y no naturalismo surge de

sobre la base de ello podremos determinar la verdad o falsedad de ese enunciado (Hospers, 1961).

Las dificultades que presenta la tesis naturalista son acertadamente señaladas por Moore (1929), quien puso de relieve el carácter indefinible de los términos éticos y la imposibilidad de representar su significado con palabras no éticas, señalando, asimismo, el carácter simple y no analizable de éstos y proponiendo el reemplazo de una definición verbal por una ostensiva.

En su referencia a lo que llamó “la falacia naturalista”, Moore (1983) señala que, según la Ley de Hume, no hay relación analítica entre enunciados exclusivamente normativos y enunciados no normativos, por lo tanto, tampoco hay equivalencias analíticas entre los términos correspondientes, en contra de lo que afirma la tesis naturalista.

Los principales argumentos sostenidos por Moore en *Principia Ethica* (1983) permitieron poner en el centro de la crítica al naturalismo ético, los cuales resultaron determinantes a la hora de negar toda posibilidad de existencia a una ética naturalista, por descansar ésta precisamente en una falacia.

No obstante haber tenido una pacífica aceptación en los círculos filosóficos hasta 1939 (año en que Frankena escribe “The Naturalistic Fallacy”, un artículo que examinó más críticamente la tesis de Moore), la noción de “falacia naturalista” resulta a poco de analizarla bastante más compleja de lo que se presenta, pues el mismo Moore da versiones variadas de su contenido, que comprenden hasta un análisis de la ocurrencia de la falacia en la obra de Mill, *Utilitarismo*. “Mill —afirma Moore— ha efectuado el uso más ingenuo y burdo de la falacia naturalista que cualquiera pudiera desear. ‘Bueno’, nos dice, significa ‘deseable’ y sólo podemos descubrir qué es deseable tratando de descubrir que es lo realmente deseado” (Moore, 1983, como se citó en Rabossi, 1961, p. 201).

Ya hemos señalado que la brecha que separa a naturalistas de los intuicionistas está dada por su desacuerdo frente a la posibilidad de traducir los términos éticos a los no éticos; la respuesta naturalista resuelve en apariencia el problema de la verificación empírica, aun cuando esta respuesta sea frágil y relativa para los no naturalistas y para los no descriptivistas.

Pero esta cuestión de la verificación empírica es especialmente compleja para el intuicionismo: las condiciones de verdad de los enunciados morales consisten para esta teoría en la posesión de propiedades sui generis específicamente

la pregunta acerca de si la moral puede ser considerada un fenómeno autónomo o debe ser reducida a otros fenómenos, definiendo por consiguiente a los naturalistas como “reduccionistas” y a los no naturalistas o intuicionistas como “no reduccionistas”. Ver, por ejemplo, Von Kutschera (1989).

morales que no pueden ser de definidas sin introducir algún término moral en el *definiens* (Hare, 1999). En tal sentido, la tarea de especificar esas condiciones es un desafío, pues, como no naturalista, el intuicionista no puede recurrir a términos no morales. ¿Cómo va a sostener entonces el intuicionismo que tal o cual acción es correcta o incorrecta, buena o mala, justa o injusta?, apelando a alguna facultad del observador o investigador que podemos llamar “intuición” y que permite captar que determinados actos son buenos, justos o correctos.

La “intuición” permite, entonces, conocer la verdad de uno o más principios fundamentales; será posible intuir la presencia de una propiedad, lo bueno, que ningún método empírico puede revelar y, según señala Hospers (1961),² lo que no podemos percibir con el ojo físico el intuicionismo lo captará con el ojo interior de la intuición, ya que esta propiedad de “bondad” no puede ser detectada empíricamente por su carácter metafísico.

Desde el punto de vista metodológico y de la verificación empírica, la respuesta intuicionista deberá defenderse de embates de diversa naturaleza, que parten desde la primera inquietud que puede surgirle al observador que, teniendo frente a sí intuiciones muy diversas sobre lo que las sociedades, un grupo humano determinado o varios individuos considerados aisladamente creen correcto, justo o bueno, no puede menos que poner en tela de juicio si esas intuiciones diferentes pueden coexistir y mantener algún grado de verdad que las haga aptas para un debate moral racional.

En el párrafo siguiente analizaremos estas cuestiones a través de la obra de Moore.

5. *Principia Ethica*

Comienza Moore (1983) su desarrollo de *Principia Ethica* con una afirmación acerca del campo o tema de la ética. Señala que, cuando formamos proposiciones que encierran cualquier término como “virtud”, “vicio”, “deber”, “correcto”, “debe”, estamos haciendo juicios éticos, y si deseamos analizar su verdad, estaremos examinando un tema de la ética.

Lo anterior, dice Moore (1983), no presenta dificultades, pero tampoco define estrictamente el ámbito de la ética; éste será concebido por el autor como

2 Este autor examina las dificultades metodológicas que plantea el conocimiento por intuición, partiendo del conflicto que se presenta, por ejemplo, cuando hay diferentes intuiciones respecto a la bondad de un mismo acto; no obstante, señala la conquista que representa el intuicionismo frente a las posturas naturalistas ya examinadas.

“la verdad íntegra acerca de lo que al mismo tiempo es común a todos estos juicios y peculiar de ellos” (p. 1), pero entonces se pregunta qué es eso que es común y peculiar a todos estos juicios. Esta es la pregunta, dice, a la que han intentado dar respuesta los más reputados filósofos de la ética, y ninguna ha sido completamente satisfactoria.

La estructura que escoge Moore (1983) para desarrollar su teoría en *Principia...* es la que también adoptaré en este artículo, por resultar a mi juicio idónea para esclarecer los distintos aspectos que trabaja.

5.1 El tema de la ética

Comienza la estructura de *Principia Ethica* con el análisis que el autor realiza del término ético “bueno”.

Es importante señalar este rasgo porque, dado que Moore es generalmente incluido en la escuela de los intuicionistas, sería más preciso abordar previamente su rasgo de filosófico-analítico, preocupado por definir y simplificar los conceptos y empeñado, más que en responder las preguntas, “en el significado de las preguntas mismas”.

Delinear el concepto “bueno” constituye para el autor la tarea previa y necesaria para cualquier abordaje ético serio. Es en este sentido que señala que a la ética le concierne, sin duda alguna, el problema de saber qué es la conducta buena, pero que ello no lo pone en marcha de manera inmediata.

Por eso, para Moore (1983), antes que atender la conducta buena —un error en el que, dice, han incurrido muchos filósofos— hay que ocuparse de considerar lo bueno, de preguntarse qué es lo bueno.³

Este es el camino que sigue el autor y en el que observamos que, antes de considerar la conducta, antes de examinar lo correcto, hay una minuciosa reconstrucción de lo bueno.

Sobre este punto advierte que, al decir que una cosa es buena, podríamos caer en la confusión de que esta es una discusión meramente verbal, pero no es esto lo que interesa en su estudio; lo que busca esa pregunta sólo se puede responder, a su criterio, señalando que “bueno” es un término simple y no analizable. Es un término como “amarillo”, dice, y del mismo modo que ocurre con “amarillo”, no es posible explicarle este término a nadie.

Expresa que, para poder explicarlo, lo bueno debería tener una naturaleza

3 Nuevamente observamos aquí la preocupación de Moore por una definición precisa del término ético “bueno”, propia de su condición de filósofo analítico.

compleja, que no posee. En ese sentido, “bueno” (Kania, 2006) denota para el autor un único objeto simple de pensamiento que no puede asociarse con otro. Relacionar ese objeto con otro implicaría incurrir en la “falacia naturalista”, lo cual se desarrolla en el apartado siguiente.

5.2 La ética naturalista

En este acápite de su libro, Moore trabaja uno de los conceptos más difundidos de su teoría: su examen y crítica a las teorías naturalistas.

Tan difundidas han sido sus observaciones hacia el naturalismo que los restantes aspectos que trabaja en su obra han quedado relegados respecto de éstos.

Señala que estas teorías han intentado resolver las inquietudes de la ética apelando a una falacia (la falacia naturalista), mediante la cual, cuando se sostiene que algo es “bueno”, estamos pensando que la cosa de la que se trata mantiene alguna relación con algún objeto natural.

Se ocupa, pues, Moore (1983) de “... Las teorías éticas que postulan que no puede darse ningún valor intrínseco, sin la posesión de alguna propiedad distinta del placer y que postulan esto porque suponen que ser “bueno” significa poseer dicha propiedad...” (p. 37).

Es importante realizar aquí algunas distinciones: Moore destaca que la falacia naturalista es cometida no sólo por las teorías naturalistas, sino también por la ética metafísica, de la que hablaremos en el apartado 5.4.

Una vez definidas, las critica fuertemente por considerar que el método que todas ellas aplican es inadmisibles en la ética, ya que consiste en sustituir “bueno” con algún objeto natural o con algún conjunto de objetos naturales y en reemplazar la ética con la ciencia natural.⁴

5.3 El hedonismo

Aborda aquí el que considera “... el más famoso y más ampliamente propugnado de todos los principios éticos: el principio de que nada es bueno sino el placer...” (Moore, 1983, p. 57).

Ubica, como ya dijimos, a esta postura dentro de las teorías naturalistas y explica que los hedonistas, desde Aristipo hasta los filósofos que hoy se llaman

4 Se ocupa también de todos los sentidos con los que se ha utilizado de manera indistinta la palabra “natural”, al hablar de “afectos naturales” o de “crímenes contra natura”, y rechazando la idea de que una cosa sea buena porque es “natural”.

utilitaristas, como Bentham o Mill, sostienen que todas las cosas, excepto el placer, son sólo buenas como medios para el placer o debido a él, nunca debido a ellas o como fines en sí (Moore, 1983).

El principal punto de crítica está dirigido hacia Mill y los conceptos que éste trabaja en *Utilitarianism* (Mill, 1971).

Es certera la crítica que señala que Mill (1971) ha tratado de establecer la identidad de lo bueno con lo deseado, confundiendo el sentido propio de “deseable” —con el que denota lo que es bueno desear— con el sentido que tendría si fuera análogo a términos como “visible”.

Si “deseable” ha de ser igual que “bueno”, debe entonces tener algún sentido, y si ha de ser igual que “deseado”, debe entonces tener otro muy distinto. Con todo, a la tesis de Mill de que lo deseado es necesariamente bueno, le es esencial que estos dos sentidos de “deseable” sean lo mismo. Si mantiene que son iguales, entonces se contradice en otra parte; si mantiene que no son lo mismo, entonces el primer paso hacia su prueba del hedonismo no tiene valor absoluto.

A continuación, Moore (1983) niega que el placer sea el objeto de todo deseo, el fin universal de toda actividad humana. Lo que sostiene Mill, dice, es que, dado que “bueno” significa “deseado”, lo deseado es en consecuencia bueno, pero habiendo llegado a una conclusión ética, necesita aun de otro argumento para transformar su conclusión en un fundamento del hedonismo: tiene que probar que lo que siempre deseamos es placer o liberación del dolor y que nunca deseamos otra cosa.

También contra este argumento embiste Moore (1983), advirtiendo que la proposición de que “sólo el placer es bueno como fin” es uno de aquellos primeros principios que no permiten demostración directa; será —en palabras de Sidgwick (1981)— objeto de intuición, una intuición que no puede probar ser verdadera, como la suya.

En este sentido, los naturalistas también son intuicionistas. Moore (1983) advierte que quizás pueda decirse que este es un estado de cosas insatisfactorio y agrega: “¿Es insatisfactorio porque no puede demostrarse nuestro principio?, ¿o lo es meramente porque no estamos de acuerdo sobre él? Me inclino a pensar que esta es la última razón principal...” (p. 71).

5.4 La ética metafísica

Como vimos en los párrafos anteriores, la ética de Moore incluye una con-

tundente crítica hacia las éticas naturalistas por cometer todas ellas la famosa “falacia”; no escapa de ello la denominada “ética metafísica”.

En términos generales, la ética metafísica sostiene que las verdades éticas deben basarse en la metafísica.

Un elemento central de ésta, según Moore (1983), es su conexión con la ética práctica. Esto significa que, para los metafísicos, la metafísica no sólo puede ayudarnos a decidir cuál será el efecto de nuestras acciones, sino también decirnos cuáles efectos, entre los posibles, serán buenos y cuáles malos.

Lo que profesan los metafísicos es que ellos pueden dar respuesta a una cuestión ética primaria: ¿qué debemos hacer? o ¿qué es bueno en sí?

Moore (1983) recuerda que ninguna verdad acerca de lo que es real puede tener conexión lógica con la respuesta a esta pregunta, pues suponerlo implicaría incurrir en la falacia naturalista.

La misma dificultad observa el autor en los metafísicos. La de ellos es, para Moore (1983), una “falacia en su forma metafísica”, no existe conexión alguna entre la metafísica y lo que es bueno, suponerla implica a su juicio una confusión.

Los metafísicos, en tanto que no se han percatado de la contradicción indicada entre una proposición práctica y el aserto de que la realidad eterna es lo único bueno, parecen confundir frecuentemente la proposición acerca de que una cosa particular existente es buena con la proposición acerca de que la existencia de este género de cosas es buena dondequiera que ocurra.

5.5 La ética en relación con la conducta

Estamos llegando en este punto a los aportes menos difundidos de la obra de Moore (1983) y los que, paradójicamente, constituyen el núcleo de su propuesta, una vez que ha transitado la descripción del término ético “bueno” y los comentarios respecto a las posiciones naturalistas.

Moore (1983) ha logrado establecer hasta este punto que el placer no es lo único bueno, lo cual no es poco al refutar muchas de las teorías éticas que se basan en esta idea, pero le resta establecer entonces una tercera clase de cuestiones éticas: ¿qué debemos hacer?

En este sentido, señala que nuestro “deber” sólo puede ser definido como esa acción que causará la existencia de más bien en el universo que ninguna otra alternativa. Por consiguiente, menciona, cuando la ética da por explicado que ciertos modos de actuar son “deberes”, da por afirmado que actuar de esa manera producirá siempre la mayor suma de bien posible.

Es así que nos percatamos de que, según la descripción de Moore (1983), la tarea que le queda a la ética práctica es la de descubrir cuál es, entre las acciones alternativas que puedan ocurrírsele a alguien, la que producirá la mayor suma de bien.

A su juicio, esta es toda la tarea que la ética puede cumplir, la cual, está claro, ofrece dificultades que el propio autor señala.

La primera dificultad para establecer la probabilidad de que una línea de acción dé mejor resultado que otra se origina en el hecho de que hemos de tomar en cuenta los efectos de ambas a lo largo de un futuro infinito. Esto genera claros problemas y es posible observar que no tenemos probabilidad inmediata de conocer, sino que un género de acciones producirá “generalmente” mejores efectos que otros y que nunca se ha demostrado en verdad más que esto.

Sin embargo, para Moore (1983) existen casos en los que es posible encontrar acciones que son generalmente mejores como medios que otra alternativa probable.

Que el asesinato universal no es una cosa buena en este momento no puede, por ende, demostrarse. Pero, de hecho, podemos suponer con certeza —y lo hacemos— que a pesar de que algunas personas quieren matar, la mayoría no quiere. Por consiguiente, cuando decimos que el asesinato en general debe evitarse, sólo damos a entender que será así en tanto la mayoría de la humanidad no esté conforme con él, en tanto persista en vivir. Bajo estas circunstancias, parece capaz de probarse que una persona está generalmente errada al cometer un crimen. Dado que en ningún caso hay esperanza de exterminar la raza, los únicos efectos que hemos de considerar son aquellos que esta acción tendrá sobre el incremento de bienes y sobre la disminución de males en la vida humana. Cuando no es obtenible lo óptimo (suponiendo que la exterminación es lo óptimo), todavía puede ser mejor una alternativa que otra.⁵

Este razonamiento respecto a la optimización del bien le parece al autor posible para incluso ensayar una defensa similar a la de la mayoría de las reglas más universalmente reforzadas por sanciones legales, como el respeto a la propiedad, y de las reglas más usualmente reconocidas por el sentido común, como el trabajo, la temperancia o el guardar las promesas.

Respecto de esas últimas reglas, Moore (1983) advierte, sin embargo, la multiplicidad de dificultades que se presentan en tanto puede variar las condiciones de su existencia en el tiempo o por simples cambios en las costumbres sociales.

5 Cfr. Moore (1983, p. 148).

En este sentido, muy claramente se inclina por destacar que, en casos de duda, el individuo debe guiar su elección por una consideración respecto al valor intrínseco o de la vileza de los efectos que pueda producir su acción.

Los juicios de valor intrínseco tienen la superioridad sobre los juicios de medios en que, una vez verdaderos, son siempre verdaderos; mientras que lo que es en un caso un medio para un buen efecto, no lo es en otro. (Moore, 1983, p. 157)

Por eso, dice, el dominio de la ética que sería más útil elaborar como guía práctica es aquel que examina qué cosas tienen valor intrínseco y en qué grados.

5.6 El ideal

Al finalizar su obra, Moore (1983) se ocupa de definir la clase de cosas que podemos esperar encontrar o grandes bienes intrínsecos o grandes males intrínsecos.

Es una referencia “al mejor estado de cosas concebible, el *summum bonum* o bien absoluto” en palabras de Moore (1983, p. 210), o lo que frecuentemente se ha designado en la filosofía como “bien humano” o como el fin último hacia el que nuestra acción debe dirigirse.

Considera Moore que a fin de obtener una respuesta correcta de la cuestión acerca de “¿qué es bueno en sí?”, debemos considerar qué valor tendrían las cosas si existieran absolutamente por sí mismas.

Analiza en este último apartado de su obra los goces estéticos, el conocimiento, los males positivos y los bienes mixtos, para concluir su obra con una reflexión que me pareció importante respecto a los valores intrínsecos.

Advierte que las atribuciones de valor intrínseco que le parecen verdaderas no exhiben la simetría y la sistematización que les es exigida a los filósofos.

No es este un punto que le preocupe, pues no considera que la verdad acerca de algún asunto exhiba una simetría tal como la que pedimos.

Es esta una idea que el autor instala al comienzo de su obra y que vuelve a retomar casi al final:

La práctica de preguntar qué cosas son virtudes o deberes, sin distinguir que significan estos términos; la práctica de preguntar qué debe ser aquí y ahora, sin distinguir si como medio o como fin, por mor de sus resultados o por mor de sí; la búsqueda de un criterio único de lo recto o errado, sin reconocer que para descubrir un criterio debemos conocer primero qué cosas son rectas o están erradas, y el descuido del principio de las “unidades orgánicas”; estas fuentes de error han predominado hasta ahora casi universalmente en la ética... (Moore, 1983, p. 209)

Vemos que, como se ha sostenido anteriormente, a Moore (1983) le preocupan los desvíos que la ética viene arrastrando y sobre los que pretende corregir las miradas y atender a los significados, a la distinción entre medios y fines y al conocimiento de lo recto o bueno.

6. ¿Es Moore un intuicionista?

El repaso por la obra de Moore nos permite avanzar con el primer interrogante: ¿es Moore realmente un intuicionista?, ¿de qué tipo y por qué?

Podríamos decir en principio (Kania, 2006) que el propio Moore (1983) expresa en el prefacio de sus *Principia...* que no es un intuicionista en el sentido ordinario del término;⁶ señala allí con claridad que el intuicionista propiamente dicho se distingue por sostener que las proposiciones que afirman que cierta acción es un deber o es correcta son incapaces de demostración o refutación mediante una inquisición acerca del resultado de esas acciones, él, en tanto, cuando denomina a tales proposiciones “intuiciones”, pretende meramente afirmar que son incapaces de demostración, no dando por entendido nada respecto a la manera u origen de nuestro conocimiento hacia ellas, y mucho menos sugiriendo que cualquier proposición sea verdadera a causa de que la conocemos de un modo particular o mediante el ejercicio de una facultad particular.

