





# LECCIONES Y ENSAYOS



FACULTAD DE DERECHO

Decana  
Dra. Mónica Pinto

Vicedecano  
Dr. Alberto J. Bueres

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora  
Mary Beloff

Subdirector  
Sebastián Picasso

Secretaria  
Malvina Zacari



**CONSEJO DE REDACCIÓN  
SEGUNDO SEMESTRE 2014**

**Director**

Patricio Enrique Kenny

**Secretaría de Redacción**

María de los Ángeles Ramallo

María Julieta Sarmiento

**Tutores**

Agostina Ghioldi

Ignacio Javier Lepro

Federico Eduardo Olivera

**Redactores**

Milton Fellay

Federico Maximiliano Mantiñan

Juan Nascimbene

Octavio Sambiase

**Colaboradores**

Sofía Aguilar

Alejandro Fernández

Agostina Ghioldi

Adela Goberna

Fátima Robledo

Francisco Sáez Zamora

Todos/as los/as integrantes del Consejo de Redacción son estudiantes de grado  
de la Facultad de Derecho (UBA)



2014

93

FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES  
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

LECCIONES  
Y  
ENSAYOS

## CONSEJO ASESOR

José Casás  
María Laura Clérico  
Aníbal D' Auría  
Marisa Herrera  
Sandra Negro  
Marcelo Raffin  
Mario Villar

---

Algunos derechos reservados  
Copyright by Departamento de Publicaciones  
Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires  
Av. Figueroa Alcorta 2263, 1° P (C1425CKB) -  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina  
Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723  
La responsabilidad por los hechos e ideas expuestos en los trabajos  
está a cargo exclusivamente de los autores.

ISSN (en papel): 0024-0079.  
ISSN (en línea): 2362-4620.

Los artículos de esta revista se distribuyen bajo una licencia Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Argentina (CC BY-NC-ND 2.5 AR) <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/ar/>

Usted es libre para: Compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato, bajo las siguientes condiciones: atribuir correctamente la fuente, proveer un link a la licencia, e indicar cualquier cambio en el material; no puede hacer uso del material con fines comerciales, ni distribuir el material modificado, en caso de mezcla, transformación o creación de nuevo material a partir de esta obra, sin permiso previo del editor y/o los respectivos autores.

Impreso en la República Argentina

Correspondencia: Dirigirse a

Departamento de Publicaciones  
Facultad de Derecho - UBA  
Av. Figueroa Alcorta 2263, 1° P  
(C1425CKB) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina  
Tel./Fax: (54-11) 4809-5668

## ÍNDICE

Editorial.....	13
----------------	----

### *IN MEMORIAM DE ALEJANDRO TURYN*

Alejandro Turyn (1979-2013).....	17
----------------------------------	----

### LECCIONES

Beade, Gustavo A., <i>Suerte moral y subjetivismo moral. El problema del error in personam y el aberratio ictus</i> .....	25
---	----

Cauterucci, Gabriel, <i>Colisión de derechos en torno al fracking. El conflicto “Vaca Muerta” desde la Constitución Nacional</i> .....	39
--	----

Farrell, Martín Diego, <i>Positivismo jurídico: Dejen que herede Palmer</i> .....	63
---	----

Fernández Scagliusi, María de los Ángeles, <i>La necesaria reformulación del concepto de dominio público en el ordenamiento jurídico español</i> .....	85
--	----

Ibarra, Elina, <i>Rousseau y el contrato moral</i> .....	115
--	-----

Lerman, Marcelo D., <i>Sobre el criterio de distinción entre la interrupción de cursos causales salvadores iniciados por terceros o provenientes de la naturaleza y la causación directa</i> .....	131
--	-----

Mongrell González, Diego, <i>La ejecución de laudos anulados en el arbitraje comercial internacional</i> .....	149
--	-----

ENSAYOS

Killian, Kevin, *La costumbre en el Derecho Internacional* .....183

Vallone, Lara Grisel, *Corte Mundial de Derechos Humanos* .....207

TRABAJOS DE CURSOS DEL C.P.O. ORIENTADOS A LA INVESTIGACIÓN

Martínez Becerra, Julieta, *La esquizofrenia del juez instructor* .....237

TRADUCCIONES Y AFINES

Alegre, Marcelo, *Laudatio Académica. Ronald Dworkin* ..... 267

Dworkin, Ronald, *Una nueva filosofía para el derecho internacional* .....275

Dworkin, Ronald, *A new philosophy for international law* .....285

ENTREVISTA

Bidart Campos, Germán J. ....297

*¿Cómo publicar y participar en Lecciones y Ensayos?*.....309

## EDITORIAL

Semanas atrás logramos la conversión a formato digital de toda nuestra colección. Son casi sesenta años de historia que ahora preservados dan testimonio de lo que este espacio representa. Durante el tiempo que nos insumió la conversión descubrimos que en estas páginas escribieron muchos de los máximos referentes de este saber. En algunos casos se trató incluso de su primera obra como estudiantes.

En esta empresa fue determinante la Fundación Vía Libre, cuya asistencia nos permitió prescindir de fondos públicos. Pero tampoco podemos olvidarnos de nuestro compañero Julián Kon Yung Park, quien tras su paso por la revista terminó por persuadirnos de la importancia de la preservación de nuestros contenidos.

Durante este recorrido pudimos identificar premisas que parecen haber acompañado a este espacio a lo largo de toda su historia. Por ejemplo, en el número 35 (1967) encontramos la inclusión de una ponencia elaborada por quienes en ese entonces integraban la revista, presentada en las Jornadas Latinoamericanas de Revistas Jurídicas, en esta Facultad de Derecho. El título de la ponencia era “La importancia de las revistas jurídicas para los estudiantes. El trabajo en equipo”. En la página 142 una de sus reflexiones fue:

*“El estudiante representa siempre un mañana, un interrogante, y al escuchar su voz se impide que llegue a olvidarse que las preguntas tienen que ser contestadas”.*

CONSEJO DE REDACCIÓN



## ***IN MEMORIAM DE ALEJANDRO TURYN***

El Consejo de Redacción de la Revista Lecciones y Ensayos recuerda al Profesor Alejandro Turyn, quien durante sus años de estudiante formó parte de este espacio editorial.



## ALEJANDRO TURYN (1979-2013)

En respuesta a una gentil invitación de *Lecciones y Ensayos*, algunos amigos de Alejandro Turyn escribimos unas palabras en su homenaje, a poco más de un año de su fallecimiento. Los tres textos que siguen a continuación fueron redactados por integrantes de la revista en la época en que participó Alejandro. Son simplemente imágenes de su persona, sin pretensión de exhaustividad, consistencia o uniformidad estilística. Probablemente, la imposibilidad de presentar algo más articulado sea un eco natural de la incapacidad de racionalizar la ausencia de nuestro amigo y de ordenar la multiplicidad de sensaciones que nos produce recordarlo. Seguramente, el lector comprenderá.

### EL MELOSO

**Meloso** (Del lat. *mellōsus*):

1. adj. De calidad o naturaleza de miel.
2. adj. Dulce, apacible. Apl. a personas, palabras, actitudes, etc., u. t. en sent. peyor.

Ale o Turyn, como lo llamábamos en *Lecciones y Ensayos*, tenía tantísimas virtudes: brilló en el plano académico y profesional, era un compañero de trabajo solidario y un delantero de área potente, pero aparte de todo esto, era afectuoso con sus amigos, o meloso, como solíamos decirle cuando lo cargábamos. Seguramente, sus cualidades y logros queden reflejadas en sus diversas contribuciones a la Facultad de Derecho de la UBA y en los distintos proyectos y casos en los cuales trabajó con denodado esfuerzo y compromiso inquebrantable, pero me preocupa sobremanera que no haya registros de su “melosidad”. Virtud rara, poco frecuente en un mundo superficial de días fugaces, pero que resultaba una bengala de alegría para nuestro grupo de amigos.

Tengo sobradas pruebas de la melosidad de Turyn y creo que nadie se animaría a ponerla en duda. Por ejemplo, cada cumpleaños, navidad, año nuevo y “Día del amigo”, nos dedicaba unas líneas con frases sentidas, conmovedoras, tiernas, dulces, afectuosas, en las cuales siempre estaban presentes las palabras “cariño”, “corazón” o “amor”. Hago una importante aclaración: Turyn escribía todos estos mensajes sin formatos prefijados, ni frases hechas, cada uno diferente al anterior y nunca, pero nunca, olvidaba una de estas fechas especiales, aún antes que explote el

uso masivo de las redes sociales que facilitan esta dichosa tarea. Todo esto demuestra el alto índice de melosidad de Turyn, exótico en la vida posmoderna.