Es que Moore se está refiriendo en este caso a los intuicionistas deontológicos, para quienes la corrección de los actos no puede obtenerse mediante la pregunta acerca de los resultados de una acción y, como efecto, optan por el pluralismo ético.

La postura del autor es que “correcto” significa lo que produce el mayor bien posible; a la pregunta de ¿qué es lo correcto? le agrega la respuesta “lo que produce el mayor bien posible en el universo” (Moore, 1983, p. 140), lo que produce el mayor bien posible no es el placer, sino el bien.

6 “Ruego que se observe que no soy un intuicionista en el sentido ordinario del término. Sidgwick mismo parece nunca haberse percatado claramente de la inmensa importancia que tiene la distinción que separa su intuicionismo de la doctrina común a que generalmente se ha aplicado este nombre. El intuicionista, propiamente dicho, se distingue por sostener que las proposiciones de mi segunda clase –proposiciones que afirman que una cierta acción es correcta o es un deber– son incapaces de demostración o refutación, mediante una inquisición acerca del resultado de tales acciones. Yo, por el contrario, no estoy menos ansioso de sostener que las proposiciones de esta clase no son intuiciones, que de mantener que las proposiciones de mi primera clase lo son. Además, desearía que se observara que, cuando denomino tales proposiciones ‘intuiciones’, pretendo meramente afirmar que son incapaces de demostración; no doy por entendido nada respecto a la manera u origen de nuestro conocimiento de ellas” (Moore, 1983, Prefacio, p. IX).

En este sentido, podríamos respondernos que Moore es un intuicionista del tipo de los teleológicos, para quienes el valor moral positivo o negativo de una acción está determinado por el fin para el cual esta acción es un medio, en contraposición con los intuicionistas deontológicos, para quienes la bondad o la maldad de una acción son intrínsecas a la propia acción.

Otra cuestión que cabe agregar a esta distinción es que el propio Moore (1983) aclara que cuando denomina a tales proposiciones “intuiciones”, pretende meramente afirmar que son incapaces de demostración, no dando por entendido nada respecto a la manera u origen de nuestro conocimiento de ellas. Expresa en este aspecto:

... aún menos doy por entendido (como muchos intuicionistas han hecho) que cualquier proposición sea verdadera, a causa de que la conocemos de un modo particular o mediante el ejercicio de una facultad particular. Sostengo, por el contrario, que de cualquier modo que sea posible conocer una proposición verdadera, es también posible conocer una falsa... (Moore, 1983, Prefacio, p. IX)

7. ¿Y un utilitarista?

Asunto más complejo es profundizar en la inclusión de Moore (1983) en las categorías del utilitarismo, tema que podría ser objeto de un tratamiento en sí mismo y al que haré alusión en este artículo.

Como bien lo señala Farrell (1983), antes de que Bentham (1967) hiciera famoso el principio de la mayor felicidad, se encontraba ya el germen de las doctrinas utilitaristas en algunos moralistas británicos que lo precedieron.

Siguiendo la cronología propuesta por el autor, John Gay (1969) enuncia principios afines a los del utilitarismo en su obra del año 1731, pero ya antes, en el año 1725, Francis Hutcheson había formulado el principio de la mayor felicidad, que luego tomaría Bentham.

En la primitiva versión de *Principles of Morals and Legislation*, Bentham (1967) habla del “principio de utilidad”, y en una nota agregada en junio de 1822, dice que la palabra “utilidad” no puntualiza tan claramente las ideas de placer y dolor como lo hacen las palabras “dicha” y “felicidad” (*happiness y felicity*).

El principio de utilidad para Bentham es aquel que aprueba o desaprueba todas las acciones de acuerdo con la tendencia que aparentan tener de aumentar o disminuir la felicidad de la parte cuyo interés está en juego. Se refiere a todas las acciones, no solamente a las de los individuos privados, sino también a toda medida de gobierno (Bentham, 1967).

La denominación “principio de utilidad” fue considerada defectuosa, por cuanto no precisaba la naturaleza y extensión de la pretendida utilidad. La denominación que le siguió, “la mayor felicidad del mayor número”, fue a su vez considerada errónea por decir dos veces lo mismo. En 1829, entonces, se la redujo a “la mayor felicidad”, lo cual se declaró el objeto justo de la política y de la moral.

En esa clasificación del utilitarismo que nos propone Farrell (1983), dentro de las tres categorías clásicas —utilitarismo de actos, utilitarismo de reglas y generalización utilitarista— quedan a su juicio tres versiones del utilitarismo que, por su singularidad, merecen examinarse por separado: las de G. E. Moore, la de Donald Regan y la de Henry Sidgwick. A continuación, analizaré los argumentos de esa inclusión.

Antes de comenzar a hablar del utilitarismo, Moore (1983) considera el hedonismo. Reflexiona que es la primera conclusión a la que razonablemente llega cualquiera que comienza a reflexionar en ética, pues está claro que las cosas nos placen, nos gustan.

Ahora bien, no es comparativamente fácil —dice— distinguir el hecho de que aprobamos una cosa debido a que estamos complacidos con ella. En este sentido, el hedonismo nos propone que todo curso de acción que nos acarree el mayor número de placer es, ciertamente, el correcto.

Del hedonismo, y antes de Aristipo y de los epicúreos, llegamos en el análisis de Moore a los utilitaristas: filósofos como Bentham, Mill, Herbert Spencer y Sidgwick sostienen, a su juicio, posturas similares. Tanto el utilitarismo como el egoísmo son formas del hedonismo.

La consideración de Moore (1983) respecto a qué se considera un utilitarista difiere mucho de la idea clásica del utilitarismo de Mill. En esa reformulación de la corriente, su inclusión en la escuela podría ser aceptada, pero bajo los parámetros que el propio Moore se ocupa de delinear. Veamos cuáles son estos.

La principal razón para tomar el nombre de “utilitarista”, dice, fue la de adoptar la idea de que la conducta recta debe ser juzgada de acuerdo con sus resultados. Sobre este primer punto, Moore (1983) está plenamente de acuerdo y sostiene: “... al insistir en que lo recto debe significar lo que produce los mejores resultados posibles, el utilitarismo está plenamente justificado...” (p. 100).

Ahora bien, avanzando en otras consideraciones, señala que a esta primera tesis (que considera correcta) deben añadirse otras dos que constituyen un error: a) la primera consistiría en señalar que los mejores resultados posibles son aquellos que tienden a la obtención del placer; y b) la segunda, que los uti-

litaristas tienden a considerar todo como un mero medio, dejando a un lado que hay cosas que son buenas como medios, pero también lo son como fines.

Moore (1983) descrea de la posición de Sidgwick (1981) de que el placer es lo único bueno y duda de que las acciones que produzcan más bien en conjunto produzcan más placer. En definitiva, duda de que ninguna forma del hedonismo pueda ser verdadera.

La cuestión que el autor marca en su análisis es la dificultad en no transgredir dos principios metódicos: 1) no cometer la falacia naturalista (la que a su juicio comete ampliamente Mill al identificar “deseable” con “deseado”; y 2) observar siempre la distinción entre medios y fines.

En definitiva, podríamos pensar que Moore es un utilitarista que descrea del hedonismo y que descrea también de que el placer sea el único objeto del deseo. Un utilitarista para quien lo bueno no es lo que produce el mayor placer posible, sino el mayor bien.

8. Las debilidades difundidas

Los embates dirigidos contra la obra de Moore son comunes a los que se dirigen contra la escuela intuicionista en general.

A continuación, analizaré al menos tres fuentes de observaciones que algunos autores han señalado (Lariguet, 2017).

En primer término, las que provienen de Rawls (1971) en su teoría de la justicia. En su intento por elaborar una teoría de la justicia que represente una alternativa al pensamiento utilitarista en general, este autor efectúa una comparación entre su propuesta de la justicia como imparcialidad y otras vertientes, tales como el intuicionismo y el perfeccionismo, todo ello, a los fines de extraer las diferencias subyacentes.

Al hablar del intuicionismo, lo define como “la doctrina que mantiene que existe una familia irreductible de primeros principios que tienen que ser sopesados unos con otros, preguntándonos qué balance es el más justo según nuestro juicio” (Rawls, 1971, p. 52).

En este sentido, desarrolla lo que pareciera ser su principal crítica a la corriente intuicionista, señalando que, al sostener ésta una pluralidad de primeros principios que pueden estar en conflicto, no otorga un método explícito ni reglas de prioridad para valorarlos entre sí, debiendo en tal caso valernos de un balance que nos permita por aproximación sopesar las alternativas y llegar así a lo que estimamos más correcto.

Cabe aclarar aquí que Rawls se dedica en su teoría a un intuicionismo en

sentido amplio, al que denomina “pluralismo”, y no se introduce en la cuestión meramente epistemológica.⁷

La complejidad de los hechos morales, dice Rawls (1971), desafía para los intuicionistas todo intento de dar una explicación plena de nuestros juicios y requiere a lo sumo una pluralidad de principios competitivos. Todo intento de ir más allá para los intuicionistas o bien se reduce a la trivialidad, como cuando decimos que lo justo es darle a cada uno lo suyo, o a la sobresimplificación, como cuando se resuelve todo a través del principio de utilidad.

Para Rawls (1971), una refutación del intuicionismo consiste en presentar criterios éticos reconocibles y constructivos, porque la principal dificultad de esta corriente está dada a su juicio no tanto por la apelación a la intuición, sino por la dificultad para priorizar.

Respecto a la naturaleza teleológica o deontológica de esta corriente, señala que el intuicionismo puede ser de una u otra clase. Explica en tal sentido que puede mantenerse, como lo hizo Moore, que la afección personal y la comprensión humana, la creación y contemplación de la belleza y la adquisición y valoración del conocimiento son, junto con el placer, las cosas buenas más relevantes, o que son ellos mismos los valores intrínsecos, estando entonces frente a una teoría teleológica de tipo perfeccionista, puesto que los valores son especificados con independencia de lo que se considere correcto. Pero también podría decirse⁸ que es una teoría deontológica al analizar la descripción de Ross (1930).

En definitiva, para Rawls (1971), el rasgo distintivo del intuicionismo es la dificultad para jerarquizar los principios, algo que él llama “el problema de la prioridad”, y a lo que estima haber alcanzado una solución frente a las falencias intuicionistas.

Sin extendernos demasiado aquí sobre la propuesta general de Rawls, voy a referirme a la solución que éste cree encontrar frente a la posibilidad de asignarles prioridad a los valores en pugna, reduciendo la apelación a la intuición.

Señala sobre este punto que en la justicia como imparcialidad se limita el papel de la intuición de varias maneras; en primer término, porque los principios de justicia para la sociedad habrán de ser escogidos en la posición original y, en ese sentido, los seres racionales que allí concurren habrán considerado la prioridad de unos principios sobre otros y logrado algún acuerdo respecto a cómo

7 Al referirse a esta cuestión, Rawls (1971) señala que otras tesis se asocian comúnmente con el intuicionismo: la que sostiene, por ejemplo, que los conceptos de lo correcto y de lo bueno no son analizables; la que indica que los principios morales, cuando son apropiadamente formulados, expresan proposiciones autoevidentes acerca de proposiciones morales legítimas; entre otras.

8 Recordemos que para Ross (1939), en *Lo Correcto y lo Bueno*, la noción de lo moralmente adecuada

habrán de equilibrarse tales principios; una segunda posibilidad, dice, es la de que podamos ubicar a los principios en un orden lexicográfico, esta ordenación permitiría resolver el problema de la prioridad.⁹

El ordenamiento serial evita totalmente así tener que nivelar principios. Aquellos situados anteriormente tienen un valor absoluto respecto a los que les siguen y se mantienen sin excepción, lo que permitiría, a su juicio, una solución aproximada.

Por último, la dependencia de la intuición puede reducirse en su interpretación planteando cuestiones más limitadas y sustituyendo el juicio moral por el prudencial.

Tengamos en cuenta que, al señalar el problema de la prioridad, Rawls (1971) destaca que la tarea es la de reducir y no la de eliminar totalmente la apelación a los juicios de intuición, que van a estar presentes en su origen, señalando: “Así, nuestro objetivo deberá ser el formular una concepción de la justicia que, no obstante, lo mucho que se refiera a la intuición, ética o prudencial, tienda a lograr que nuestros juicios acerca de la justicia concuerden...” (p. 65).

Vamos a abordar ahora las observaciones del profesor Ronald Dworkin (2011) en su gran obra de filosofía moral *Justicia para erizos*. Las expresiones sobre nuestro asunto están contenidas fundamentalmente en el capítulo “La Verdad y la Moral”.

En términos generales, podríamos decir que Dworkin (2011) se muestra escéptico respecto al valor de las intuiciones morales. Ya hemos destacado que, para Moore (1983), los hechos morales son hechos “sui generis” y su captación se produce a partir de esa propiedad particular de la que Dworkin descrea. A esas entidades (en clara alusión a Moore) las llama “morones”, una especie de partículas cuya existencia allí afuera permitiría configurar las verdades morales.

Dworkin (2011) analiza la conocida frase de los filósofos morales de que “debemos ganarnos el derecho a suponer que los juicios éticos o morales pueden ser verdaderos”, esto es, debemos construir algún argumento metafísico y no moral que muestre que hay en el mundo cierta entidad con carga moral.

Esta afirmación vendría en línea con lo que para él constituye la creencia

do adopta un rumbo diferente al otorgado por Moore (1983) en *Principia Ethica*. La de Ross es una obra de filosofía moral en la que critica la construcción utilitarista y propone una noción en la que la obligatoriedad de los actos no depende de la bondad de sus consecuencias, sino de su corrección ética.

9 El orden lexicográfico es un orden que no exige satisfacer el primer principio en la serie antes de pasar al segundo, el segundo antes de que consideremos el tercero y así sucesivamente. Una ordenación de este tipo evita, para Rawls (1971), tener que nivelar principios, pues cada uno posee un valor absoluto en sí mismo.

principal de los “zorros” (en oposición a los “erizos”),¹⁰ que consiste fundamentalmente en pensar que cuando queremos conocer la verdad de los juicios morales, dar respuesta a profundas cuestiones como el estatus de los juicios de valor, estas preguntas no forman parte de la meditación moral o estética habitual, sino que pertenecen a otros sectores más técnicos de la filosofía, como la metafísica, la epistemología o la filosofía del lenguaje. Para los “zorros”, existen sin dudarlos cuestiones sustantivas de primer orden sobre qué es bueno o malo, que exigen un juicio de valor, y cuestiones de segundo orden —metaéticas— sobre esos valores, que exigen teorías filosóficas para abordarlos.

Dworkin (2011) rechaza esta separación “tradicional” entre cuestiones de primer orden y de segundo orden para trabajar una idea conjunta de los problemas de la moral y otros sectores del valor. No cree que podamos elaborar una teoría sustantiva del valor sin incluir en ella una teoría de la verdad en el valor, fundamentalmente porque piensa que las respuestas a los problemas de la verdad moral deben encontrarse dentro de la moral y no fuera de ella.

En esta línea, está claro que la pretensión de Moore (1983) de la existencia de algunas verdades morales externas, y la posibilidad de conocerlas a través de intuiciones morales, está muy alejada de la mirada de Dworkin (2011).

Señala que las respuestas a las grandes preguntas sobre la verdad y el conocimiento morales deben buscarse dentro de esos sectores y no fuera de ellos, fundamentalmente porque una teoría sustantiva del valor debe incluir una teoría sobre la verdad en el valor.

En su creencia, si quiero ganarme el derecho a calificar de verdadera la proposición “el aborto siempre es incorrecto”, tengo que exhibir argumentos morales a favor de esa opinión, la creencia tradicional de que las cuestiones más fundamentales de la moral no son morales, sino metafísicas, es fuertemente cuestionada por Dworkin (2011).

La referencia directa a Moore se advierte cuando analiza el modo en el que se produce el conocimiento de la verdad moral en su contraste con el conocimiento de los hechos físicos, la forma de percibir las verdades morales es claramente distinta; cuando rechazamos determinados actos por considerarlos moralmente inaceptables, el paso crucial se nos presenta en el momento de argumentar objetivamente en defensa de nuestro rechazo o desaprobación.

10 Los “zorros” descriptos por Dworkin (2011) al inicio de su obra representan la posición académica mayoritaria angloestadounidense; sostienen fundamentalmente un pluralismo moral sustantivo en el que los valores sólidos chocan entre sí. Los “erizos”, ingenuos y charlatanes para esta mayoría tradicional, son los que saben una sola cosa, pero grande, la unidad del valor.

En este sentido, Dworkin (2011) pone en escena la diferencia existente entre los hechos morales y los hechos físicos, con la consiguiente dificultad para que se formen nuestras “convicciones morales”; duda de la capacidad de los “morones” (de Moore) para transferir a las personas sus convicciones morales, de la misma manera que la observación de los hechos naturales lo hace sobre nuestras conclusiones científicas.

La pregunta sería, entonces, cómo se forma la conciencia moral, y buena rama de la filosofía se ha encolumnado en lo que Dworkin (2011) llama “las vertientes del escepticismo”, al negar justamente la posibilidad de llegar al conocimiento de verdades morales objetivas.

El análisis de los escépticos nos enlaza con nuestro siguiente crítico de Moore: John Mackie.

En *Inventing Right and Wrong* (2000) Mackie afirma sin ambages que “no existen valores morales objetivos” (p. 17), explica que su postura podría ser denominada una clase de escepticismo moral. Para ello, cree necesario diferenciar entre algo que ya hemos tratado en este artículo a través de la mirada de Dworkin: los puntos de vista de primer y de segundo orden respecto a la cuestión de los valores.

Un hombre, sostiene Mackie (2000), podría ser un escéptico moral y sostener que rechaza la moral de la sociedad en la que ha vivido. Esta es una cuestión de primer orden, el rechazo a una moral concreta, pero también podría existir una mirada de segundo orden sobre la valoración moral, la cual consiste en el entronque categorial de los valores en el mundo y la naturaleza del valor moral. Sobre este punto, nuestro hombre podría estar perfectamente convencido de la existencia de valores morales objetivos.

Como se ve, estos dos puntos de vista son independientes entre sí: se puede ser un escéptico moral de primer orden sin serlo del segundo, y viceversa.

Analizaré ahora a su consideración puntual de Moore y la idea de lo bueno.¹¹

Como ya hemos destacado en este trabajo, la construcción del concepto de “bueno” es crucial en la obra de Moore (1983). Su conclusión en torno a este término es que “bueno” en ética tiene un significado fundamentalmente no descriptivo y no cognitivo, que cuando nos referimos a lo bueno estamos frente a un concepto simple, similar al de un color, que no puede explicarse. Son estas nociones de una clase simple, a partir de las cuales se componen las definiciones y de las que ya no es posible dar una definición ulterior.