Puede uno preguntarse: ¿Por qué ser meloso constituye una virtud tan valiosa e imprescindible? Turyn nunca se lo hubiera siquiera preguntado (ni aun cuando nosotros resaltábamos esta cualidad, a veces, con un tono jocoso) puesto que era su manera natural de ser. Pero él sabía en forma concienzuda que se irradia felicidad a la vida cuando se transmiten palabras, actitudes y gestos dulces (tomo la segunda acepción del término meloso según la Real Academia Española).

Entonces, ¿Por qué es preferible utilizar el término meloso, en vez de dulce o tierno para describir con precisión a Turyn? Para eso, debo remitirme a la primera acepción del término meloso. La miel es un producto natural elaborado cuidadosamente por las abejas mediante un proceso sumamente complejo y único en el reino animal. No existe una miel artificial o falsa, no se puede fabricar como otros productos industriales, a lo sumo, hay miel adulterada o diluida. Nuestro amigo Turyn, del mismo modo laborioso y natural, lentamente, con sus abrazos, sus frases, sus gestos como pequeños terrones, nos demostraba día a día, su cariño y su afecto incondicional construyendo una amistad sincera e inolvidable.

## DESIDERÁTUM

No puedo decir que la poesía sea mi género literario favorito. Con pocas excepciones, siempre la he evitado, incluso en autores que admiro por su prosa. Este invierno, sin embargo, llegué a Buenos Aires ansioso por encontrar un libro de poemas que, casi con seguridad, había quedado perdido en la parte porteña de mi biblioteca. El libro se titula *Desiderátum*, y me lo obsequió Alejandro Turyn en ocasión de mi cumpleaños en 2001. Imagino que Alejandro eligió este libro por su título más que por su contenido. Poco tiempo antes, mientras transcribíamos del casete la entrevista hecha por *Lecciones y Ensayos* a Atilio Alterini, habíamos pasado dos tardes enteras discutiendo sobre la frecuencia y los múltiples sentidos en que el candidato a decano de la Facultad de Derecho de la UBA empleaba la palabra “desiderátum” y nos habíamos divertido mucho. Sabía que el libro tenía, como es habitual, una dedicatoria, pero no recordaba en absoluto qué decía. Al abrirlo observé la letra de Turyn. Soy incapaz de describir exactamente qué sentí; supongo que fue algo parecido a la nostalgia de la que habla Sabina en “Con la frente marchita”: la añoranza de las cosas que nunca ocurrieron. Una vez más, caía en la cuenta de todo lo que ya no sería posible compartir con Ale.

Citando un apotegma de Alexander Pope (*Fools rush in where angels fear to tread*), la dedicatoria enfatizaba la importancia de tener una actitud valiente y audaz en la vida. Firmaba Alejandro Turyn, en Bs. As. - Salto (Uruguay), el 10-11-2001. Haciendo memoria de la época en que Ale escribió esta dedicatoria, entiendo

perfectamente a qué aludía. Debo haberlo entendido del mismo modo entonces. Pero lo que no podía haber comprendido en ese momento es el profundo significado que esas palabras tendrían una década más tarde. Quienes estuvieron en contacto con Alejandro Turyn durante su enfermedad, saben que conservó su entereza y determinación hasta el final, y cuando digo “el final” lo hago en su sentido más literal. Esa valentía que resaltaba en la dedicatoria también la practicó durante su vida y más aún de un modo ejemplar en los momentos más críticos. La fuerza de sus palabras radica en la consistencia con que vivió las ideas por ellas expresadas. Leerlas, sin aliviar el dolor, reconforta.

El lugar y la fecha de la dedicatoria también son especiales. Firmado en Buenos Aires y Salto el 10 de noviembre... Aquel día, cinco miembros de *Lecciones y Ensayos* estábamos aún en la ciudad de Salto participando de un congreso de derecho civil al que habíamos ido en representación de la revista para fortalecer nuestras relaciones con la revista jurídica de la Universidad de la República, también dirigida por estudiantes. El viaje fue extraordinario; repleto de anécdotas y experiencias que superaron su propósito académico. A la postre, como en muchas cuestiones de trabajo, esto último resultó ser casi irrelevante; las amistades que se consolidan en el marco de esas vivencias compartidas son lo que realmente importa. Esto fue verdad de Salto y también de toda nuestra etapa en *Lecciones y Ensayos*. Fueron breves episodios de un viaje mucho más largo, que tengo el orgullo de haber caminado junto a Alejandro Turyn en más de un tramo. Solo conservo la pena de que no hayamos recorrido un poco más.