Mackie (2000) encuentra sobre el punto varias objeciones. En primer lugar,

11 Las observaciones de Mackie (2000) en torno al significado de “bueno” y las referencias a Moore se encuentran en el capítulo II de *Inventing Right and Wrong*.

analiza la famosa consideración de Moore (1983) de “la pregunta abierta”; en ella, el filósofo inglés señala que, si tomamos algunos de los análisis sugeridos para lo bueno —por ejemplo, asociarlo a lo que produce placer—, siempre será posible hacerse una pregunta ulterior, que será en ese caso: “Admito que tal o cual cosa nos produce placer, pero ¿ella es realmente buena?”. Lo mismo sucede si reemplazamos placer por cualquiera de las otras definiciones propuestas, por ejemplo, “lo aprobado socialmente” o “lo que se halla en armonía con el universo”, averiguar si lo descrito en cualquiera de estas formas es bueno o no sigue siendo una cuestión abierta, al menos que tengamos una explicación muy acabada y satisfactoria del concepto de lo bueno.

Advierte Mackie (2000) que quizás podamos albergar la esperanza de encontrar un único significado general de la palabra “bueno” que sirva tanto en contextos no morales como morales, o de hallar un significado central del cual broten los demás significados.

Toma sobre el punto la noción de Peter Geach (1957) acerca de que el término “bueno” es lo que se llama un adjetivo atributivo (en sentido lógico). Se podría decir que los adjetivos atributivos son operadores que actúan sobre predicados y que construyen descripciones nuevas de manera sistemática y al margen de los nombres a los que se vinculan. En este sentido, los adjetivos atributivos no son ambiguos, ni vagos ni indeterminados, pese a que los criterios para su aplicación correcta puedan variar en función de que su significado recaiga sobre nombres distintos (los requisitos de tamaño que ha de cumplir una pulga grande son distintos a los de un elefante grande, ejemplifica, pero “grande” tiene exactamente el mismo significado en ambos casos).

En consecuencia, para Mackie (2000), Moore estaba equivocado al considerar que “bueno”, incluso en contextos morales, es indefinible, o señala alguna cualidad imposible de analizar. Él sostiene que es posible dar una explicación del significado de “bueno” tanto en contextos morales como no morales, aunque el resultado de esa investigación será en su mayor parte negativo y, lo que resulta más concluyente en sus afirmaciones, ningún significado general de “bueno” permitirá, a su juicio, brindar respuestas a las cuestiones morales fundamentales o quedará implicado con la existencia de valores intrínsecos.

Sin pretender ser esta una lista exhaustiva de las observaciones hacia la construcción de Moore y a la escuela intuicionista, se le reprocha a éste, en términos generales, no poder dar una respuesta uniforme en materia de desacuerdos morales concretos o se descrea directamente de la capacidad del intuicionismo para generar “razonamiento moral seguro”.

He observado, luego de releer *Principia Ethica*, que se le exige a Moore más de lo que su teoría vino a proveer e incluso aquello que no se ha pretendido de algunas teorías de ética normativa con propuestas de formas o modos de ordenamiento para la estructura básica de la sociedad.

La falta de respuesta para desacuerdos morales concretos no es mayor a la que se observa en la pacíficamente aceptada propuesta de Rawls (1971) al desarrollar su noción de “equilibrio reflexivo” (Lariguet, 2017).

Recordemos que en la teoría rawlsiana existen dos modos de proceder al ordenamiento de principios: en primer lugar, el llamado orden lexicográfico, mediante el cual debe ser satisfecho inicialmente el principio de igual libertad, y luego, en segundo orden, el de desigualdad social y económica justificada.

Luego existe el llamado método del “equilibrio reflexivo”, mediante el cual Rawls (1971) estima que se pueden equilibrar principios e intuiciones que puedan estar en conflicto. Se va sucesivamente de los principios a las intuiciones, o viceversa, a los fines de que éstos se equilibren y se manifiesten coherentes.

Aunque la propuesta de Rawls (1971) está claramente orientada a la moralidad de las instituciones sociales y no a la moralidad en general, resulta aplicable este método para sopesar o “equilibrar” distintas intuiciones. Está claro que este reviste complejidad, pero esto no es lo mismo que decir que existe una absoluta imposibilidad de resolver desacuerdos¹² morales a través de la intuición.

En relación con las características propias de los hechos morales, una lectura fiel de *Principia Ethica* no permite ninguna interpretación favorable a la existencia de rasgos naturales en esos hechos.

Si bien autores intuicionistas contemporáneos como Audi (2013) han admitido que las intuiciones morales estén ancladas en el mundo natural, lo que permitiría que algunas intuiciones tengan un previo carácter empírico y resolvería quizás de mejor manera la “rareza” que afecta a estos hechos morales, en Moore no se observa ese pasaje y la pretendida oscuridad de las intuiciones deberá resolverse, de presentarse desacuerdos, mediante una reflexión moral posterior amplia y deliberada.

9. Las fortalezas escondidas

La lectura integral de *Principia Ethica* le permite al lector interesado concluir que, respecto de algunas obras centrales de la filosofía, sólo logran trascen-

12 La imposibilidad se presentaría, por ejemplo, en los llamados “dilemas morales trágicos”, en los que cualquier decisión que se tome generaría un mal inevitable.

dencia los pasajes controvertidos o en pugna con las escuelas en boga en ese momento (en este caso, la controversia Moore-naturalismo).

Es conocida en la obra de Moore su fuerte crítica a las posiciones naturalistas y, sin embargo, poco se dice del modo innovador en que el autor construye su propia noción de los hechos morales o de la concreta propuesta de ética práctica que formula.

Respecto al abordaje del “hecho moral”, este aspecto ha sido débilmente valorado cuando, desde el punto de vista metodológico, resulta de inmensa utilidad en una teoría ética.

Ello consiste en ocuparse del menor núcleo de significado ético, se trata de virar la mirada hacia la base de los estudios morales pues, no existiendo acuerdo respecto a qué es lo bueno, difícilmente podamos responder cuál es la conducta buena o proveer guías de acción.

La idea central que expone Moore al trabajar “El Tema de la Ética” (capítulo I de *Principia Ethica*) es que no puede existir un abordaje ético serio si previamente no se trabaja la noción de lo “bueno”. Se aboca entonces a delinear ese concepto, en forma previa a examinar la conducta buena y echando atrás lo que el naturalismo en sus diversas formas ha sostenido. Concluye en que lo “bueno” es ese concepto simple, inanalizable, que no es posible reducir a otra propiedad natural.

Esos seres “racionales”, que mediante intuiciones originales pudieron percibir distintos hechos morales, podrán también a su turno reflexionar sobre estos, sin que sea obstáculo que el origen de esas reflexiones haya sido la mera intuición.

En segundo lugar, existe una clara noción de ética práctica que es la propuesta en el capítulo 5 de *Principia...* La ética, dice Moore (1983), es incapaz en una gran medida de darnos una lista de deberes, pero puede realizar una tarea que es la de mostrar cuál es, entre las acciones alternativas posibles que pueden ocurrírsele a alguien, la que producirá la mayor suma de bien.

Insiste en que ha fracasado la ética intentando establecer deberes y, sobre todo, señala que la determinación del mayor bien posible como derivado de una acción tampoco es una meta sencilla de lograr.

Podremos, de todos modos, como máximo objetivo, buscar y encontrar acciones que sean generalmente mejores como medios que otra alternativa probable. Ello lleva, está claro, a la determinación de algunos valores intrínsecos, tarea de la que Moore tampoco rehúye, demostrando por ello ser una gran obra integral de filosofía moral.

Bibliografía

- Audi, R. (2013). *Moral perception: Soochow lectures in philosophy*. Princeton University Press.
- Bentham, J. (1967). *A Fragment On Government with an Introduction to the Principles of Moral Legislation*. Basil Blackwell.
- Dworkin, R. (1993). *Los derechos en serio*. Planeta Agostini.
- Dworkin, R. (2011). *Justice for hedgehogs*. Harvard University Press.
- Farrell, M. D. (1983). *Utilitarismo, Ética y Política*. Abeledo Perrot.
- Frankena, W. K. (1939). La Falacia Naturalista. *Mind*, XLVIII(192), 464-477. <https://doi.org/10.1093/mind/XLVIII.192.464>.
- Gay, J. (1969). *Concerning the Fundamental Principle of Virtue or Morality*. En Raphael, D. D. (Ed.), *British Moralists*. Clarendon Press.
- Geach, P. (1956). *Good and Evil. Analysis 17. Theories of Ethics*, Philippa Foot.
- Geach, P. (1957). *Good and Evil. Analysis 18. Theories of Ethics*, Philippa Foot.
- Hare, R. M (1999). *Ordenando la ética*. Ariel.
- Hospers, J. (1961). *Introducción al Análisis Filosófico*. Macchi.
- Hutcheson, F. (1969). *An Inquiry Concerning the Original of Our Ideas of Virtue or Moral Good*. En Raphael, D. D. (Ed.), *British Moralists*. Clarendon Press.
- Kania, W. (2006). Principia ethica de G. E. Moore y los comienzos de la ética analítica. *Śląskie Studia Historyczno-Teologiczne*, 39(2), 347-359.
- Lariguét, G. (2011). *Encrucijadas morales: Una aproximación a los dilemas y su impacto en el razonamiento práctico*. Plaza y Valdés.
- Lariguét, G. (2017). Intuicionismo y razonamiento moral. *Derecho PUCP*, (79), 127-150.
- Lively, J. y Rees, J. (1987). *Utilitarian Logics and Politics*. Clarendon Press.
- Mackie, J. L. (2000). *Ética: La invención de lo bueno y lo malo*. Gedisa.
- Mill, J. S. (1971). *Utilitarianism*. The Bobbs-Merrill Co.
- Moore, G. E. (1929). *Ética*. Colección Labor.
- Moore, G. E. ([1903] 1983). *Principia Ethica*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Moore, G. E. (2001). *Ética*. Ediciones Encuentro.
- Nino, C. (1995). *Introducción al Análisis del Derecho*. Astrea.
- Prichard, H. A. (1912). Does Moral Philosophy Rest on a Mistake? *Mind*, 21(81).
- Rabossi, E. (1961). La falacia naturalista: algunas notas críticas. *Revista Jurídica Buenos Aires*, 6, 201-214.
- Rawls, J. (1971). *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica.
- Rengifo Gardeazábal, M. (2005). El intuicionismo de Prichard. *Ideas y Valores*, 54(127) 35-53.
- Repetto, M. D. (2008). Reflexiones en torno al Intuicionismo Moral. *Lecciones y Ensayos*, 54, 33-42.
- Ross, W. D. (1930). *The Right and The Good*. Clarendon Press.
- Ross, W. D. (1972). *Fundamentos de Ética*. Eudeba.
- Shafer-Landau, R. (2003) *Moral Realism: A Defence*. Oxford University Press.
- Sidgwick, H. (1981). *Methods of Ethics*. Hackett Publishing.
- Von Kutschera, F. (1989). *Fundamentos de ética*. Cátedra.

USO DEL AGUA EN CUENCAS HÍDRICAS INTERPROVINCIALES. ANÁLISIS DE LA CAUSA *LA PAMPA, PROVINCIA DE C/MENDOZA,* *PROVINCIA DE S/ USO DE AGUAS* DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Carlos Sánchez Mas

Foro de Abogados de San Juan. Red federal de Estudios sobre Malvinas (ReFEM 2065)

carlossanchezmas@gmail.com

Resumen

Este trabajo analiza el voto en mayoría de las sentencias del 20 de diciembre de 2017 y del 16 de julio de 2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en la causa *La Pampa, Provincia de c/Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas* (Fallos: 340:1695). Se identifican las normas y principios involucrados en ambas sentencias y se correlaciona con la demanda entablada por la provincia de La Pampa contra la provincia de San Juan por la construcción de la represa El Tambolar. Finalmente, se reconoce una tendencia jurisprudencial de la CSJN y su relación con la geopolítica del agua.

Palabras clave: agua, sustentabilidad, cuenca hidrográfica interprovincial, caudal mínimo ecológico, La Pampa, Mendoza.

Sustainable Use of Interprovincial Water Basins.

Analysis of Province of La Pampa v. Province of Mendoza on use of water before the Argentine Supreme Court of Justice

Abstract

This paper analyzes the majority vote of the judgments of December 20, 2017 and July 16, 2020 of the Argentine Supreme Court of Justice (CSJN) in *Province of La Pampa v. Province of Mendoza on use of water* (Fallos 340:1695) identifying the rules and principles involved in both judgments. The case is compared to the action initiated by the province of La Pampa against the province

of San Juan for the construction of the El Tambolar dam. Finally, a jurisprudential trend of the CSJN and its relationship with the geopolitics of water are recognized.

Key words: water, sustainability, interprovincial river basin, minimal ecological flow, La Pampa, Mendoza.

1. Introducción

El agua dulce es un bien imprescindible para la subsistencia y desarrollo de la vida en todos sus aspectos, pero, además, es escaso (Lorenzetti y Lorenzetti, 2018, p. 214). Su gestión adecuada es fundamental para toda sociedad humana, pues su escasez o ausencia trae aparejado problemas que pueden generar enfrentamientos entre grupos sociales que se debaten por compartir o acaparar su uso. El problema de la gestión, la propiedad y la naturaleza jurídica del agua deben ser abordados por los Estados con especial consideración de los derechos involucrados y los sujetos afectados.

Estas consideraciones han sido contempladas en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en la causa caratulada *La Pampa, Provincia de c/Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas* (Fallos: 340:1695), del 1 de diciembre de 2017 y del 16 de julio de 2020. Así, en el considerando 8° del segundo fallo, la Corte advierte que “en este caso se advierte claramente que ha disminuido la oferta de agua y ha aumentado la demanda, lo que produce una disputa que es de difícil resolución”.

La forma federal de gobierno argentina exige que las provincias acuerden el uso sustentable de los cursos de agua interprovinciales a fin de no causar daño a otra u otras, en tanto la extensión de las cuencas hídricas puede exceder los límites administrativos provinciales. En efecto, las cuencas hídricas interprovinciales deben ser entendidas como la unidad que comprende a toda la extensión del río, su cauce, afluentes, flora y fauna, independientemente del límite político que separa a las provincias.

De este modo, la CSJN pudo afirmar en el considerando 13° del fallo de 2017 que

la solución del caso requiere la adopción de medidas referidas a la cuenca en general y no limitadas a las jurisdicciones territoriales. Ello es así porque los conflictos ambientales no coinciden con las divisiones políticas o jurisdiccionales.

En sus consideraciones, la CSJN acudió al paradigma ambiental de la concepción ecocéntrica, opuesto a la antropocéntrica; a la idea rectora del agua

como derecho humano antes que como recurso económico; a la explotación razonable de los recursos naturales; a la visión sistémica de la cuenca hídrica y al fortalecimiento del federalismo para la gestión eficiente del ambiente.

2. Objeto del proceso judicial: problemas asociados al uso del río Atuel

En el año 2017, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió la demanda de la provincia de La Pampa contra la provincia de Mendoza por un caudal mínimo del río Atuel cuyas aguas son represadas en Mendoza, evitando así que fluyan hasta La Pampa. La provincia de Mendoza rechazó la pretensión pampeana. En el año 2020, el Tribunal volvió a emitir un fallo aclaratorio y dirimente.

La problemática se centra en la regulación de un caudal mínimo del río Atuel hacia la provincia de La Pampa desde la provincia de Mendoza. De este problema central derivan otros con efectos en el noroeste de La Pampa, tales como la desertificación del suelo, la falta de agua para consumo, la afectación de actividades económicas y la imposibilidad de poblar eficientemente el sector geográfico afectado.

Desde otra perspectiva, se pueden observar problemas tales como la falta de inversión pública en obras hidráulicas para abastecer de agua al área afectada y la falta de políticas públicas para el desarrollo equilibrado de regiones dentro de cada provincia.

Es posible reconocer, a partir del fallo de 2017, los siguientes problemas ambientales derivados de la falta de un caudal mínimo:

- El funcionamiento desequilibrado de la naturaleza como sistema y la afectación a su capacidad regenerativa y de resiliencia (considerando 11°, 1^{er} párrafo).
- Sequía y desertificación (considerando 12°).
- Afectación de flora y fauna (parte resolutive).
- Escasez o ausencia de agua para consumo humano y animal (considerando 15°).
- Afectación del modo de vida de comunidades originarias (considerando 15°).
- Falta de obras de infraestructura hidráulica (parte resolutive).

Estos problemas refieren directamente al concepto de daño ambiental (artículo 27, Ley 25675) que la CSJN considera probado en la provincia de La

Pampa y debe ser reparado oportunamente (artículo 28, Ley 25675 y artículo 41 de la Constitución Nacional), según los principios de gradualidad y no regresividad, entre otros.

La causa reconoce un antecedente entre las mismas partes, resuelto por la CSJN en el año 1987 (Lorenzetti y Lorenzetti, 2018, p. 236). Sin embargo, en el considerando 5°, primer párrafo se estableció que aquella sentencia no se confunde ni se identifica totalmente con la del año 2017, por lo que se descartó la excepción de cosa juzgada interpuesta por la provincia de Mendoza. Así, se dijo que

si bien en el sub examine se configura un conflicto entre las dos provincias involucradas acerca del uso del río Atuel —que ha sido calificado como interprovincial, las cuestiones sometidas a decisión de esta Corte en el caso, presentan aspectos diferentes de los que se describen en la sentencia del 3 de diciembre de 1987 (Fallos: 310:2478), dado que con el paso de los años, el conflicto involucra ahora cuestiones de mayor alcance y derechos de incidencia colectiva incorporados en la reforma de la Constitución Nacional producida en el año 1994.

La CSJN se expresó nuevamente sobre la excepción de cosa juzgada en el considerando 7° de la sentencia de 2020, rechazándola por los mismos motivos expresados en el párrafo precedente.

La repetición del planteo ante la CSJN por el aprovechamiento del río Atuel muestra, por un lado, su gran importancia y, por otro, la ineficiencia del Estado nacional y las provincias involucradas para gestionar una solución a largo plazo. Además, evidencia la difícil aplicación del principio de buena fe federal aludido en el considerando 6° del fallo de 2017.

Resulta positivo que, desde el inicio, la CSJN haya declarado su competencia originaria, basada en el art. 127 de la Constitución Nacional, lo que debería funcionar como una solución a la cuestión de competencia en procesos similares.

3. Análisis de la sentencia del 1 de diciembre de 2017

La CSJN resolvió: 1. Rechazar la excepción de cosa juzgada opuesta por la Provincia de Mendoza, con costas en el orden causado (artículo 1°, Decreto 12.04/2001). 2. Ordenarles a las partes que fijen un caudal hídrico apto en el plazo de treinta (30) días para la recomposición del ecosistema afectado en el noroeste de la provincia de La Pampa. 3. Ordenar que las provincias de La Pampa y Mendoza, en forma conjunta con el Estado nacional, elaboren por inter-

medio de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior (CIAI) un programa de ejecución de obras que contemple diversas alternativas de solución técnica de las previstas en relación con la problemática del Atuel, como también los costos de la construcción de las obras respectivas y su modo de distribución entre el Estado nacional y las provincias de La Pampa y Mendoza en los términos del considerando 15 *in fine*. La presentación de ese programa deberá ser sometido a la aprobación de este tribunal dentro del plazo de ciento veinte días.

4. Exhortar a las provincias de La Pampa y Mendoza, y al Estado nacional, a que aporten los recursos necesarios para el fortalecimiento institucional de la (CIAI), con el propósito de alcanzar los fines para los que ha sido creada.

A continuación se analizan los cuatro puntos de la parte resolutive.

Punto 1: los nuevos paradigmas. El rechazo de la excepción de cosa juzgada por parte de la CSJN, interpuesto por la provincia de Mendoza, se basa en el reconocimiento de la adopción de normas y principios que han ampliado en forma considerable la visión acerca del ambiente, particularmente desde la reforma constitucional de 1994.