## GRACIAS, AMIGO

Ale fue un gran amigo a quien siempre recordaré por muchas cosas. Por su alegría, por su compañerismo, por su “melosidad”, por su entrega, por los momentos que vivimos juntos, por las anécdotas, y por tantas otras cosas. Pero aquí quisiera destacar en especial dos aspectos de Ale que voy a llevar siempre conmigo.

### El ejemplo de la vocación

Primero quisiera recordar a Ale como compañero y colega de la Facultad de Derecho de la UBA. No me acuerdo si siendo estudiantes compartimos algún curso, creo que no. Pero tuve la suerte de compartir con él los tiempos en *LyE*, de formar parte del mismo equipo de *Jessup*, y de estar juntos en la misma cátedra de Derecho Internacional Público, la de la Dra. Hortensia Gutiérrez Posse (“*la Doc*”, como le decíamos cariñosamente). Sin dudas, ninguna de estas experiencias hubiera sido lo que fue sin la contribución de Ale. Donde fuera que él estuviera, hacía una diferencia. Dejaba una huella. Se comprometía, aportaba, se remangaba y tiraba para

adelante. Siempre. En las buenas y en las malas. Y le ponía pasión a lo que hacía. Mucha pasión. Siempre admiré esa virtud de Ale y creo que así nos dejó un gran ejemplo para todos sus amigos, compañeros, colegas y los cientos de alumnos que estudiaron con él.

Sin dudas *Jessup* fue una de sus grandes pasiones. Le puso todo: tiempo, cabeza, corazón y garra. Y tanto es así que con Ale hubo un antes y un después en el “mundo de *Jessup*”. Todos lo respetaban, lo querían y lo admiraban, tanto en Argentina como en el exterior. Ale fue una de las personas que más y mejor conocían *Jessup*, y de las que más le dio a esa hermosa experiencia académica y de vida que muchos tuvimos la suerte de vivir y compartir con él. Ale participó como estudiante en dos oportunidades y después fue “*coach*”, con un desempeño histórico en los equipos en los que participó. Y también fue Juez, tanto en rondas nacionales como internacionales. Y fue administrador nacional. Y hasta fue co-autor de un caso! Sin dudas pocas personas encarnaron como él el “espíritu de *Jessup*”. Un monstruo.

Y ese mismo compromiso y entusiasmo que Ale le ponía a *Jessup*, también se lo ponía a sus clases. Ale, como docente, no solo fue un gran profesor, sino que fue un verdadero *maestro*. Y para mí, ese maestro tiene un plus que va más allá del “buen profesor”. El buen profesor puede ser un buen pedagogo y puede ser correcto todo el contenido que enseña. Pero el maestro, además, se ubica en una dimensión diferente, agrega ese plus que separa la técnica del arte. Para mí el *maestro* tiene una verdadera *vocación* por lo que hace, en un sentido weberiano, y tiene *carisma*, inspira. Ale tenía una enorme *vocación* docente, vivía para su obra. Y además tenía mucho carisma. El carisma es personal, excepcional, y genera una adhesión, una suerte de fe en sus seguidores, que surge de alguna característica de la personalidad. Los alumnos y colegas de Ale lo oían, lo respetaban, lo elegían y lo seguían, no sólo por su innegable capacidad intelectual, sino también por su honestidad, su responsabilidad y la pasión con la que ejercía su profesión docente.

¡Qué hermoso ejemplo! ¡Gracias, Ale!

### La lección de un héroe

Lamentablemente en el momento más difícil, en el de la lucha a capa y espada, o a poncho y cuchillo, yo estaba a la distancia y no pude acompañar a Ale en el día a día todo lo que hubiera querido. Sin embargo, estuve siempre a su lado. Estábamos en contacto por correo, hablábamos por teléfono y nos veíamos en Buenos Aires cuando viajaba. Y nos vimos en distintos momentos. En los buenos y en los malos. En momentos de esperanza y en momentos muy difíciles. Y es justamente en esos momentos, en los que uno está contra la pared, cuando se ve de qué madera está hecho uno. Y para mí Ale estaba hecho de madera dura como el quebracho.