La desestimación de la excepción no respondió a cuestiones procesales, sino de fondo, pues, como lo afirma la CSJN, “el conflicto involucra ahora cuestiones de mayor alcance”. Estas “cuestiones de mayor alcance” pueden relacionarse con las normas ambientales constitucionales y convencionales y la normativa infraconstitucional dictada desde 1994.

La incorporación del paradigma ambiental —mediante los artículos 41 y 43— a la Constitución Nacional en 1994 fue una novedad en nuestro sistema constitucional. Aunque los esfuerzos públicos por proteger el ambiente pueden rastrearse desde mucho antes: Brailovsky y Foguelman (2009) citan las ideas de Florentino Ameghino, quien, ya en el siglo XIX entendía la necesidad de encarar de manera homogénea la cuestión de las cuencas: “Este sabio había propuesto un manejo integrado de cuencas, según el cual las sequías y las inundaciones eran consideradas partes de un mismo problema, el del manejo hídrico, y debían ser atacados en forma conjunta” (p. 162). Además, existen antecedentes legislativos de antaño, aunque no acusaron efectivo cumplimiento. Son ejemplos: la Ley 2797 del 5 de septiembre de 1891 para la gestión de aguas cloacales e industriales y la Ley 13246 sobre arrendamientos y aparcerías rurales, particularmente el artículo 8°.

Finalmente, debe decirse que la CSJN ha considerado al agua como bien jurídico protegido no como “sujeto de derecho”. Esta es la concepción que debe entenderse respecto del agua en la causa objeto de este trabajo y en el derecho argentino.

Punto 2: el caudal mínimo. Puig et al. (2016) expresan, en coincidencia con el pensamiento de la CSJN, que

la definición actual de caudales ambientales es la expresada en la Declaración de Brisbane (Australia) de 2007: “cantidad, momento y calidad de los caudales de agua necesarios para mantener ecosistemas de agua dulce y de estuario, así como el sustento y bienestar humano que dependen de estos ecosistemas”. El objetivo primordial de los caudales ambientales es adecuar la magnitud y el momento de los caudales salientes de la infraestructura de agua (represas, por ejemplo) para restaurar el régimen hidrológico natural o el normativo, a fin de beneficiar a los tramos del río que se encuentran aguas abajo y a sus ecosistemas ribereños. (p. 101)

La CSJN reconoció como debidamente probado que la falta de un caudal mínimo en el río Atuel ha sido causa de deterioro ambiental en el noroeste de la provincia de La Pampa. Así, estableció en el considerando 15° que “la necesidad de un caudal para asegurar la subsistencia del ecosistema quedó acreditada, no solo por los precedentes de este caso, sino también en la audiencia pública y en los informes sobre la desertificación del área”.

En consideración a lo anterior, les ordenó a las partes establecer un caudal mínimo fluvio-ecológico para defensa del ecosistema y un caudal mínimo ambiental para fines sociales. La base para el reconocimiento del derecho al caudal mínimo reside en los servicios ecosistémicos que brindan las cuencas y las consecuencias negativas de su deterioro. Según Puig et al. (2016),

los esfuerzos para conservar los ecosistemas también contribuyen al bienestar social y a la reducción de costos económicos. Considerando la perspectiva del cambio climático, la protección de la integridad de los ecosistemas aumenta la probabilidad de conservar su capacidad adaptativa para mantener dichos servicios (...) (p. 93).

La evidencia científica muestra que los ecosistemas fluviales dependen básicamente de su cuenca hidrológica, por lo que resultan muy influenciados por los usos y las modificaciones humanas en la misma. La propia red fluvial es importante para la continuidad de los procesos de los ríos. La integridad y sustentabilidad de estos ecosistemas depende de que el caudal se mantenga dentro de su rango de variación natural. (p. 94)

Punto 3: el ámbito institucional de gestión de la cuenca. El tribunal señala al Comité de Cuenca como el medio idóneo para la gestión de la cuenca interprovincial. En lo concreto, este comité es el CIAI. Con ello se pretende encuadrar coherentemente la cuestión en el sistema federal de gobierno, entendiendo las atribuciones provinciales como una interacción articulada (considerando 6°).

Este organismo integrado por La Pampa, Mendoza y el Estado nacional deberá proponer el plan de obras civiles hidráulicas necesarias para la concreción del punto II de la parte resolutive. Este plan se compone de medidas caracterizadas como correctivas por Lorenzetti y Lorenzetti (2018, p. 235), pues deben reparar los daños causados por la infraestructura actual.

La CSJN define en el considerando 13° el objeto de gestión de dicho comité, es decir, la cuenca hidrográfica: “El espacio geográfico delimitado por la línea divisoria de las aguas que fluyen hacia una salida o depósito común. La cuenca hidrográfica es el eje de la acción a cargo del Organismo de Cuenca”.

Coincidentemente, en el precedente *Majul Julio Jesús c/Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/Acción de Amparo Ambiental*, considerando 11°, la entendió como

la unidad, en la que se comprende al ciclo hidrológico en su conjunto, ligado a un territorio y a un ambiente en particular (Fallos: 340:1695). La cuenca hídrica es un sistema integral, que se refleja en la estrecha interdependencia entre las diversas partes del curso de agua, incluyendo, entre otras, a los humedales.

En la sentencia de 2020, la CSJN exhorta a las partes y al Estado nacional a conformar un nuevo comité de cuenca.

Punto 4: los recursos financieros. Con realismo, la CSJN entiende que sin obras de infraestructura no hay buen manejo del agua y, concomitantemente, sin financiamiento suficiente no será posible realizar tales obras. Con ello, las partes integrantes de la CIAI deben repensar las tarifas devengadas por el uso del agua como un elemento fundamental del servicio de agua, sea para riego, consumo o saneamiento.

En este punto, el tribunal modificó su recurso gramatical, variando el verbo “ordenar”, utilizado en los puntos anteriores, por “exhortar”. Así, entiende que no puede ordenarles a las partes que doten de recursos financieros al CIAI para su funcionamiento, sino solo exhortarlas a ello como mejor camino para alcanzar los fines de su creación.

4. Análisis de la sentencia del 16 de julio de 2020

Esta sentencia se emitió ante la falta de avances sustanciales en el cumplimiento de lo ordenado en 2017, analizado en el punto anterior. Lo relevante de este fallo es que el tribunal fija, aunque con carácter provisorio, el caudal mínimo ecológico que debe transportar el río Atuel desde Mendoza hacia La Pampa.

El cumplimiento de la sentencia de 2017 se apreciaba ciertamente complejo por la imposibilidad de las partes de llegar a un acuerdo debido a que era una sentencia novedosa, por la magnitud de las obras de infraestructura hidráulica necesarias, por la reticencia de las partes a afrontar los gastos de tales obras, por la existencia de intereses contrapuestos entre las partes, por la entidad y autoridad de las partes: provincias, es decir, personas jurídicas de derecho público estatal, y por las desavenencias en cuanto al resultado del método de determinación del caudal mínimo.

Para subsanar la falta de cumplimiento, la CSJN asume un rol activo, expresando en el considerando 5° que “al no haberse alcanzado ninguna solución acordada por las tres jurisdicciones, le corresponde a esta Corte definir el curso de acción a seguir”. El tribunal recuerda, además, la diferencia entre competencia jurisdiccional y competencia dirimente, expresando que, como consecuencia de la segunda,

el Tribunal debe ejercer las potestades necesarias para arribar a la resolución del conflicto, dado que “tan enfática como la prohibición a las provincias de declarar o hacer la guerra a otra, es el establecimiento de su remedio y substituto”. (Fallos: 310:2478, voto del juez Fayt)

Esta postura y la determinación de su competencia originaria es muy encomiable, pues permite dejar establecido que el Poder Judicial debe ejercer una acción activa, concreta y eficiente en la resolución de conflictos relacionados con el logro del uso sustentable de las cuencas hidrográficas interprovinciales.

En los considerandos 6° “d”, 13° y 16°, primer párrafo, el tribunal establece la necesidad de aplicar una solución de cumplimiento escalonado o gradual. Por lo tanto, el caudal mínimo ecológico fijado tendrá carácter cautelar o provisorio (la Corte usa la expresión “meta interina”) hasta tanto nuevos estudios permitan establecer uno definitivo. Ello no significa un medio de dilatar la solución del caso en beneficio de la provincia de Mendoza, sino un recurso realista guiado por los principios de buena fe y progresividad. También por el principio de no regresividad (Acuerdo de Escazú,¹ artículo 3, inciso c), pues la aplicación de remedios graduales supone concretar soluciones según etapas sin volver a recaer en los problemas que caracterizaron a la etapa superada.

1 El nombre oficial de este tratado internacional es: Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe.

Para llegar a la parte resolutive, la CSJN sienta, en el considerando 7°, importantes ideas jurídicas rectoras de la gestión sustentable del agua que exceden al presente caso, influyendo sobre todas las cuestiones litigiosas de sustentabilidad ambiental planteadas ante el tribunal:

la regulación jurídica del agua ha cambiado sustancialmente en los últimos años. La visión basada en un modelo antropocéntrico, puramente dominial que solo repara en la utilidad privada que una persona puede obtener de ella o bien en la utilidad pública que restringe a la actividad del Estado, ha mutado hacia un modelo eco-céntrico o sistémico. **El paradigma jurídico actual que ordena la regulación del agua no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estadales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la Ley General del Ambiente.** Para la Constitución Nacional el ambiente no es un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, tal como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario.²

En su parte resolutive, el fallo expresa fundamentalmente: 1) la determinación del caudal mínimo constante³ del río Atuel en la cantidad de 3,2 m³/s medidos en el límite interprovincial entre ambas provincias, según la metodología explicada en el considerando 11° y en carácter provisorio, cautelar o “interino”; 2) la orden para que se lleven a cabo estudios que permitan conocer las obras hidráulicas necesarias, su costo, distribución del financiamiento y plazo de ejecución en el marco de CIAI y además un “programa de monitoreo permanente que permita el control en el tiempo, de la provisión del caudal mínimo fijado y de la evolución de la biota, la salinidad y los niveles freáticos”; 3) la previsión de que, ante la falta de cumplimiento, el tribunal decidirá y ordenará la conducta que deben asumir las partes en uso de su competencia dirimente, según explica en el considerando 6°. En este punto, la Corte podría aplicar el principio de responsabilidad común, pero diferenciada repartiendo las cargas según corresponda a cada jurisdicción; 4) la solicitud de constitución de la Comisión Interjurisdiccional del río Atuel (CIRA) en reemplazo de la CIAI, según propuesta de la Secretaría de Infraestructura y Política Hídrica del Gobierno nacional (hoy, Subsecretaría de Recursos Hídricos) con el fin de aumentar la coopera-

2 La negrita es propia.

3 Aunque la Corte usa la palabra “permanente”, podría interpretarse que en realidad quiso expresar “constante”, pues se refiere al caudal que, fijado en 3,2 m³/s, no debe variar de esa cantidad (será, por ello, constante) hasta tanto se determine el caudal definitivo (no será, por ello, permanente).

ción entre los actores: las dos partes enfrentadas en el proceso contencioso y el Estado nacional. En esta medida se observa que, sin perjuicio del rol activo asumido, la CSJN sigue urgiendo a las partes a practicar el federalismo de concertación, la buena fe federal y arribar a una solución mediante el diálogo y la persuasión de los argumentos de orden jurídico ambiental expresados en los considerandos de este fallo cuanto en el del 1 de diciembre de 2017.

5. El derecho invocado por la CSJN

La CSJN destaca, en el considerando 5° de la sentencia de 2017, el artículo 41 de la Constitución Nacional, afirmando que

[e]l ambiente no es para la Constitución Nacional un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, tal como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario. Ello surge de la Constitución Nacional (artículo 41), que al proteger al ambiente permite afirmar la existencia de deberes positivos, es decir, hacer obras en defensa del ambiente. En el derecho infraconstitucional se desarrollan estos deberes en la Ley General del Ambiente y en el Código Civil y Comercial de la Nación de modo coherente, tanto en el ámbito público como privado.

Es necesario recalcar que las cuencas hídricas son una unidad, con límites geomorfológicos que no coinciden necesariamente con los límites políticos de las provincias. Por ello, nuestro sistema jurídico constitucional establece un mecanismo de leyes sectoriales de presupuestos mínimos y uniformes para todo el país dictadas por el Congreso de la Nación, que pueden ser complementadas por las provincia. Esta forma de legislar tiene por finalidad la aplicación de soluciones uniformes a un objeto que es común a dos o más jurisdicciones provinciales: el ambiente en general y la cuenca hídrica en particular.

La aplicación de diferente solución normativa a un mismo objeto puede incidir en su mala gestión, degradación o ineficiente uso del recurso. De Bianchetti (s.f., como se citó en Minaverri, 2016) afirma que

el aire o el agua, son recursos que trascienden las fronteras, motivo por el cual los Estados deben coordinar sus políticas en vistas a la preservación de tan esencial recurso. Este recurso hídrico puede a su vez ir asociado con grandes problemas climáticos: sequías o su antítesis: las inundaciones. (p. 19)

El mecanismo constitucional de leyes sectoriales de presupuestos mínimos dictadas por el Congreso de la Nación innova respecto al sistema tradicional, que es la potestad del Congreso para dictar los códigos de fondo, dejándoles a las provincias el dictado de los respectivos códigos de forma o procedimiento (art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional). Antes de la reforma constitucional de 1994, la política ambiental era competencia provincial (Minaverri, 2016, p. 19).

Por su raigambre y tradición acumulada, además del orden y armonía sistémica, habría sido preferible que la norma constitucional disponga que el Congreso de la Nación dicte un código de presupuestos mínimos de gestión ambiental y las provincias sus respectivos códigos procedimentales, pudiendo ampliar el piso mínimo de protección dispuesto por el Parlamento.

Entre las doce leyes de presupuestos mínimos vigentes, la CSJN consideró, para las conclusiones de la causa, la Ley 25675 (General del Ambiente) y la Ley 25688 (Régimen de gestión ambiental del agua). Además, tuvo en cuenta los Principios de gestión integrada del recurso hídrico elaborado por el Comité Hídrico Federal, (COHIFE), según se desarrolla en el próximo título.

Asimismo, en el considerando 13°, la CSJN tuvo presente normativa de fuente internacional, como la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en particular en África, ratificada por la Ley 24701, y la Convención sobre Humedales de Importancia Internacional (Ramsar), ratificada por la Ley 23918, al advertir que el país podría incurrir en responsabilidad internacional por violación de estas normas. Recuerda Pigretti (2007) que “a partir de la reforma constitucional además del artículo 41 (...) debemos mencionar el artículo 75, inciso 22 que le otorga primacía a los tratados internacionales por sobre las leyes de la Nación” (p. 54).

La Corte también citó los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) *Comunidad Indígena Yake Axa vs Paraguay* y *Velez Loor vs. Panamá* como representativos del sistema interamericano, en los que se remarcó la importancia basal del acceso al agua como corolario para el goce a otros derechos. Ello trae a la aplicación otro tratado internacional: la Convención Americana sobre Derecho Humanos.

La referencia a precedentes del sistema interamericano es importante porque puede sustentar jurídicamente la interposición del diferendo entre ambas provincias ante la CIDH en caso de incumplimiento de la sentencia de 2020. Dice Rodríguez (2012) refiriéndose a la Convención Americana sobre Derecho Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”) que

no pasa inadvertido que el artículo 68.1 establece que los Estados parte del Pacto de San José “se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Lo anterior no puede ser limitante para que la jurisprudencia de la Corte IDH adquiera eficacia directa en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, con independencia de que derive de un asunto en que no han participado formalmente como parte material. (p. 172)

La razón que da el autor es clara: la CIDH es órgano tanto de aplicación como de interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos, por lo tanto, sus interpretaciones tienen igual eficacia que el texto mismo de la Convención. Además, ese es el sentido que cabe asignarle a la expresión “en las condiciones de su vigencia” del artículo 75, inciso 22, segundo párrafo de la Constitución Nacional: el Pacto de San José de Costa Rica es norma operativa teniendo en cuenta las reservas expresadas por nuestro país al ratificarlo y según es aplicado e interpretado por los órganos creados por el mismo tratado a ese efecto.

6. Principios jurídicos invocados por la CSJN. Preeminencia del principio de progresividad

Los principios jurídicos son un “criterio directo de interpretación de las normas legales” según el lugar que les otorga el artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación (Tobías, 2018, Tomo I, p. 113). Para este autor, los principios deben ser entendidos como fuente del derecho y no solo como pauta interpretativa. En esta causa, la CSJN parece haber seguido el segundo criterio.

En comentario al fallo *Callejas*⁴ de la Corte Suprema de Panamá, Cafferata (2024, p. 1) observa la tendencia en el derecho comparado a resolver conflictos ambientales mediante una fuerte consideración a los principios jurídicos ambientales:

El presente fallo, que vamos a reseñar, se inscribe dentro de este fenómeno mundial, aunque a su vez, nos ofrece un desarrollo sumamente didáctico e interesante, porque responde a otra tendencia muy marcada a nivel jurisprudencial en el Derecho Comparado, fruto a nuestro juicio del Estado de derecho constitucional, en su versión ambiental. Nos referimos a los fallos de los STJ que denotan una jurisprudencia de principios y valores.

4 Acción de inconstitucionalidad presentada por el licenciado Juan Ramón Sevillano Callejas, actuando en su propio nombre, contra el artículo 1 de la Ley 406 del 20 de octubre de 2023 que aprueba el Contrato de Concesión Minera entre el Estado panameño y la sociedad Minera Panamá S.A. (antes, Minera Petaquilla S.A.).

La CSJN cita el principio N° 17 del COHIFe, órgano de derecho público compuesto por todas las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Estado nacional. Este principio alude a *la gestión integrada del recurso hídrico*, lo cual supone coordinación e integralidad en la gestión del agua compartida por dos o más jurisdicciones. La CSJN exhorta a nación y provincias a trabajar mancomunadamente para el fortalecimiento institucional y la solución del diferendo. Ello se observa en el punto IV de la sentencia de 2020 que insta la creación de la Comisión Interjurisdiccional del Río Atuel. El principio 17 ha sido definido en estos términos por el COHIFe:

La gran diversidad de factores ambientales, sociales y económicos que afectan o son afectados por el manejo del agua avala la importancia de establecer una gestión integrada del recurso hídrico (en contraposición al manejo sectorizado y descoordinado). Ello requiere un cambio de paradigma, pasando del tradicional modelo de desarrollo de la oferta hacia la necesaria gestión integrada del recurso mediante la cual se actúa simultáneamente sobre la oferta y la demanda de agua, apoyándose en los avances tecnológicos y las buenas prácticas. Asimismo, la gestión hídrica debe estar fuertemente vinculada a la gestión territorial, la conservación de los suelos y la protección de los ecosistemas naturales. (Dardis, 2013, p. 60)

El principio de *crecimiento armónico y equilibrado entre las provincias* fue alegado por la parte actora y reconocido por la CSJN al acceder al pedido del caudal mínimo ambiental. Su fuente es constitucional y se halla en el art. 75, inc. 19, 2° párrafo de la Constitución Nacional.

El principio de *lealtad federal* es aludido por la CSJN a fin de instar a las partes una conducta guiada por la buena fe en el ejercicio de sus competencias, tanto las compartidas como aquellas les son privativas. Al igual que en el caso anterior, tiene fuente constitucional en los arts. 5° y 127° de nuestra ley fundamental.