Cuando tuvo que salir a la cancha para jugar el partido más importante, Ale se puso la camiseta de *héroe*; pero no de cualquier héroe, sino de uno en particular. Para mí se puso la camiseta del Chapulín Colorado, con un corazón gigante en el pecho. Como dice Chespirito, el Chapulín es un verdadero héroe. A diferencia de Superman, Batman, He-Man, Iron Man, o cualquiera de los otros superhéroes *gringos* –que todos tienen algún súper poder y en el fondo no temen a los desafíos (justamente porque tienen poderes especiales y por lo tanto siempre ganan)–, el Chapulín es como cualquier de nosotros: humano, de carne y hueso. Es torpe, físicamente débil y tiene miedo cuando se enfrenta al mal o al peligro. Pero así y todo es un verdadero héroe. No por tener poderes especiales o por no tener miedo frente al mal, sino por ser consciente de sus limitaciones; por tener miedo y aun así, frente a la adversidad, tener el coraje de enfrentarlo, superarlo y dar batalla. Y estos verdaderos héroes no siempre ganan. A veces pierden. Pero aun en la derrota, hay una lección, hay una victoria si se quiere. Perduran las ideas y el ejemplo de grandeza y superación. En la batalla, Ale hizo suyos los versos de Almafuerte y siempre fue para adelante. No se dio por vencido ni aún vencido; si lo postraron diez veces, se levantó otras diez, otras cien, otras quinientas. Y aun cuando tuvo pavor, se pensó bravo y arremetió feroz. Ale jugó su partido más importante con un corazón gigante en el pecho, con entereza, con fuerza y con coraje; dejando todo en la cancha. ¡Así se juega carajo! ¡Gracias, Ale!

Gracias por todo, querido amigo. Gracias por tanto.



# LECCIONES



## SUERTE MORAL Y SUBJETIVISMO PENAL. EL PROBLEMA DEL *ERROR IN PERSONAM* Y EL *ABERRATIO ICTUS*\*

GUSTAVO A. BEADE\*\*

**Resumen:** El problema de la suerte moral ha originado debates entre filósofos y teóricos penales. En este trabajo intentaré introducir el problema y luego me voy a concentrar en la regulación de circunstancias específicas del derecho penal, que se vinculan con la suerte, como el *aberratio ictus* y el *error in personam*. Mi objetivo, en este trabajo, es señalar las dificultades que tienen aquellos que pretenden negar la influencia de la suerte en nuestras vidas.

**Palabras clave:** suerte moral – subjetivismo penal – contrato moral – *error in personam* – castigo penal.

**Summary:** The problem of moral luck originated debates between philosophers and criminal theorists. In this paper I will try to introduce this problem and then I will concentrate on some specific difficulties of the criminal law related with luck, as the *aberratio ictus* and *error in personam*. My aim in this paper is to point out the obstacles of those who seek to deny the influence of luck in our lives.

**Keywords:** moral luck – criminal subjectivism – *error in personam* – criminal punishment.

\* Recepción del original: 12/11/2014. Aceptación: 26/12/2014.

\*\* Universidad de Buenos Aires. Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja. gbeade@derecho.uba.ar. Presenté una versión anterior de este trabajo en un seminario organizado por el Centro de Estudios de Justicia de la Universidad de Chile, el 22 de julio de 2014. Agradezco las críticas y sugerencias de los participantes del seminario en particular de Jonatan Valenzuela y de Juan Pablo Mañalich. También quiero agradecer –como siempre– por los comentarios a Gonzalo Penna y Santiago Roldán.

## I. INTRODUCCIÓN

La influencia de la suerte en aquello que hacemos ha sido objeto de extensas discusiones entre filósofos morales desde la publicación del trabajo de Bernard Williams, titulado, *Moral Luck*.<sup>1</sup> Estos debates también tuvieron su réplica entre penalistas y filósofos del castigo durante los últimos años.<sup>2</sup> Si bien, la suerte moral es un complejo problema de la filosofía moral, intentaré en este trabajo introducirlo, brevemente, ingresando en la discusión sobre los modos en los que interpretamos las leyes penales. En particular, me voy a concentrar en la regulación de circunstancias específicas del derecho penal, como el *aberratio ictus* y el *error in personam*. Mi objetivo es mostrar algunas de las dificultades que tienen aquellos que pretenden negar los condicionamientos a los que nos somete la suerte en la vida que nos toca vivir.