El principio de *progresividad* es citado por el tribunal para regir la solución dada a los problemas ambientales, de modo tal que ella se aplique con la debida prudencia y sea recibida por las partes sin causar un cambio traumático. Este principio tiene fuente legal en la Ley 25675 General del Ambiente, artículo 4: “Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos”.

Tal principio parece ser guía para la solución del caso, pues se repite en los considerandos 13° y 16° de la sentencia del 16 de julio de 2020. Expresa la corte en el primero de ellos:

Dicho principio es especialmente aplicable al caso en la medida en que, al perseguirse una recomposición natural o pasiva del ecosistema afectado en el noroeste de la Provincia de La Pampa, no es posible conocer anticipadamente el tiempo necesario para alcanzarla, ya que dependerá de la capacidad de auto-regeneración del ecosistema. De la misma manera, tampoco es posible asegurar a priori que el caudal hídrico apto propuesto por la actora sea el adecuado para recomponer la biota y el suelo en el área afectada en territorio pampeano.

El principio de subsidiariedad, contemplado en el artículo 4° de la Ley 25675, ha sido recepcionado en la exhortación que realiza la Corte para que el Estado federal aporte parte del financiamiento para la ejecución de las obras hidráulicas necesarias.

La Corte expresó que el país podría incurrir en responsabilidad internacional por violación de tratados internacionales, según se dijo más arriba. Por ello, dentro del derecho ambiental internacional, es propio considerar el principio de *soberanía y responsabilidad*. Expresa López Zamarripa (s.f.), que “el derecho internacional ambiental se ha desarrollado entre dos principios aparentemente contradictorios. Primero, los estados tienen derechos soberanos sobre sus recursos naturales. Segundo, los estados no deben causar daño al medio ambiente” (p. 2).

En realidad son dos aspectos concomitantes del derecho ambiental: el dominio originario de las provincias sobre sus recursos naturales no supone su uso ilimitado, sino racional, circunscripto por la obligación de no causar daño a otra u otras provincias o países ni a los ecosistemas dentro del propio ámbito provincial, conforme al artículo 41 de la Constitución Nacional: “El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley”.

La CSJN refiere también al principio de equidad intergeneracional (Constitución Nacional, artículo 41; Acuerdo de Escazú, artículo 3, inciso g; Ley 25675, artículo 4) en el considerando 8° de la sentencia del 16 de julio de 2020: “Se debe considerar el interés de las generaciones futuras, cuyo derecho a gozar del ambiente está protegido por el derecho vigente”. Se trata de prever el uso futuro de los servicios ecosistémicos que brinda el ambiente estimando su aprovechamiento o beneficio igual o mejor que en el presente por grupos sociales aun por existir. En términos de derecho sucesorio sería, *mutatis mutandis*, una norma general de protección de la herencia futura, en este caso, fundada en un interés colectivo que establece pautas para lograr la unidad, conservación y aprovechamiento razonable de un conjunto de bienes, sin perjuicio de los derechos del titular actual.

Borda (1999, p. 63) sostenía que aunque la referencia de las normas civiles a los principios generales del derecho hacían alusión directa al derecho natural como *corpus iuris* no escrito, todos los principios jurídicos podían encontrarse expresa o tácitamente en la Constitución Nacional. Según esta opinión, todo principio tendría su correlato en un artículo o disposición transitoria de nuestra ley fundamental. Esto no debe ser necesariamente así en referencia a las cuestiones ambientales, pues la rápida evolución de los problemas del ambiente ha generado principios nuevos o interpretaciones novedosas de principios conocidos; además, los principios pueden hallarse también en el derecho de fuente internacional, como los tratados y la costumbre, no obstante la tendencia legislativa actual a positivizar los principios del derecho, tal como se observa en la Ley 25675, en el Acuerdo de Escazú, etcétera.

7. Evidencia de una tendencia jurisprudencial de la CSJN en cuanto al uso sustentable del agua

La jurisprudencia de la CSJN acusa una tendencia marcada al reconocimiento de los derechos humanos ambientales en sentido amplio, particularmente en el uso sustentable del agua.

Así, en los ya citados fallos *Majul* y *Kersich*, la CSJN declara expresamente que el acceso al agua es un derecho indispensable para la vida y, por ello mismo, debe ser fuertemente tutelado por los jueces. En el mismo sentido, ha establecido que el paradigma de protección del agua es ecocéntrico en contraposición al paradigma antropocéntrico y no tiene en cuenta los intereses privados o estaduales, sino los propios del sistema hidrológico.

En la causa *Barrick Exploraciones Argentina S.A. y otro c/Estado Nacional s/Acción declarativa de inconstitucionalidad*, la CSJN reconoció la preeminencia del valor ambiente por sobre el derecho al ejercicio de industria lícita (artículo 14 de la Constitución Nacional). En efecto, si la industria no es ambientalmente sustentable, tampoco es lícita. En comentario a este fallo, Pedreira (2020) ha expresado que

cuando existen derechos de incidencia colectiva atinentes a la protección del ambiente, que involucran, en el caso, la posibilidad de estar afectando el acceso de grandes grupos de población al recurso estratégico del agua, la hipotética controversia no puede ser atendida como la mera colisión de derechos subjetivos. (p. 259)

El fallo *Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo)* comprendió la importancia de la gestión eficiente de la cuenca de los ríos Matanza y Riachuelo, ordenando medidas destinadas a sanear las aguas, brindar servicios de agua corriente a la población, limpiar basurales y erradicar industrias ambientalmente nocivas, entre otras.

Esta tendencia tiene su correlato en leyes y constituciones latinoamericanas, como las de Uruguay, Ecuador, Costa Rica y México, particularmente en el derecho al acceso al agua como recurso vital y estratégico, según explican Cáceres y Minaverry (2014, pp. 148-149).

En el mismo sentido, en el considerando 12° *in fine* de la sentencia del 16 de julio de 2020, la CSJN afirma: “Cabe destacar que esta Corte ha establecido que en el campo de los derechos de incidencia colectiva, es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad de resiliencia (Fallos: 337:1361)”.

Los efectos de tal línea jurisprudencial no se agotan en los límites de la nación, sino que deben tener una influencia positiva en la geopolítica del agua. Battaleme (2020) afirma que los recursos naturales estratégicos y particularmente el agua “son cartas de poder que otorgan ventajas posicionales, transformándose en fuentes transaccionales centrales dependiendo de las necesidades económicas y políticas de los estados que se ven involucrados en la dinámica de los intercambios” (p. 3).

La tendencia que se observa en la CSJN en la protección efectiva del agua debería, sumado a la acción política de los otros poderes del Estado, tanto nacional como provinciales, otorgarle a la Argentina una ventaja comparativa en el concierto de las naciones por la disposición de agua en calidad y cantidad suficientes para consumo de su población y las necesidades de su comercio e industria.

El potencial de conflictividad del problema de escasez del agua y la urgente necesidad de aplicar soluciones eficientes y duraderas ha sido advertido por el papa Francisco (2015):

Una mayor escasez de agua provocará el aumento del costo de los alimentos y de distintos productos que dependen de su uso. Algunos estudios han alertado sobre la posibilidad de sufrir una escasez aguda de agua dentro de pocas décadas si no se actúa con urgencia. Los impactos ambientales podrían afectar a miles de millones de personas, pero es previsible que el control del agua por parte de grandes empresas mundiales se convierta en una de las principales fuentes de conflictos de este siglo. (p. 30)

En el sentido expresado por su santidad el papa Francisco, se puede observar que la tendencia asumida por la CSJN, sobre todo expresada en el Considerando 7° de la sentencia de 2020, predispone al Estado de derecho ambiental para la prevención de conflictos derivados de la disponibilidad de agua dulce.

8. Causa *La Pampa, Provincia de c/San Juan, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ amparo ambiental*

Esta demanda fue promovida por la provincia de La Pampa contra la provincia de San Juan y el Estado nacional mediante acción de amparo fundada en los artículos 41 y 43 de la Constitución Nacional. La parte actora solicitó que se ejecuten los estudios de impacto ambiental y estudios de impacto estratégico en toda la cuenca del río Salado, Desaguadero, Chadileuvú, Curacó y Colorado⁵ que determinen el grado de afectación al ambiente por el impacto de la construcción de la represa El Tambolar sobre el río San Juan, en la provincia homónima. La parte actora alegó la producción de daño ambiental aguas abajo por la merma del caudal hídrico que alimenta a la cuenca.

Esta causa acusa una primera sentencia el 23 de mayo de 2021 y una segunda el 23 de noviembre de 2023.

En su primera medida, la CSJN adoptó una actitud activa en la tutela del agua. Así, en el considerando 3° estableció que

le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento.

En ese marco, alude a la Ley 25675 General del Ambiente, particularmente a las potestades que el artículo 32 les otorga a los jueces para resolver las cuestiones ambientales. De ese modo, en el considerando 4° declara que

el Tribunal “como custodio que es de las garantías constitucionales, y con fundamento en la Ley General del Ambiente, en cuanto establece que “el juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el

5 El curso de agua posee diferentes nombres en su recorrido por las diferentes provincias que atraviesa: en La Rioja: Bonete y Vinchina; en San Juan: Bermejo; en San Luis: Desaguadero y Salado; en La Pampa: Salado, Desaguadero, Chadileuvú, Curacó y Colorado.

interés general” (artículo 32, ley 25.675), ordenará las medidas que se disponen en la parte dispositiva de este pronunciamiento.

Este razonamiento también fue sostenido en la causa *Kersich Juan Gabriel y otros c/Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/amparo*, en la que la CSJN dijo en el considerando 10 que

[t]ratándose de un caso ambiental los jueces tienen amplias facultades en cuanto a la protección del ambiente y pueden ordenar el curso del proceso, e incluso darle trámite ordinario a un amparo o bien dividir las pretensiones a fin de lograr una efectiva y rápida satisfacción en materia de prevención. El límite de estas facultades está dado por el respeto al debido proceso, porque los magistrados no pueden modificar el objeto de la pretensión. (Fallos: 333:748; *Mendoza, Beatriz Silvia*, Fallos: 329:3445)

En la parte resolutive del fallo de 2021, la CSJN les ordena a la provincia de San Juan y al Estado nacional la producción de informes relacionados con los aspectos ambientales de la construcción de la represa. En dicho informe, la provincia de San Juan afirma que los ríos San Juan y Jáchal corresponden a cuencas endorreicas, como todas las de esa provincia, y, por lo tanto, no forman parte de la cuenca del río Salado, Desaguadero, Chadileuvú, Curacó y Colorado.

En la sentencia del 23 de noviembre de 2023, la CSJN finalmente rechaza la demanda y ordena su archivo por considerar que: a) no existe controversia justiciable; b) la parte actora no ha probado concretamente el daño; y c) no se puede soslayar la competencia del Comité de Cuenca que la parte actora pidió conformar y actuar en el caso en el marco del federalismo de concertación y las competencias propias de los poderes ejecutivos provinciales y nacional.

En cuanto al primer argumento de rechazo, la Corte puntualiza en el considerando 2° que

se configura un “caso justiciable” cuando concurren dos recaudos: por una parte, debe tratarse de una controversia que persigue la determinación del derecho debatido entre partes adversas, fundado en un interés específico, directo, o inmediato atribuible al litigante; por otra, la causa no debe ser abstracta en el sentido de tratarse de un planteo prematuro o que hubiera devenido insustancial (Fallos: 307:2384, *Constantino Lorenzo* y, más recientemente, Fallos: 342:917 *in re Barrick*, considerando 6°, entre muchos otros).

Y el considerando 3°:

la cuestión sometida por la actora a examen de este Tribunal no puede ser asimilada al supuesto de “causa” o caso contencioso, que habilite la jurisdicción de los tribunales federales de conformidad con las normas mencionadas en la medida en que la parte actora no ha demostrado tener un interés directo en el dictado de un pronunciamiento judicial, que remueva un obstáculo al que atribuya la lesión de las prerrogativas.

En el considerando 4°, el tribunal descarta la existencia de perjuicio concreto:

si bien la actora refiere enfáticamente a lo largo de su escrito de demanda a las afectaciones que le generarían, en general, la política hídrica desarrollada por las provincias ubicadas aguas arriba de la cuenca, y las obras de diversa naturaleza allí instrumentadas, no identifica en ningún momento cual sería el agravio (potencial o actual) que la implementación de la obra de la represa “El Tambolar” específicamente le genera a sus prerrogativas.

Esta causa posee diferencias con la entablada por la provincia de La Pampa en relación con el río Atuel: a) por estar controvertida la pertenencia del río San Juan a la cuenca del río Salado, Desaguadero, Chadileuvú, Curacó y Colorado; b) por tratarse de una represa en construcción, es decir, sin impacto concreto; c) por la ausencia de “causa justiciable”, según el considerando 2° citado; d) correlativamente por no estar probado el daño ambiental; y, finalmente, e) por estar controvertido que la construcción de la represa pueda menguar el caudal hídrico en razón de su ubicación entre dos represas actualmente operativas sobre el río San Juan. En efecto, la Corte ha considerado que en tanto la obra hidroeléctrica El Tambolar sobre el río San Juan se encuentra entre dos represas ya construidas y en operación como partes del sistema de represas en “cascada”, sobre este río no habría disminución del caudal dispensado río abajo.

En relación con el punto b) del párrafo anterior, sorprende que la Corte Suprema no haya aludido al principio precautorio. En efecto, “en el Derecho argentino, el principio precautorio es una categoría legal explícita, contenida en la Ley 25.675 General del Ambiente, por lo que su campo de aplicación es claro, categórico, constituyendo un mandato de optimización” (Cafferatta, 2007, p. 246). Se comprende la razonabilidad del rechazo de la demanda en consideración al argumento de la naturaleza endorreica de la cuenca de río San Juan, pero no en la argumentación basada en ausencia de daño concreto por encontrarse la represa El Tambolar en construcción.

9. Conclusiones

1. Se puede reconocer una clara posición jurídica en la CSJN en relación con la consideración del agua como bien colectivo antes que como recurso económico privado o estadual.
2. La CSJN utilizó normas jurídicas de fuente interna e internacional para decidir en el presente caso la regulación del uso sustentable del río Atuel, considerando el cumplimiento de las segundas en resguardo de la responsabilidad internacional del país.
3. Es posible reconocer una tendencia jurisprudencial de la CSJN en la protección del agua como elemento integrado a los diferentes subsistemas ambientales.
4. La protección judicial de la calidad del agua y su gestión eficiente mediante la jurisprudencia consolidada de la CSJN puede influir en una mejor posición de la nación argentina en el contexto internacional por la posesión en cantidad y calidad suficientes de un bien colectivo de importancia estratégica.
5. El control judicial de la sustentabilidad ambiental de las actividades humanas es fortalecido mediante la declaración de la competencia originaria de la CSJN y la adopción de un rol activo en el cumplimiento de las obligaciones ordenadas a las partes en uso de su competencia dirimente.

Bibliografía

- Battaleme, J. E. (2020). El agua en la dinámica de los recursos naturales estratégicos en un mundo volátil, incierto, complejo y ambiguo. *Relaciones Internacionales*, (45), 91-105.
- Borda, G. (1999). *Manual de Derecho Civil*. Abeledo Perrot.
- Brailovsky, A. y Foguelman, D. (2009). *Memoria Verde. Historia Ecológica de la Argentina*. Debolsillo.
- Cáceres, V. y Minaverri, C. (2014). La provisión de agua y saneamiento: la evolución de la jurisprudencia en Argentina. *Ambiente Jurídico*, (16), 144-160.
- Cafferata, N. A. (2007). Principio Precautorio (con especial referencia a la doctrina y legislación de Argentina y Brasil). *Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, 5(4), 221-246.
- Cafferata, N. A. (2024). *Jurisprudencia ambiental de principios en el derecho comparado*. Rubinzal Culzoni.
- Dardis, N. V. (Coord.). (2013). *Principios Rectores de Política Hídrica de la República Argentina: 10 años de participación y consenso*. COHIFE.

- Francisco. (2015). *Carta Encíclica Laudato Si. Sobre el cuidado de la casa común*. San Pablo.
- López Zamarripa N. (s.f.). Principios Generales del Derecho Internacional del Medio Ambiente. *Amicus Curiae. Revista Electrónica De La Facultad De Derecho*, 2(1).
- Lorenzetti, R. y Lorenzetti, P. (2018). *Derecho Ambiental*. Rubinzal Culzoni.
- Minaverry, C. M. (2016). La protección jurídica ambiental del agua para consumo humano. Panorama de dos provincias argentinas y del ámbito internacional. *Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, (Julio-Diciembre), (pp. 17-39).
- Pedreira, M. S. (2020). *Acceso al agua y desarrollo sostenible: la protección de recursos hídricos estratégicos para su aprovechamiento por las generaciones futuras*. Lex.
- Pigretti, E. (2007). *Derecho Ambiental Profundizado*. La Ley.
- Puig, A., Olguin Salinas, H. y Castro, A. (2016). Alteraciones del régimen hidrológico fluvial y consideraciones sobre caudales ambientales. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, (I), 91-123.
- Rodríguez, C. (2012). *El Derecho Humano al ambiente sano. Los derechos ambientales desde la perspectiva de los derechos humanos*. Rubinzal Culzoni.
- Tobías, J. W. (2018). *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. La Ley.

RECENSIONES

DERECHO PROCESAL PENAL ALEMÁN Y ARGENTINO

Klaus Volk, Kai Ambos y Pablo Larsen

Hammurabi, Buenos Aires, 2023, 684 páginas.

Rocío Evelyn Buosi

Universidad Torcuato Di Tella

rociobuosi@gmail.com

Cuando se lanzó en 2016 la primera edición en español del *Curso Fundamental sobre la Ordenanza Procesal Penal (Grundkurs StPO)* de Klaus Volk, los coordinadores de la traducción compartieron en su prólogo el objetivo principal de la obra: la promoción de la investigación, la enseñanza y la capacitación en ciencias penales en América Latina, a través del intercambio del saber académico entre esa región y Alemania, lo que se cristalizaba en esa oportunidad en el acceso a un clásico de la enseñanza en derecho procesal penal alemán.

Sin embargo, como todo buen intercambio, éste se vería incompleto sin la reciprocidad de la difusión del saber académico, pues este ha sido el objetivo buscado en esta nueva edición que presenta una traducción actualizada a la 7ª edición alemana del *Grundkurs StPO*. Esta vez, el objetivo propuesto ha sido aún más ambicioso, ya que, como el coautor argentino explica en sus palabras iniciales, el trabajo aspira a ofrecer a quienes se aproximan por primera vez al derecho procesal penal argentino una exposición sintética del derecho positivo, de las decisiones judiciales más relevantes y de las principales discusiones generadas en la literatura argentina.

Los comentarios sobre el proceso penal argentino elaborados por el profesor Larsen, que se encuentran al final de cada capítulo, no desentonan con el propósito de la obra alemana: proporcionarles a los lectores la forma de pensar el proceso penal y el “espíritu” de las normas procesales penales, presentando de forma breve las discusiones esenciales en materia legislativa y jurisprudencial, aunque introduciendo varias referencias bibliográficas que permiten acudir a trabajos específicos sobre los temas presentados.