## II. SUERTE MORAL Y CASTIGO PENAL – ACLARACIONES PREVIAS

La influencia de la suerte en nuestra forma de inculpar y responsabilizar a otros es discutida desde los primeros trabajos publicados sobre la llamada *suerte moral*. Algunos filósofos y teóricos del derecho penal reconocen la influencia de la suerte en nuestros juicios morales y también, por supuesto, en los modos en los que inculpamos y castigamos. Estos teóricos entienden que la suerte influye en una gran cantidad de decisiones de nuestra vida que apreciamos en los resultados de lo que hacemos. Admitir esta influencia de la suerte implica asumir que tengo menos

1. WILLIAMS, B., “Moral Luck” (1976) incluido en *Moral Luck*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981. Sobre esta discusión ver STATMAN, D. (ed.), *Moral Luck*, Albany, State University of New York Press, 1993.

2. Así, por ejemplo, ASHWORTH, A., “The Criminal Law’s Ambivalence about Outcomes”, en *Crime, Punishment and Responsibility, The Jurisprudence of Antony Duff* (Cruft, Kramer & Reiff eds.), Oxford, Oxford University Press, 2011; TADROS, V., “Obligations and Outcomes”, en *Crime, Punishment and Responsibility. The Jurisprudence of Antony Duff* (Cruft, Kramer & Reiff eds.), Oxford, Oxford University Press, 2011; ALEXANDER, L. y FERZAN, K., “Results don’t matter”, en *Criminal Law Conversations* (Robinson, Garvey & Kessler eds.), Oxford, Oxford University Press, 2010; HURD, H. (ed.), “Special Issue Symposium on *Crime and Culpability*”, en *Law and Philosophy* Volume 29 Number 4, July 2010; DUFF, R. A., “Subjectivism objectivism and the role of theory”, en *Harm and Culpability* (Simester & Smith eds.), Oxford Clarendon Press, 1996; ASHWORTH, A., “Taking the consequences”, en *Action and Value in Criminal Law* (Stephen Shute, John Gardner & Jeremy Horder, eds.), Oxford, Clarendon Press, 1993; DUFF, R. A., “Acting, Trying, and Criminal Liability”, en *Action and Value in Criminal Law* (Stephen Shute, John Gardner & Jeremy Horder, eds.), Oxford, Clarendon Press, 1993. En nuestro país se encargaron de algunos aspectos de este problema SCHLEIDER, T., *Acción y resultado*, Buenos Aires, Didot, 2011 y FERRANTE, M., *Filosofía y Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013.

control sobre mis planes y proyecciones. De eso se trata la *suerte moral*, ser alabado o reprochado, en parte, por aquello que está fuera de mi control. En el plano legal, estos pensadores defienden aquello que explican como la *tesis de la diferencia*. Esta tesis sostiene, básicamente, que se debe castigar más a quien concreta un resultado por sobre aquel que sólo lo intenta.<sup>3</sup> Esta distinción sería razonable porque, moralmente, no es lo mismo causar un resultado que sólo intentarlo.<sup>4</sup>

Como señalé antes, la posibilidad de ser recompensado o responsabilizado por la mera suerte implicaría que aquello que hice estuvo fuera de mi control. Filósofos y teóricos del derecho penal afirman que, si hay conductas que están fuera de mi control, parece inapropiado que alguien sea responsabilizado moralmente por ello. Un agente sólo podría ser responsabilizado si pudo decidir racionalmente, *i.e.* haber pesado las distintas razones disponibles en favor de algún curso de acción. En definitiva, sólo podemos ser responsables por aquello que controlamos. Estos filósofos y teóricos, a menudo autodenominados subjetivistas, afirman que los resultados de las cosas que hacemos están fuera de nuestro control e influidos por la suerte.<sup>5</sup> Por esta razón, la responsabilidad debe agotarse en la intención inicial de actuar y en la de perseverar en el curso elegido. De esta manera, para estos pensadores nada de lo que ocurre más allá de la voluntad debe pesar en la evaluación moral de cualquier acto.<sup>6</sup> Todo lo que está fuera de mi control, *e.g.* los resultados de lo que hacemos, no es parte de mi responsabilidad.

Esta noción de control implica que la suerte no puede tener lugar en nuestros juicios de responsabilidad moral.

Los subjetivistas defienden en el plano legal la *tesis de la equivalencia*. Según esta tesis, quien intentó realizar un acto prohibido por la ley, debe recibir el mismo castigo que aquel que efectivamente lo concretó. Así, los delitos intentados y los consumados deben ser tratados en forma idéntica. Los subjetivistas adoptan distintas versiones para justificar esta decisión legal. Sin embargo, eso no es algo

3. Entre muchos otros, MALAMUD GOTI, J., *Suerte, moralidad y responsabilidad penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008; DUFF, R. A., *Criminal Attempts*, Oxford, Clarendon Press, 1996.