Si bien podría pensarse que el objetivo del libro es, por tanto, modesto, no debe subestimarse el gran valor que posee para quien se inicia en el estudio comparado de estos sistemas procesales penales. Abordar el estudio del sistema procesal penal de un país distinto al propio puede ser una tarea muy complicada si uno se lanza directamente a investigar, por ejemplo, en las leyes, códigos o en la jurisprudencia extranjera. Por lo general, quienes estamos interesados en el estudio comparado del derecho procesal nos dirigimos a buscar en jurisdicciones foráneas la forma en la que regulan un instituto procesal en particular o en el que abordan alguna cuestión dentro de su ordenamiento procesal penal, para indagar aquellas similitudes o diferencias con el modo en el que aquello mismo se regula en nuestro país de origen.

El problema radica en que, a la hora de llevar a cabo esta tarea, pueden plantearse dudas respecto a si hemos dado con el instituto o principio procesal equivalente al que estamos analizando en nuestro país. En este punto, la tarea que ha hecho el coautor argentino es justamente dar ese primer paso de organizar comparativamente los institutos y principios procesales penales alemanes y argentinos. Este trabajo sin dudas allana el camino para que el lector pueda dar fácilmente con una explicación sintética del estado actual de la situación de los principales temas del proceso penal en ambas jurisdicciones.

En relación con el contenido y modo de abordaje del *Curso Fundamental de Derecho Procesal Penal*, bastaría con que me remita a la rigurosa recensión que ha hecho Donnes (2017) tras la publicación de la primera traducción al español de la 7ª edición del Grundkurs.

Sin embargo, a modo de resumen, señalaré que se trata de una obra compuesta por cuarenta capítulos que abordan desde el desarrollo —como todo buen manual alemán— de los “fines” del proceso penal hasta la explicación de una cuestión tan pragmática como la cuantificación de las costas del proceso. Entre esos dos extremos, el lector encontrará desarrollos sucintos sobre la constitución y organización de los tribunales penales alemanes —capítulo dentro del cual se encuentra una descripción de la participación de los jueces legos o “escabinos” en los procedimientos penales, quizás uno de los temas más interesantes sobre la toma de decisiones en el proceso penal alemán—, sobre los distintos actores, sobre el procedimiento de investigación, intermedio y principal —incluso un breve desarrollo sobre los procedimientos especiales—, sobre las máximas procesales y conceptos fundamentales de derecho probatorio y hasta una descripción del sistema de recursos alemán.

Con respecto a la metodología, cada capítulo consta de dos partes: en la pri-

mera, la exposición conceptual del tema elegido y, luego, un apartado de “casos y preguntas”, cuyas soluciones se presentan al final del libro en la sección “Indicaciones para la solución de casos y preguntas” (pp. 639-679); este último apartado busca que el lector —recordemos que el libro está dirigido principalmente a estudiantes— no sólo se informe sobre el tema, sino que también emplee y aplique los conocimientos adquiridos. Para el autor, un manual de este tipo debe proporcionar “ante todo la capacidad de pensar en forma procesal” (p. 17), por lo que su éxito estará dado en que el lector llegue a comprender cómo se trabaja, piensa y decide en un proceso penal. Es por ello que el “método de casos” no sólo se utiliza en el acápito final de “casos y preguntas”, sino que el autor intercala casos breves entre los párrafos durante su desarrollo teórico.¹

Con respecto a los comentarios sobre el proceso penal argentino, cabe hacer algunas aclaraciones. Como bien señala Larsen, en Argentina no puede hablarse de un único derecho procesal penal, ya que por mandato constitucional los códigos procesales en materia penal son sancionados por cada una de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, quedando reservado al Congreso Nacional únicamente el diseño del proceso penal para el enjuiciamiento de delitos federales. No es así el caso de la República Federal Alemana, que cuenta con una única Ley Procesal Penal (*Strafprozessordnung*), la que regula el desarrollo de todo el proceso penal desde la denuncia hasta la ejecución, que se aplica en los dieciséis estados federados (*Bundesländer*) (Roxin, 1982, pp. 617-618).

Remarcar esta diferencia no es una cuestión menor, ya que comentar el sistema procesal penal argentino implicaría, a diferencia de lo que sucede en el país germano, referirse a la regulación de veintitrés códigos procesales penales provinciales, el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los dos códigos procesales penales que coexisten en la actualidad para la jurisdicción federal: el Código Procesal Penal de la Nación (CPPN, Ley nacional 23984) y el Código Procesal Penal Federal (CPPF, Ley nacional 27063, modificada por la Ley 27482). De

1 Esta metodología no es de sorprender, ya que, como explica Richter (2020, pp. 81, 85), el método de casos es el que generalmente se aplica en las facultades de derecho alemanas, tanto en las clases como en las instancias de evaluación y hasta en los manuales jurídicos; el método permite el abordaje de problemas jurídicos mediante la presentación de un caso real o ficticio —a menudo, inventados por los docentes y autores de los manuales— con el fin de ilustrar el problema y aplicar los conocimientos teóricos a los hechos del caso. De esta forma, el método de casos “(...) brinda la posibilidad de estructurar el razonamiento jurídico, trazar conexiones entre diferentes problemas jurídicos, incorporar discusiones teóricas a la solución de casos reales o ficticios y resaltar puntos difíciles o relevantes para la solución del caso. (...) [P]ermite que los lectores y las lectoras puedan seguir el razonamiento del o de la agente que realiza el análisis (...)” (p. 83).

allí que la decisión del comentador argentino haya sido tomar como objeto principal de análisis estos dos últimos.

La inclusión de referencias al CPPF resulta también algo a destacar, teniendo en cuenta que cada vez son más los procesos que se rigen por este código y la creciente demanda de los profesionales y estudiantes de formarse a la luz de la nueva ley de procedimiento penal federal. Sirve a modo de ilustración la comparación que hace el comentarista en el apartado sobre el “decreto de clausura de la fiscalía” respecto al contraste entre la ausencia de regulación en el CPPN sobre criterios de oportunidad en el ejercicio de la acción pública frente al catálogo que incorpora el CPPF de reglas y criterios de disponibilidad dirigidos al representante del Ministerio Público Fiscal para prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción pública o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho (p. 260).

No obstante, este enfoque en el sistema procesal penal federal no trae problemas para aquel lector que no tenga su principal interés en la mencionada regulación, ya que, a pesar de la diversidad de códigos procesales provinciales, como señala el comentador, las cuestiones fundamentales del proceso penal poseen anclaje constitucional, por lo que existe una gran coincidencia en muchos de los aspectos centrales de los procesos penales provinciales.

Aun así, el autor no deja pasar la oportunidad de hacer algunas menciones a ciertos códigos procesales penales provinciales cuando el análisis de la cuestión así lo amerita. Este es el caso, por ejemplo, al comentar la particular situación en Argentina del mandato constitucional de implementar el juicio por jurados, que ha sido receptado y llevado a la práctica en sólo algunas provincias, mas no en la jurisdicción federal (pp. 87, 531).

Resulta importante destacar para aquellos lectores que no estén interesados en el ordenamiento jurídico argentino, pero cuyo país forma parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el trabajo que ha hecho el profesor Larsen de reseñar no sólo precedentes relevantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina en materia de garantías constitucionales en el proceso penal, sino también una basta selección de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en esta misma materia.²

Los comentarios desde la perspectiva argentina presentan un enfoque estric-

2 Esto no es de sorprender, dado que el autor ha trabajado y conoce en profundidad la jurisprudencia de la Corte IDH, sobre cuyo contenido ha publicado otra obra: *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Análisis de la aplicación de la parte primera de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Larsen, 2016).

tamente descriptivo, con base en la opinión mayoritaria en la doctrina. Esto se trata de una decisión deliberada que responde a las prioridades del manual: contener muy pocas citas bibliográficas, ya que “un libro elemental no es el lugar apropiado para entrar en disputas científicas” (p. 13). No obstante, el coautor se encarga en varios capítulos de mencionar trabajos específicos que han introducido cuestionamientos a posiciones clásicas sobre algunos problemas procesales penales; pueden mencionarse, por ejemplo, críticas sobre la tendencia hacia la ampliación del campo de protección de la garantía contra la autoincriminación forzada (p. 150), posiciones novedosas sobre la comprensión del estándar probatorio para la toma de la decisión final sobre los hechos probados (p. 415) o sobre el problema sobre la incorporación por lectura de declaraciones previas de testigos ausentes durante el juicio (p. 475).

Para concluir, he de decir que debe celebrarse el esfuerzo de traducción y actualización de esta obra frente a la relativamente escasa oferta de manuales de derecho procesal penal alemán traducidos al castellano, especialmente si se la compara con la mucha mayor disponibilidad de traducciones de obras dedicadas a la parte general del derecho penal alemán. El valor agregado de los comentarios del profesor Larsen desde la perspectiva del derecho procesal penal argentino hace de esta obra un recurso de gran relevancia para quienes estudiamos y enseñamos derecho procesal penal comparado.

Bibliografía

- Donnes, A. (2017). Curso fundamental de Derecho Procesal Penal de Klaus Volk. *Letra: Derecho Penal*, III(5), 206-228.
- Larsen, P. (2016). *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Análisis de la aplicación de la parte primera de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Hammurabi.
- Richter, A. (2020). Pensar el Derecho. El método de casos alemán. *Revista de la Facultad (UNC)*, XI(2), Nueva Serie II, 81-101.
- Roxin C. (1982). Introducción a la ley procesal penal alemana (Trad. J. L. Gómez Colomer). *Cuadernos de Política Criminal del Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid*, (16), 617-633.

IL DRAMMA DEL GIUDIZIO

Alessio Lo Giudice

Milano-Udine, Mimesis, 2023, 202 páginas.

Nicolás Salvi

Universidad Nacional de Tucumán. Universidad San Pablo (Tucumán). Universidad de Buenos Aires

nicolassalvi3@gmail.com

El juicio, como acto performativo, literario y jurídico, es una arista que parecía ser olvidada por los estudiosos de la filosofía del derecho. Pero las reglas suelen tener fecha de caducidad, y es *Il Dramma del Giudizio* de Alessio Lo Giudice la obra que retoma la complejidad y naturaleza del juicio jurídico, explorando sus dimensiones filosóficas y humanas desde la iusfilosofía.

El autor siciliano, doctor tanto en Filosofía como en Sociología del Derecho, ofrece una profunda exploración filosófica del juicio jurídico, desafiando las simplificaciones lógico-formales y subrayando su inherente naturaleza humana y dramática. Lo Giudice articula diversos argumentos convincentes sobre la relación esencial entre el juicio y la pretensión de justicia y razonabilidad por los propios sujetos justiciables.

La obra se destaca por su enfoque interdisciplinario, fusionando elementos de la filosofía, la literatura y el derecho, consiguiendo ofrecer una perspectiva integral. La tesis sobre el juicio reflexivo como forma predominante de comprensión del juicio jurídico es especialmente relevante y desafía las nociones tradicionales de la axiología jurídica. Al observar esta materia como una narrativa dramática, el italiano opta por una vertiente del *law & literature*, que puede ver al propio derecho en su faz viva como un género literario.

El libro aborda la preeminencia contemporánea del juicio en un contexto donde se debaten representaciones opuestas del derecho, desde la idealización de la objetividad formal hasta la percepción del derecho como pura discrecionalidad material. Lo Giudice aboga por un enfoque humanista-existencial del derecho, volviendo al juicio como clave para comprender la experiencia jurídica.

ca desde una perspectiva radicalmente humana. Combate, de manera tajante y por medio de herramientas hermenéuticas, la posibilidad de un derecho objetivo que pueda prescindir del juicio, siendo las herramientas como la inteligencia artificial amplificadores del problema más que solucionadores.

La obra inicia con una reflexión sobre el llamado del afamado procesalista Francesco Carnelutti en 1949 a volver al *giudizio*, destacando la singularidad de la decisión jurisdiccional y su relación intrínseca con la experiencia legal y el derecho. El hilo conductor del libro se desarrolla a través de cinco capítulos, cada uno de los cuales aborda aspectos cruciales del juicio en su interacción entre filosofía y derecho. Critica especialmente la reducción del juicio a un simple silogismo por la que bregó el formalismo jurídico. Asimismo, propone una perspectiva más amplia que abarque la naturaleza dramática del juicio, postulando que es una acción que implica conflictos y contradicciones inherentes a las interacciones e interferencias de las conductas humanas.

La obra destaca la dualidad del juicio, que no solo implica conflictos entre partes, sino también la batalla interna del juez consigo mismo. Profundiza en la naturaleza humana del juicio, recalcando la inevitable limitación del ser humano para juzgar objetivamente a sus pares. Plantea, de esta forma, la idea de que el juicio es clave para descifrar el sentido del derecho, destacando la necesidad de mirar más allá del proceso, poniendo el ojo en los pleitos existenciales de los protagonistas de los pleitos normativos para así entender la real condición del derecho.

Finalizada la introducción, comienza propiamente el desarrollo del trabajo de Lo Giudice, el cual se divide en seis capítulos.

En el primero, *Contro il giudizio* (Contra el juicio), se aborda la crisis que rodea al acto de juzgar y las actitudes de resistencia que han emergido entre los teóricos del derecho para incluir a este acto como objeto de sus estudios y reflexiones. Se destaca cómo la literatura del siglo XX ha reflejado estas tensiones, estableciendo así el terreno para una exploración en las secciones posteriores.

Continúa el capítulo 2, *Per il giudizio* (Por el juicio), en el que se bucea en los argumentos que resaltan la esencialidad y relevancia del acto de juzgar en la práctica del derecho. Todo esto, con ayuda de la literatura. Se examina desde dos perspectivas: la existencial, a través de la obra de Franz Kafka, y la institucional, utilizando el arquetipo del juicio en la Orestíada de Esquilo. La intención es subrayar el papel central del juicio tanto a nivel individual como societal.

El capítulo 3, *Il giudizio nel tempo* (El juicio en el tiempo), realiza una reflexión sobre el juicio a lo largo de las épocas, abordando tanto la antigüedad como la modernidad. Se destaca cómo la modernidad planteó desafíos particu-

lares al concepto de juzgar, revelando los límites intrínsecos de esta práctica absolutamente humana, que lleva a surcar momentos de amplia angustia interna y externa a los actores que se ven inmiscuidos en la acción. Se acentúa cómo el juicio jurídico se convierte en un momento de comprensión de la humanidad común y fraterna, revelando la fragilidad y la necesidad de relación en la auto-limitación de la libertad natural que el derecho impone.

En el capítulo 4, *Dal sillogismo alla pretesa di giustizia* (Del silogismo a la reivindicación de la justicia), se explora cómo, sobre todo luego de la Segunda Guerra Mundial, la teoría del derecho y la praxis jurídica ven en el juicio un momento de respuesta a la necesidad de reconciliación con la razón práctica y el derecho. Igualmente, cómo esta conexión es fundamental para la propia definición de la práctica jurídica. Las teorías postpositivistas, especialmente las englobadas dentro del interpretativismo, la hermenéutica y el neoconstitucionalismo, toman mayor hegemonía y muestran la crisis del formalismo ético en los ámbitos del derecho.

Ya en el capítulo 5, *Il giudizio giuridico come giudizio riflettente* (El juicio jurídico como juicio reflexivo), se propone la idea de que la forma más adecuada de juicio jurídico es la que Immanuel Kant califica como “reflejante”. Argumenta que este tipo de juicio procede desde el hecho hasta la regla, intentando responder a la pretensión de hacer justicia. Enfatiza la importancia de la autonomía interpretativa del juez y cómo la pretensión de justicia actúa como un límite contra la arbitrariedad subjetiva. Establece la conexión entre el juicio jurídico y la constitución operativa como expresión normativa de la aspiración a la justicia en una comunidad específica.

Por último, la conclusión se enfoca en la necesidad de volver al juicio —sea en términos prácticos como epistemológicos— como clave para comprender el fenómeno jurídico desde una perspectiva profundamente humano-existencialista. Lo Giudice señala la complejidad y la ambivalencia de la concepción del derecho, invitando a superar las simplificaciones y destacando la responsabilidad inherente en la práctica del juicio como parte de la complejidad. Es decir, dar cuenta de los particularismos de cada juicio, que forman parte de la construcción diaria del concepto de derecho vivo.

Las reflexiones anteriores nos llevan a comprender cómo las máximas kantianas del juicio, interpretadas desde la perspectiva del derecho, señalan el camino hacia una filosofía posible de la decisión judicial en un sentido estricto, a lo que Lo Giudice denomina “la filosofía del juicio jurídico”. Las máximas del juicio cobran sentido en la relación que el juez mantiene con los demás. Una relación que, vale notar, si bien existe en el caso del juicio estético, es aún

más relevante en el juicio jurídico, donde los otros sujetos y sus existencias son precisamente el objeto del juicio.

El intento de respuesta a la demanda de justicia como aspiración de la decisión jurisprudencial consiste en el reconocimiento integral de la matriz hermenéutica del derecho y la afirmación de la presencia de las partes y sus intereses. Esto implica ir más allá de un reconocimiento superficial del juicio como aceptable, profundizando en el reconocimiento mutuo de los individuos involucrados como sujetos de derecho cuyos puntos de vista han sido seriamente considerados por el juez y cada parte.

Ante la ausencia de un concepto universal de justicia, juzgar significa pensar en uno mismo en el lugar de los demás. Significa colocarse, con nuestra identidad autónoma y a través de la imaginación, en situaciones ajenas para luego decidir y tomar posición. O sea, el drama del juicio, descrito repetidamente en este texto, tiene sus raíces en la concepción de la facultad de juzgar como sensibilidad que supera y trasciende los extremos opuestos mencionados.

El juicio es entonces la llave de acceso de los humanos al derecho. La afirmación del juicio como artefacto antropológico es la propia humanidad del sistema normativo o tecnología de control social que llamamos “derecho”. La sublimación del misterio del derecho es propiamente el misterio del juicio y su resultado. Esta perspectiva hace que el *ius* adopte una faz radicalmente mortal, en la dramática situación en la que se presenta el juzgante y juzgado.

Las utopías/distopías de un objetivismo total, que podrían conseguirse según algunos autores a través de la justicia algorítmica, terminan cayendo desde la perspectiva de Lo Giudice, que ve más allá de la técnica aplicada en condiciones materiales inexistentes. En la configuración del algoritmo hay un juicio que se realiza para plasmar el patrón del *software* decisor, por lo que aun en el panorama de máximo avance de la técnica computacional el drama se traslada a otro ámbito, más alejado aún de los ojos de los juzgados. El drama del juicio, antes poder y maldición de los jueces, se torna drama de los ingenieros sin cambiar sus condiciones inherentes.

En resumidas cuentas, la obra de Lo Giudice abre la puerta a una multiplicidad de estudios que pueden abordarse desde la filosofía en esta rama o problema que parecía abandonado por los juristas, pero que está más presente que nunca en la tecno-praxis de los operadores jurídicos. No menos importante es que se presenta como una importante base teórica para estudios empíricos-sociológicos de casos concretos. Por último, se manifiesta como uno de los mejores exponentes de la utilización del análisis literario del derecho por fuera de lo anecdótico o meramente estético.

SOBRE LOS AUTORES

Percy Vladimiro Bedoya Perales

Abogado (Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú). Magíster en Derecho Penal (Universidad Austral, Buenos Aires, Argentina). Egresado de la Maestría en Humanidades (Universidad Católica San Pablo). Profesor titular a tiempo completo de los cursos: Derecho Penal General, Derecho Penal Especial y Seminario de Criminología (Escuela Profesional de Derecho, Universidad Católica San Pablo). Coordinador académico y docente de la Maestría en Derecho Penal (Universidad Católica San Pablo).