4. Algunos de los filósofos del derecho penal que defienden esta tesis sostienen que esta afirmación es igualmente válida cuando premiamos a otros y cuando los castigamos. Creo que el reconocimiento y el castigo no son dos caras de la misma moneda. Intento presentar un argumento similar en BEADE, Gustavo A., Reseña de “Suerte, moralidad y responsabilidad penal” de Jaime Malamud Goti, *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, Año 1, Número 1 (Mayo 2013).

5. Así, por ejemplo: ASHWORTH, A., “Belief, Intent, and Criminal Liability”, en *Oxford Essays in Jurisprudence. Third Series 1* (Eekelaar & Bell eds.), Oxford, Clarendon Press, 1987; SANCINETTI, M., *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991.

6. MALAMUD GOTI, J., “Lo que nos puede tocar en suerte: reflexiones sobre responsabilidad y subjetivismo”, en *Nueva Doctrina Penal 2004/A*.

que quiero desarrollar aquí.<sup>7</sup> Me interesa en este espacio concentrarme sólo en un aspecto muy pequeño de este debate: la discusión sobre la interpretación de legislaciones penales positivas y, en particular, la forma de resolver dos problemas bien conocidos entre los penalistas: el *error in personam* y el *aberratio ictus*.

Creo que es difícil limitar la influencia de la suerte en nuestras vidas. Sin embargo, en este espacio no voy a intentar defender mi propia versión de la *tesis de la diferencia*. En cambio, me propongo un objetivo más modesto. Mi objetivo será mostrar que la solución que defienden algunos subjetivistas para resolver estos casos no coincide con aquello que creo que la *tesis de la equivalencia* debería decir. Así, voy a sugerir cuál es la solución que los subjetivistas deberían adoptar si se tomaran en serio los fundamentos de la tesis que defienden. Esto me llevará a tratar de establecer los límites de la intención, según el punto de vista que defienden los subjetivistas, y señalar aquellos problemas que tienen al negar la suerte.

### III. LA SOLUCIÓN LEGAL ESTÁNDAR, ¿INCORRECCIÓN MORAL?

Como expliqué antes, los defensores del subjetivismo critican la valoración de las consecuencias de lo que hacemos porque los resultados están fuera del control del agente que los lleva adelante. La propuesta de los teóricos subjetivistas es que no debemos valorar lo que finalmente ocurre con la conducta emprendida. Debemos castigar a alguien sin perjuicio de lo que finalmente ocurre en el mundo en el que vivimos. Todo lo que ocurra luego de que un agente mueve el cuerpo depende de la suerte. Por esta razón, para inculpar y castigar a otro, basta con que la acción sea una de aquellas conductas prohibidas por la ley y que haya sido llevada a cabo intencionalmente.

Esta tesis contrasta con la gran mayoría de legislaciones penales que conocemos, que establecen que quien comete un delito debe recibir más castigo que quien sólo lo intenta. Esta es la solución legal *estándar*: los resultados importan y por eso quien comete un crimen recibe más castigo que quien lo intenta. El argumento que presentan los subjetivistas consiste en mostrar la incorrección moral de la regulación legal *estándar* y la corrección de su propio argumento. Afirman que tomar en cuenta lo que ocurre luego de que decidimos tomar un curso de acción tiene como consecuencia la posibilidad de que la suerte nos lleve a tomar decisiones injustas.

7. Entre otros ver FEINBERG, J., "Criminal Attempts: Equal Punishment for Failed Attempts", en *Problems at the Roots of Law*, Oxford, Oxford University, 2003; SANCINETTI, M., *Teoría del delito y disvalor de acción*, cit.; ASHWORTH, A., "Taking the consequences", cit.; ALEXANDER, L. y FERZAN, K., *Crime and Culpability, A Theory of Criminal Law*, New York, Cambridge, 2009.