Correo electrónico: pybedoya@ucsp.edu.pe

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7307-4578>

Rocío Evelyn Buosi

Abogada (Universidad de Buenos Aires). Master of Laws (University of Georgia, Estados Unidos). Magíster en Derecho Penal (Universidad Torcuato Di Tella). Exbecaria Fulbright. Docente regular (Universidad de Buenos Aires). Profesora invitada (Universidad Torcuato Di Tella).

Correo electrónico: rociobuosi@gmail.com

Ezequiel Caride

Abogado (UCA) especialista en Derecho de Familia (UCA) y en Derecho Administrativo (UNR). Egresado en el Área de Derecho Privado -Plan 2019- (Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires). Doctorando (UCA) y profesor de posgrado e investigador (UCA). Juez de Familia.

Correo electrónico: ezequielcaride22@gmail.com

Blanca Lizbeth Carrasco Delgado

Abogada (Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo). Magíster en Administración de Negocios - MBA. Posgrado de especialidad en Compliance (Pontificia Universidad Católica del Perú) y en Finanzas Empresariales, Plan de Negocios y Marketing y Neuromarketing (Universidad Santo Tomás de Colombia). Actualmente cursa el Doctorado en Derecho. Docente a tiempo completo en la Facultad de Derecho (USAT), de la que también es coordinadora de la Maestría en Derecho y Empresa y de Responsabilidad Social Universitaria. Miembro del Comité de Calidad y Gestión Curricular. Docente de la Maestría en Derecho y Empresa. Ponente en diversas universidades a nivel nacional e internacional. Desarrolla las líneas de investigación en Derecho de la Empresa y Responsabilidad Social Corporativa. Tiene más de diez años de experiencia liderando áreas de gestión legal en empresas de gran envergadura a nivel nacional en el sector banca y finanzas. Universidad Continental

Correo electrónico: 45148075@continental.edu.pe

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7439-5530>

Pasquale Gianniti

Es magistrado desde 1990. Ha sido juez del Tribunal Civil y Penal de diversas ciudades de Italia. Desde 2015 es Consigliere de la Corte Suprema di Cassazione, con sede en Roma. Es autor de diversas monografías y trabajos relacionados con su especialidad, además de director de obras colectivas.

Correo electrónico: pasquale.gianniti@gmail.com

Ricardo D. Greco Bastianelli

Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad de Mendoza). Magíster en Derecho Administrativo (Universidad Austral). Abogado (Universidad Nacional de Cuyo). Especialista en *Legal Tech and Innovation* (The George Washington University School of Business). Maestrando en Derecho de los Negocios (ADEN University). Jefe de trabajos prácticos de la Cátedra de Filosofía del Derecho de la carrera de Abogacía (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Mendoza). Profesor titular de la Cátedra de Derecho Administrativo de la carrera de Abogacía (Facultad de

Ciencias Sociales, Universidad Juan Agustín Maza). Profesor contenidista y tutor de la asignatura Ética Social y Profesional de la Abogacía en la Maestría en Derecho de los Negocios (ADEN Escuela de Negocios). De 2014 a la fecha: abogado asesor de la Dirección de Asuntos Técnicos y Jurídicos de la Administración Tributaria Mendoza (ATM). Experiencia de asesoramiento en temas de derecho administrativo (procedimiento, contratos, nulidades administrativas, empleo público, licitaciones, etc.) y tributario (determinaciones de oficio, sanciones tributarias, exenciones, etc.) y en litigios ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza. Contacto: Correo electrónico: rgrecobastianelli@ius.austral.edu.ar

Federico G. Menendez

Abogado (UNLaM). Magíster en Derecho Administrativo. Diplomado en Teoría del Derecho y de la Argumentación Jurídica y doctor en Derecho (Universidad Austral). En esta última universidad se desempeña como profesor adjunto dictando clases en las asignaturas Derecho Administrativo II (Carrera de Abogacía), Potestad de la Administración y garantías del administrado (Maestría en Derecho Administrativo) y en las Diplomaturas de Derechos Humanos y de Derecho Sanitario. Asimismo, es Coordinador de la Carrera de Abogacía y de la Maestría en Derecho Administrativo, forma parte del Consejo Asesor de la Diplomatura en Estrategias Digitales y Protección de Datos de Salud y dirige la Clínica Jurídica en Derecho Sanitario. Es miembro de la Comisión de Derecho Administrativo del Instituto de Estudios Legislativos de la FACA y consultor de entidades nacionales e internacionales en materia de Salud Pública. Es autor de diversas publicaciones y su investigación se ha centrado en la regulación de derechos vinculados con la salud. Correo electrónico: fmenendez@austral.edu.ar
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6477-9194>

Nicolás Jorge Negri

Abogado (Universidad Nacional de Mar del Plata). Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad Nacional de La Plata). Magíster en Derecho y Magistratura Judicial (Universidad Austral). Diplomado en Derecho Bancario y Mercado de Capitales (Universidad Austral). Profesor en la Maestría de Filosofía del Derecho (Universidad de Buenos Aires). Profesor adjunto de Derecho Privado II, Obligaciones, de Derecho Privado III, Contratos (Universidad Nacional de La Plata) y de Derecho Civil III, Contratos (Universidad Católica de La Plata). Profesor titular de Derecho Privado II, Obligaciones, de Argumentación Jurídica (Universidad Católica de La Plata), de Derecho Civil I, Parte General y de Destrezas para el Litigio (Universidad de Palermo). Académico del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires. Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial (La Plata). Correo electrónico: njnster@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-3721-0853>

David Parra Gómez

Licenciado en Derecho (Universidad de Murcia) con Premio Extraordinario Fin de Carrera. Profesor asociado adscrito al Área de Derecho Constitucional (UMU). Doctor con la calificación unánime de sobresaliente *cum laude*. Premio “Manuel Giménez Abad” para trabajos de investigación sobre la descentralización política y territorial. Premio de Investigación Jurídica “Antonio Reverte Navarro”. Premio Reina María Cristina (modalidad Temas Jurídicos) y Primer Accésit al Premio de Estudios Financieros (modalidad Derecho Constitucional). Miembro investigador del Grupo de Investigación “Filosofía del Derecho, Derecho Constitucional y Derecho Eclesiástico del Estado” del Grupo de Innovación Docente en Derecho Público y del Grupo de Transferencia de Conocimiento “Educación Constitucional”. Miembro de la Asociación de Constitucionalistas de España y del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Sus principales líneas de investigación versan sobre organización territorial del Estado, formas de gobierno y educación constitucional. Docente en diferentes asignaturas del área de derecho constitucional en distintas titulaciones. Correo electrónico: david.parra@um.es

Carlos Alberto Pinedo Sandoval

Abogado y máster en Derecho Público (Universidad de Piura). Egresado del Máster en Docencia Universitaria (Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle). Doctorando en Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg. Diplomado en Gestión Pública (Unidad de Postgrado de la Facultad de Administración, Universidad Nacional San Agustín de Arequipa) y en Trata de Personas (Cátedra Extraordinaria de Trata de Personas, Universidad Nacional Autónoma de México). Fue fiscal adjunto provincial titular (Fiscalía especializada contra la criminalidad organizada de La Libertad, Ministerio Público) y fiscal adjunto provincial provisional en Ayacucho y la Libertad (Fiscalía de la Nación, Ministerio Público).

Correo electrónico: carlos.pinedo.sandoval@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6677-3346>

María Dolores Repetto

Abogada (Universidad de Buenos Aires). Profesora adjunta regular de la asignatura Teoría General y Filosofía del Derecho (Universidad de Buenos Aires). Doctoranda en Filosofía del Derecho (Universidad de Buenos Aires). Tiene variadas publicaciones sobre filosofía del derecho en diversas revistas especializadas y es titular del Curso Reflexiones sobre Metaética y Derecho (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires). Diplomada en Contratos del Estado e Infraestructura Pública (Universidad Austral). Ha desempeñado distintos cargos en la Justicia nacional y en la Administración pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ejerce de manera privada su profesión de abogada en el ámbito del derecho de familia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Correo electrónico: mariarepetto@derecho.uba.ar

ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-7931-4456>

Nicolás Salvi

Magíster en Derecho Privado Europeo (Università Degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria, Italia). Magíster en Filosofía (Universidad Nacional de Quilmes) y abogado (Universidad Nacional de Tucumán). Profesor de Introducción a los Sistemas Jurídicos (Universidad San Pablo, Tucumán) y docente de Teoría General del Derecho (Universidad de Buenos Aires) y de Filosofía del Derecho (UNT). Miembro de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, de la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico y de la Sociedad Argentina de Sociología Jurídica. Se desempeña como investigador en proyectos con sede en la UNT, USPT y en la UBA.

Correo electrónico: nicolassalvi3@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1995-9847>

Carlos Sánchez Mas

Abogado (Universidad Nacional de San Juan). Diplomado en Derecho Ambiental (Universidad de Buenos Aires) y en Derecho de Aguas y Ecosistemas (Universidad Nacional del Nordeste). Experto en Aplicación del Derecho Internacional en Perspectiva Comparada (Universidad de Mendoza/Universidad Autónoma de Madrid). Curso: Malvinas y Antártida (Universidad de Buenos Aires). Asesor del Colegio de Psicólogos de San Juan. Profesor adscripto de la cátedra Derecho Internacional Público (2022-2023, Universidad Nacional de San Juan). Asesor del Ministerio de Educación de San Juan (2016-2018 y 2023, Gobierno de San Juan). Abogado independiente.

Correo electrónico: carlossanchezmas@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5666-491X>

Matías Toselli

Abogado (Universidad de San Andrés). Diplomatura Jurisprudencia Constitucional Argentina (Universidad de San Andrés). Profesor tutor de Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales (Universidad de San Andrés). Entrenador del Equipo de Arbitraje de la Universidad de San Andrés. Coordinador Académico de la *Revista Jurídica* de la Universidad de San Andrés. Asociado en Jana & Gil Dispute Resolution

Correo electrónico: tosellimatias@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4297-1409>

Noelia Anahí Viegas

Abogada (UBA). Magíster en Derecho Penal con diploma de honor (Universidad Austral). Diplomatura en Litigación Penal (Universidad Austral). Posgrado de Actualización en Litigación Penal Oral (UBA). Profesora de Litigación Oral Penal y Juicio por Jurados en grado y posgrado (UBA). Oficina de Juicio por Jurados del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Miembro de la Red de Docentes de Litigación (CENLU). Autora de artículos en materia de litigación penal y juicio por jurados.

Correo electrónico: nviegas@derecho.uba.ar

ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-8320-0439>

Juan Santiago Ylarri

Abogado y doctor en Derecho en el Área Derecho Constitucional (Universidad de Buenos Aires). Obtuvo la equivalencia de su título de doctor en la Universidad Autónoma de Madrid. Máster en Derecho Constitucional (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España). Especialista en Derecho Administrativo Económico (Pontificia Universidad Católica Argentina). Profesor de grado y posgrado de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo en diversas universidades argentinas. Profesor titular por concurso de Derecho Administrativo (Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales). Ha sido profesor en grado en la Universidad Internacional de La Rioja (España). Está acreditado como profesor contratado doctor ante la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA, España). Es investigador y ha dirigido dos proyectos de investigación y participado en otros cuatro. También ha realizado una estancia de investigación en la Universidad Autónoma de Madrid y ha sido expositor en diversos congresos en Argentina, Canadá, España, México y Perú. Se ha desempeñado como director de tesis de maestría y como jurado de tesis de maestría en Argentina y España. Fue becario de la Fundación Carolina y ha recibido menciones académicas en Argentina y España. Recibió el Premio Joven Jurista 2019 de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Se desempeñó durante más de 12 años en el fuero nacional de apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal y actualmente es subdirector nacional de Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación.

Correo electrónico: juan@ylarri.com.ar

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7805-4509>

NORMAS EDITORIALES

Temática y alcance

La Revista Jurídica Austral es una publicación semestral de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral que tiene por fin primordial difundir investigaciones científicas originales e inéditas de todas las ramas del derecho, nacional y comparado, con el propósito de realizar aportes significativos al desarrollo de las distintas disciplinas jurídicas, proporcionando criterios de análisis e interpretación del derecho válidos y útiles para sus lectores.

Sus destinatarios son, fundamentalmente, académicos, investigadores, profesores, alumnos universitarios, miembros de los tres poderes del Estado (en cualquiera de sus niveles), centros de investigación, organismos públicos y privados y operadores del derecho en general.

Periodicidad y formato

La Revista Jurídica Austral se publica semestralmente (enero-junio/julio-diciembre) en formato electrónico y en soporte papel. En la primera modalidad, la entidad editora adhiere a la política de acceso abierto (open access), la cual permite descargar, distribuir, copiar e imprimir el material publicado sin ninguna restricción. De esta manera, se garantiza el acceso libre e irrestricto a la información sin ningún tipo de limitación o barrera económica, técnica o legal para todos los lectores, realizando una significativa contribución académica que se traduce en aportes concretos al conocimiento científico.

Las investigaciones, que deben ser originales e inéditas, se reciben en forma continua, sin perjuicio de las convocatorias puntuales que se realicen en los periodos que disponga el Consejo Editorial. En todos los casos, los interesados en remitir sus trabajos deberán ajustar o adaptar los manuscritos a las instrucciones y normas de redacción previstas para los autores.

La RJA se edita en español, por lo cual se recibirán artículos solo en este idioma.

Selección de los manuscritos

Los trabajos serán recibidos y examinados por el Consejo Editorial, que corroborará su pertinencia en relación a la temática y alcance de la RJA, analizando, además, la originalidad, importancia, calidad académica e interés científico. El Consejo Editorial decidirá la aceptación o rechazo de los artículos recibidos, comunicando su decisión a los remitentes. El rechazo podrá ser sometido a reconsideración del mismo órgano dentro del plazo de diez días de comunicado al autor.

Se aceptan artículos y contribuciones de toda la comunidad científica nacional e internacional, sin cargos por procesamiento de artículos (APC) ni de ningún otro tipo. Asimismo, no se exige cargo alguno de envío (*submission fee*).

Detección de plagio

El Consejo Editorial de la Revista Jurídica Austral y el director ejecutivo realizan un estricto control de todos los manuscritos recibidos para verificar si presentan plagio.

El primer control se aplica al recibir el artículo, con una lectura realizada por miembros del Consejo Editorial y una primera verificación sobre otras publicaciones del (de los) autor(es), permitiendo detectar todas aquellas conductas inapropiadas o reprochables desde el punto de vista ético.

Asimismo, los manuscritos son revisados a través del software antiplagio Compilatio Magister+, el cual detecta similitudes en los textos, contenidos potencialmente plagiados una vez traducidos, textos generados por inteligencia artificial (ChatGPT, Gemini, YouChat) y reformulaciones o intentos de alterar el texto para que no se vea a simple vista.

Posteriormente, los árbitros revisores realizan controles particularizados, para lo cual la revista les suministra guías e indicaciones prácticas para revisar el artículo y detectar posibles plagios. En la etapa de corrección y edición de estilo se aplican controles adicionales sobre el artículo.

Si se envía una nueva versión de un artículo publicado anteriormente, el (los) autor(es) deberá(n)

dejar constancia en la primera nota al pie y la nueva versión deberá estar justificada (incluye novedades o recupera un artículo valioso, publicado en un idioma que no forma parte de los idiomas de la revista, u otra razón).

En caso de detectarse prácticas de plagio o autoplagio, los artículos serán rechazados y devueltos al autor mediante decisión expresa y fundada que identifique la infracción cometida..

Sistema de revisión por pares (*peers reviewwers*)

Con el propósito de garantizar la calidad científica de las publicaciones, la Revista Jurídica Austral adopta el sistema de revisión por pares o *peers reviewwers* en la modalidad doble ciego, de esta manera, el anonimato recíproco entre autores y revisores permite lograr una mayor objetividad en el análisis de los artículos, obteniendo un control de calidad del contenido más eficiente y con mejores estándares de transparencia editorial e institucional.

Este proceso de revisión se realizará de la siguiente manera:

1. Los artículos serán recibidos y examinados por el Consejo Editorial, que corroborará su pertinencia en relación a la temática y alcance de la RJA, analizando, además, la originalidad, importancia, calidad académica e interés científico. El Consejo Editorial decidirá la aceptación o rechazo de los artículos recibidos, comunicando su decisión a los remitentes. El rechazo podrá ser sometido a reconsideración del mismo órgano dentro del plazo de 10 días de comunicado al autor.
2. El proceso de arbitraje solo se iniciará si los artículos recibidos cumplen las directrices para autores, las cuales pueden consultarse en este mismo portal.
3. Los artículos serán evaluados bajo la modalidad doble ciego, para lo cual serán remitidos a dos árbitros externos previamente seleccionados por el Consejo Editorial, sin revelar la identidad de los autores. Los pares revisores, por su parte, tampoco conocerán la identidad de aquellos. El Consejo Editorial eliminará del texto y del archivo los nombres de los autores para preservar el anonimato.
4. Los árbitros solicitados, previa aceptación del arbitraje, deberán evaluar los artículos conforme a las normas de publicación y guardar confidencialidad respecto a todo lo referido a su intervención. Asimismo, para expedirse tendrán un plazo máximo de 15 días desde su aceptación como árbitros.
5. Los árbitros externos expedirán un informe al Consejo Editorial sobre el tratamiento de los artículos con las siguientes variantes en cuanto al contenido: a) aconsejando la publicación sin modificaciones; b) aconsejando la publicación con mejoras; c) rechazando la publicación. El dictamen será comunicado al autor, garantizando el anonimato del árbitro.
6. En caso de que se trate de un artículo aprobado con sujeción a cambios, el autor contará con un plazo de 15 días para el envío de la nueva versión, en cuyo caso deberá informar los cambios realizados o justificar cuando haya decidido no realizarlos. Por su parte, en caso de que corresponda, el árbitro deberá verificar las correcciones en un plazo de 15 días.
7. En caso de desacuerdo entre los árbitros, el Consejo Editorial de la RJA podrá requerir la designación de un tercer árbitro, cuya opinión permitirá sumar mejores fundamentos a la decisión que finalmente deba adoptarse.
8. El Consejo Editorial tomará la decisión de si finalmente publicará el artículo.
9. En todos los casos, se publicará la fecha de recepción del artículo y la fecha de su aceptación.

Las reseñaciones de obras bibliográficas, análisis, comentarios y notas que se publicarán en las secciones correspondientes no serán sometidas al proceso de revisión por pares, sin perjuicio del control previo y estricto que llevará a cabo el Consejo Editorial de la RJA, pudiendo, según los casos, remitir a un árbitro externo dichos contenidos cuando la profundidad, extensión y complejidad de estos lo justificara.

Ética y buenas prácticas editoriales

La Revista Jurídica Austral adhiere al Código de conducta y buenas prácticas editoriales del Committee on Publication Ethics (COPE), foro de discusión para editores de publicaciones científicas arbitradas (<https://publicationethics.org/core-practices>), cuyo objetivo primordial es promover la integridad de las investigaciones académicas y sus publicaciones.

Política de secciones

Las ediciones de la Revista Jurídica Austral se componen de tres secciones:

- a) Artículos de investigación
- b) Análisis, crónicas y comentarios
- c) Recensiones

Exención de responsabilidad

El contenido de los trabajos se le atribuye directamente al autor o remitente de los trabajos. La Universidad Austral o sus unidades académicas no se hacen responsables en ningún caso de la autenticidad, integridad y credibilidad de los artículos publicados.

Derechos de autor

Los autores remitirán las investigaciones o recensiones haciendo constar que previamente no han sido publicadas por ningún medio gráfico o digital, garantizando a la Universidad Austral el derecho a la primera publicación. Asimismo, manifestarán que no han sido cedidos los derechos de autor a cualquier otra institución o persona física y/o jurídica. La licencia de uso se ejercerá conforme a los siguientes términos y condiciones:

USOS PERMITIDOS. El AUTOR, por el solo hecho de enviar su ARTÍCULO, RECENSIÓN, ANÁLISIS, CRÓNICAS O COMENTARIOS para su publicación en la RJA, cede a la UNIVERSIDAD AUSTRAL los derechos de autor en forma no exclusiva, confiriendo una licencia gratuita para ejercer por medios impresos y/o digitales los derechos de reproducción, distribución, publicación, comunicación pública, puesta a disposición, transmisión y/o depósito de aquellos en el Repositorio Institucional o en otros sitios de confianza que permitan su preservación digital. La UNIVERSIDAD AUSTRAL, por medio del Consejo Editorial, queda también autorizada para realizar las modificaciones formales y técnicas necesarias para el ejercicio de las facultades aquí conferidas, como así también para asignarle a los artículos el destino que les corresponda en la sección que considere adecuada, pudiendo explotar comercialmente las obras enviadas mediante la venta de los ejemplares de forma individual y/o como parte de una compilación. Cada una de estas formas de explotación podrá ser llevada a cabo por la licenciataria mediante cualquiera de las modalidades de explotación conocidas, incluyendo el uso de medios impresos y/o digitales.

DERECHOS MORALES. La presente licencia no transfiere derechos morales, los cuales permanecen en cabeza del AUTOR de conformidad con las normas de derecho de autor.

BUENAS PRÁCTICAS EDITORIALES. El AUTOR declara y reconoce bajo juramento, el cual se entiende prestado por el solo hecho de darse de alta con la creación de su usuario y contraseña que permite ingresar al sistema OJS de la RJA, ser autor del ARTÍCULO, RECENSIÓN, ANÁLISIS, CRÓNICAS O COMENTARIOS enviados y titular de los derechos de autor que aquí se licencian; que sobre estos derechos no se han contraído compromisos ni gravámenes de ninguna especie a favor de terceros que resulten incompatibles con la cesión o que puedan atentar contra los derechos de la UNIVERSIDAD AUSTRAL; que la obra es original, inédita y fue creada sin infringir derechos de terceros; que las imágenes, citas y/o transcripciones que incorpora se encuentran debidamente referenciadas y fueron autorizadas por su titular o están amparados por una excepción o limitación al derecho de autor; y que no contiene declaraciones difamatorias contra terceros ni contrarias al ordenamiento jurídico. Asimismo, declara, tal como resulta del primer párrafo de este título, que los manuscritos enviados para su publicación en la RJA no han sido

difundidos previamente por ningún medio gráfico o digital, como así también que no han sido cedidos los derechos de autor a cualquier otra institución o persona física y/o jurídica. El autor, en caso de autorizar la publicación de su obra a otras editoriales o medios de divulgación científica o académica posterior a la primera publicación garantizada, se compromete a exigir que se haga constar que ha sido previamente publicada por la RJA, aclarándose expresamente y por escrito el título, año de publicación, número de volumen, paginación, DOI y demás datos que permitan su identificación.

EXTRATERRITORIALIDAD Y DURACIÓN. La presente licencia se rige por la legislación de la República Argentina y es válida en todo el territorio nacional y en todos los demás países, por el tiempo máximo de protección que la legislación en materia de derechos de autor le confiera a la obra.

Esta revista y sus artículos se publican bajo la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0), la cual permite al usuario descargar, compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato, siempre y cuando dé crédito de manera adecuada y brinde un enlace a la licencia. No autoriza el uso del contenido con propósitos comerciales y/o que se pueda remezclar o transformar el material, sin permisos para distribuir el material si fuera modificado.

Políticas de preservación digital

La entidad editora de la Revista Jurídica Austral (Universidad Austral) emplea diferentes políticas de preservación digital, con el propósito de asegurar el acceso continuo y permanente a los contenidos publicados tanto por parte de los lectores como de los autores. Una de esas políticas consiste en el uso de servidores propios mediante la utilización del Repositorio Institucional de la Universidad Austral, el cual tiene por objetivo fundamental garantizar la accesibilidad, legibilidad y preservación digital por tiempo indefinido de todas las obras que alberga. Para poder cumplir con esta misión, el autor le concede al repositorio la licencia de depósito. Dentro de las tareas regulares que se cumplen en el repositorio pueden mencionarse:

- * Backups periódicos en servidores externos.
- * Vigilancia y conversión de formatos de archivo.
- * Actualización del software que sustenta al repositorio.
- * Comprobaciones periódicas de la integridad de los archivos para asegurar que la obra no haya sufrido alteraciones.
- * Comprobaciones periódicas de la accesibilidad de la obra.
- * Inclusión de una URL persistente Handle.net para la identificación y localización inequívoca de la obra.

El aseguramiento de los contenidos se logra también mediante el empleo o utilización de metadatos que facilitan la gestión dentro del sistema de preservación, como así también el recurso a sistemas colaborativos independientes (LOCKSS).

Asimismo, la revista se archiva en Dialnet.

Directrices para autores

Los trabajos deberán ajustarse a las directrices que a continuación se detallan sin excepción. Aquellos que no se ajusten a las recomendaciones editoriales serán devueltos para su adecuación antes de ser considerados por el Consejo Editorial para su revisión.

Los originales deberán estar concluidos cuando se entreguen para publicar; no se podrán introducir modificaciones que no estén debidamente justificadas y autorizadas por el Consejo Editorial. Se recomienda a los autores la lectura y revisión crítica del texto, en particular su redacción, sintaxis y ortografía en nombres, siglas y datos bibliográficos.

Instrucciones generales

Se aceptan trabajos en versión electrónica en formato Microsoft Word (no se aceptarán archivos en formato PDF).

Los artículos deben ser originales e inéditos y escritos en español. Deberán enviarse sin consignar el nombre o la firma del autor o autores, anonimizando el manuscrito de modo tal que se preserve su identidad en todo el proceso de revisión.

Asimismo, deberán adjuntarse los datos personales del autor o autores, pertenencia institucional, un breve curriculum que no exceda las diez líneas, dirección de correo electrónico y perfil ORCID.

Los trabajos se recibirán por medio del sistema Open Journal System, al cual se accede a través de este portal. El envío debe contener todos los requisitos que solicita el sistema.

Para asegurar la integridad de las evaluaciones anónimas por pares de los envíos, se hará todo lo posible para impedir que los autores conozcan la identidad de los revisores y viceversa. Para ello, se deben comprobar que se han seguido los siguientes pasos relacionados con el texto y con las propiedades del archivo:

* Los autores del documento han borrado sus nombres del texto y han evitado autorreferenciarse.

* En el caso de los documentos de Microsoft Office, también deberá quitarse la identificación del autor de las propiedades del archivo haciendo clic en las opciones que se indican a continuación. Empezar con Archivo en el menú principal de la aplicación de Microsoft: Archivo > Guardar como > Herramientas (u Opciones en Mac) > Seguridad > Eliminar información personal de las propiedades del archivo al guardar > Guardar.

Artículos

Se publicarán artículos de investigación originales e inéditos, de todas las ramas del derecho, nacional y comparado, los cuales deben ofrecer aportes significativos al desarrollo de las distintas disciplinas jurídicas, proporcionando criterios de análisis e interpretación del derecho que resulten válidos y útiles para los lectores. Se aceptarán trabajos solo en español.

Deberán incluir un resumen de entre 200 y 300 palabras y de 4 a 8 palabras clave, todo tanto en español como en inglés.

Extensión: de 20 a 40 páginas (entre 9000 y 18000 palabras en total aproximadamente).

A modo de orientación, se sugiere que los artículos sigan la siguiente estructura:

- Introducción
- Desarrollo
- Conclusiones
- Bibliografía
- Legislación y jurisprudencia citadas
- Anexos y/o apéndices

Análisis, crónicas y comentarios

Se publicarán análisis, crónicas y comentarios vinculados con la temática y alcance de la RJA y que el Consejo Editorial considere relevantes debido a que ofrecen aportes significativos o novedades para el ámbito de la investigación y divulgación jurídica. Asimismo, se incluirán reseñas de actividades académicas relacionadas con el campo del derecho que resulten de importancia para su difusión. Se aceptarán trabajos en cualquier idioma. En caso de que incluyan citas y referencias, deberán seguir las normas que se detallan más adelante. Se aceptarán trabajos solo en español.

Deberán incluir un resumen en español de entre 100 y 200 palabras y de 4 a 8 palabras clave, todo tanto en español como en inglés.

Extensión: hasta 15 páginas (6700 palabras en total aproximadamente).

Recensiones

Se publicarán recensiones de obras bibliográficas publicadas recientemente vinculadas con el campo del derecho. En ellas deberán consignarse los datos bibliográficos del libro que se revise: autor/es, año de publicación, título del libro, ciudad de publicación, editorial y número de páginas total del libro. En caso de que se reseñe un capítulo concreto dentro de un libro, es preciso añadir el título del capítulo y las páginas de inicio y fin de este. Se aceptarán trabajos solo en español.

Extensión: hasta 4 páginas (1800 palabras en total aproximadamente).

Estilo

Los trabajos enviados deberán seguir el estilo de la RJA, que a continuación se detalla:

* Formato

Tamaño A4 con márgenes de 2,5 cm en cada extremo.

* Tipografía

Título: Times New Roman, negrita, cuerpo 14 puntos, interlineado 1,5.

Texto: Times New Roman, cuerpo 12 puntos, interlineado 1,5.

Citas textuales de más de 40 palabras: Times New Roman, cuerpo 10 puntos, interlineado a 1,5.

Notas al pie: Times New Roman, cuerpo 10 puntos, interlineado a 1,5.

Subtítulos (en todas sus jerarquías): Times New Roman, negrita, cuerpo 12 puntos, interlineado a 1,5.

Estilo de numeración: correlativa en números arábigos (no utilizar números romanos).

* Alineación

Todo el texto y los títulos deben estar alineados a la izquierda, sin utilizar sangrías ni tabulaciones.

No dejar espacios entre párrafos.

Las citas textuales de más de 40 palabras deben colocarse en párrafo aparte con una sangría de 1,5 para todo el párrafo.

* Se deben respetar los signos diacríticos propios de cada idioma (diéresis, acentos ortográficos, etc.), incluso en las mayúsculas. Las frases no deben comenzarse con abreviaciones ni gerundios.

* Todas las imágenes (fotos, tablas, ilustraciones, gráficos, etc.) deben citarse en el texto, por ejemplo: (Gráfico 1) (Tabla 4).

* Los fragmentos, frases o palabras que se transcriban en idioma extranjero deben ponerse en letra cursiva. Se exceptúan los nombres geográficos, los nombres de entidades, organismos, instituciones, corporaciones, etc.; los nombres de acuerdos, pactos o tratados, etcétera.

* Las llamadas de las notas al pie se indican en números arábigos consecutivos en superíndice y, cuando corresponda, luego de los signos de puntuación, por ejemplo: ³.

* En el cuerpo del trabajo no deben emplearse ni subrayados ni negritas. En caso de que sea necesario enfatizar una palabra, se hará entre comillas dobles.

* Abreviaciones

Se deja un espacio después de todo signo de puntuación: A. L. Jiménez y no A.L. Jiménez.

Los acrónimos deben escribirse totalmente con mayúsculas y sin puntuación, por ejemplo: UBA (por Universidad de Buenos Aires).

* Tablas, cuadros y gráficos

Pueden ser realizados con Excel o Power Point, según sea necesario, y ser pegados en el archivo Word como imagen. Además, deberá enviarse el archivo original donde se realizaron para poder corregirlos, si fuera necesario.

* Ilustraciones, mapas, fotografías, dibujos

Deberán ser pegados en el archivo Word y además enviados por separado en alguno de los siguientes formatos: JPG, TIF, PNG, AI, PS en alta resolución.

Citas y bibliografía

Para las citas y las referencias bibliográficas, la RJA sigue el estilo de las normas APA (American Psychological Association) 7a edición. Se recomienda seguir los siguientes ejemplos:

Citas

Las referencias a autores deben estar insertas en el texto y no en nota al pie: (Bianchi, 2005).

Si la cita tiene dos autores, se colocan los dos apellidos: (Marcus y Perry, 1985).

Si la cita tiene tres o más autores, se coloca el primer apellido y “et al.”: (Álvarez et al., 2015).

Si la cita es textual y tiene menos de 40 palabras, se coloca entre comillas sin cursiva:

Las opiniones consultivas cumplen, pues, una función trascendente en el desarrollo de los principios de derecho internacional de los derechos humanos, ya que, como señala Buergenthal (1985), “parecen prestarse más fácilmente que los casos contenciosos a la articulación de principios legales generales” (p. 18).

Si tiene 40 palabras o más, se coloca en párrafo aparte con una sangría de 1,5, sin comillas ni cursiva:

Luego de arrogarse la atribución de no aplicar las leyes anticonstitucionales, la Corte Suprema la ejerció con tanta moderación que transcurrió más de medio siglo sin que otra ley del Congreso fuera rechazada por el tribunal. Ello aconteció en 1857, en otro caso famoso, el de *Dred Scott v. Sandford*. (Bidegain, 1994, p. 127)

Si una cita textual extraída de un trabajo publicado en formato digital no tiene identificado el número de página, se debe identificar el número de párrafo:

Nótese que un gobierno podría –en una ley procesal, que puede sancionar por mayoría simple– agrupar todos los jueces que le molestan y asignarlos a una sala a la que le atribuya competencia marginal, y dejar jueces más favorables en una sala temática a la que le asigne centralidad y mayor chance de intervención. (Arballo, 2014, párr. 9)

Las citas textuales en idioma extranjero se ponen entre comillas y sin cursiva.

Se recomienda a los autores evitar la autorreferencialidad, es decir, citarse a sí mismo en el cuerpo del texto.

Bibliografía

Se ordena en orden alfabético de autores y en orden cronológico cuando se citen varios trabajos del mismo autor. Si hubiera trabajos del mismo autor con la misma fecha, se identificarán agregando una letra minúscula, por ejemplo: 2006a, 2006b.

Se recomienda seguir el siguiente estilo:

* Libro impreso

Apellido, N. (año). *Título del trabajo*. Editorial.

* Libro en línea

Apellido, N. y Apellido, N. (año). *Título del libro*. Editorial. <https://doi.org>.

Apellido, N. y Apellido, N. (año). *Título del libro*. Editorial. <https://www.url.com>.

* Libro con editor, coordinador, director

Apellido, N. (Ed.) (año). *Título del libro*. Editorial.

Apellido, N. y Apellido, N. (Coords.) (año). *Título del libro*. Editorial.

* Capítulo de libro

Apellido, N. (año). Título del capítulo o entrada. En Apellido, N. (Ed.), *Título del libro* (pp. inicio-fin del capítulo). Editorial.

- Apellido, N. (año). Título del capítulo o entrada. En Apellido, N. (Ed.), *Título del libro* (xx ed., Vol. xx, pp. inicio-fin del capítulo). Editorial.
- * Artículo en revista

Apellido, N. (año). Título del artículo. *Nombre de la revista, volumen*(número), número de las páginas xx-xx.

Apellido, N. (año). Título del artículo. *Nombre de la revista, volumen*(número), número de las páginas xx-xx. <https://doi.org>.

Apellido, N. (año). Título del artículo. *Nombre de la revista, volumen*(número), número de las páginas xx-xx. <https://www.url.com>.
 - * Trabajos sin identificación del autor

Título del trabajo. (año). Fuente.
 - * Artículo en periódico

Apellido, N. (día, mes, año). Título del artículo. *Nombre del periódico*, número de página.

Apellido, N. (día, mes, año). Título del artículo. *Nombre del periódico*. <https://www.url.com>.
 - * Artículo en periódico sin identificación del autor

Título del artículo. (día, mes, año). Nombre del periódico, número de página.

Título del artículo. (día, mes, año). Nombre del periódico. <https://www.url.com>.
 - * Diccionarios o enciclopedias

Apellido Autor o Editor, N. (Ed., cuando es editor). (Año). *Nombre del diccionario o enciclopedia* (xx ed., Vol. xx). Ciudad: Editorial.
 - * Tesis y doctorados

Apellido, N. (año). *Título de la tesis* (Tesis de pregrado, maestría o doctoral). Nombre de la institución, Ciudad.

Apellido, N. (año). *Título de la tesis* (Tesis de pregrado, maestría o doctoral). Nombre de la institución, Ciudad. <https://www.url.com>.
 - * Referencia a páginas webs

Apellido, N. (s.f.). *Nombre de la página*. <https://www.url.com>.

Apellido, N. (s.f.). *Título del artículo*. Nombre de la página. <https://www.url.com>.

Nombre de la página o institución. (s.f.). *Título del artículo*. <https://www.url.com>.
 - * Ponencias y conferencias

Apellido, N. (año). *Título de la ponencia o conferencia*. Nombre de las jornadas o simposio donde se presentó. Ciudad, País, fecha.
 - * Informes de instituciones

Nombre completo de la institución. (año). *Título del informe*. Editorial.

Nombre completo de la institución. (año). *Título del informe*. <https://www.url.com>.

Citas de legislación y jurisprudencia

Las referencias a la legislación y jurisprudencia citadas se colocarán en nota al pie (cuando sean citadas en el texto) o luego de la bibliografía, de acuerdo con la siguiente clasificación:

Legislación

- * Normas internacionales (pactos, convenios, declaraciones)
- * Normativa comunitaria
- * Leyes ratificadoras de tratados internacionales
- * Constituciones
- * Códigos
- * Leyes

- * Decretos
- * Resoluciones
- * Disposiciones

Estilo a seguir:

- Constitución de la Nación Argentina.
- Constitución de la Nación Argentina, artículo 75, inciso 2 (o 75.2.).
- Leyes
 - Ley 11723.
 - Ley 11723 de Propiedad Intelectual, BO 30/09/1933.
 - Ley 11723 de Propiedad Intelectual, BO 30/09/1933, artículo 5.
- Decretos
 - Decreto 245/2002.
 - Decreto 245/2002, BO 28/11/2002, artículo 5.
- Resoluciones
 - Resolución 2030/2015.
 - Resolución 2030/2015, BO 12/06/2015, artículo 1.
- Disposiciones
 - Disposición 306/2015.
 - Disposición 306/2015, BO 28/05/2015.

Jurisprudencia

- * Corte Suprema (nacional, federal, provincial, internacional)
- * Tribunales internacionales
- * Tribunales del sistema interamericano

Estilo a seguir:

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fernández Arias c/Poggio*, 19/09/1960, Fallos: 247:646.
- Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, *Vasena Marengo, José Francisco y otra c/Rodríguez, Jorge Mario y otra*, 28/09/2004.
- Cámara Federal de Casación Penal: *Di Plácido, Jorge Alberto*, 22/05/2014, [FBB/7963/2013/CFC1, Registro 864/14].
- Suprema Corte de los Estados Unidos, *Wood v. Milyard*, 566 U.S. 463 (2012).
- Suprema Corte de Carolina del Norte, *Bayard v. Singleton*, 1 N.C. 5 (1787).
- Sentencia del Tribunal Constitucional, 83/2016, 28 de abril. [España].
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26/09/2006, Serie C, N° 154.
- Fallos: 329:2316.