Los defensores de la *tesis de la diferencia*, cuestionan a estos teóricos subjetivistas utilizando distintos tipos de argumentos. El último argumento que utilizan, probablemente, el más débil también, consiste en remitirse a la mayoría de las legislaciones positivas vigentes de los países que conocemos. Esta estrategia tiene como finalidad mostrar que existe un acuerdo prácticamente unánime de que, en nuestras comunidades, concretar un resultado es más grave que no hacerlo, *i.e.* matar es *peor* que *sólo* intentar hacerlo. Como adelanté, esta defensa parece débil, porque la mera invocación a una legislación no dice nada acerca de su legitimidad ni de su corrección moral. Sin embargo, creo que en la discusión sobre la interpretación de la legislación positiva subyacen argumentos morales por demás interesantes. Un buen ejemplo de esto se presenta en la crítica que recientemente Jaime Malamud Goti<sup>8</sup> dirigió hacia los problemas de interpretación planteados en un texto por el filósofo Steven Sverdlik.<sup>9</sup>

Sverdlik pretende en su texto defender ciertos aspectos de la *tesis de la equivalencia* tomando para ello algunos problemas bien conocidos en el derecho penal: me refiero a lo que ocurre en los casos de *dolus generalis*, *aberratio ictus* y *error in personam*. En lo que sigue me encargo de explicar estos problemas particulares. Luego presentaré las soluciones que ofrece Sverdlik y el vínculo con su propia versión de la tesis de la equivalencia.

#### IV. SOLUCIONES SOBRE *DOLUS GENERALIS*, *ABERRATIO ICTUS* Y *ERROR IN PERSONAM*

En su texto, Sverdlik sostiene que la *tesis de la equivalencia* resuelve mejor que la *tesis de la diferencia* los problemas que se presentan al interpretar la ley penal. Como adelanté, Sverdlik llega a esta conclusión luego de trabajar con algunos problemas teóricos bien conocidos por penalistas, los llamados *dolus generalis*, *aberratio ictus* y *error in personam*.

Estos casos pueden ser explicados de una forma más o menos sencilla. Tomemos para eso, algunos ejemplos clásicos: en el *error in personam*, X mata a Y a quien confunde con Z, quien en verdad era su objetivo y a quien X quería asesinar. Los casos de *aberratio ictus* (o *transferred malice* en la doctrina penal anglosajona) son aquellos en los que X mata a Y, quien recibe el impacto luego de que éste se desviara de su destino original que era el cuerpo de Z, a quien, en verdad, X quería matar. Por último, los supuestos de *dolus generalis*, son los que surgen cuando X dispara contra Z quien, impresionado, cae desplomado víctima de un desmayo.

8. MALAMUD GOTI, J., *Suerte, moralidad y responsabilidad penal*, ob. cit.

9. SVERDLIK, S., "Crime and Moral Luck", en *25 American Philosophical Quarterly*, 1988.

Creyéndolo muerto, X arroja el cuerpo al río más cercano para ocultar su delito. Z no había muerto por el disparo y fallece del golpe en la cabeza que le provocó la caída al río.

Según Sverdlik deberíamos, en todos los casos, condenar a X sólo por el intento de homicidio, dado que siempre *quiso* matar de un disparo a Z, lo que no pudo lograr en ninguno de los tres supuestos. En los primeros dos casos porque el muerto fue Y, y en el tercer caso porque la muerte de Z fue por un acto posterior y cuyo resultado no fue querido por X. Recordemos que X creyó, en este último caso, que estaba en presencia de un cadáver. Siguiendo a Sverdlik llamo a esta tesis la “solución de la tentativa”.

Para Sverdlik aplicar la “solución de la tentativa” sería la única forma de resolver correctamente estos supuestos. Sin embargo, Sverdlik se sorprende cuando confirma que quienes defienden la *tesis de la diferencia* adoptan una solución similar a la que él propone: castigar en todos los casos por el intento de homicidio. Es curioso, señala Sverdlik, que una tesis que castiga más a quien concreta un resultado que a quien lo intenta, coincida en estos casos particulares y defienda la misma solución que propone la *tesis de la equivalencia*. Sverdlik cree que el hecho de que una persona muera en cada uno de los casos, obligaría a tomar una decisión diferente que incluya el castigo por el homicidio consumado dejando de lado la “solución de la tentativa”.

Como señalé antes, Sverdlik sostiene que la única forma plausible de solucionar estos tres casos es apelando a la “solución de la tentativa”. Sin embargo, esta solución sólo podría ser defendida por quien considera que el resultado es irrelevante *siempre*. Esta solución debería ser cuestionada por todos aquellos defensores de la *tesis de la diferencia*. Esto es así, según Sverdlik, porque no es posible castigar a alguien que asesinó a otro *como si sólo lo hubiera intentado*. No es posible, afirma Sverdlik, resolver mediante la “solución de la tentativa” ninguno de estos tres casos siguiendo el criterio del daño concretamente realizado, usualmente utilizado por las normas penales, dado que finalmente *hay* una muerte.<sup>10</sup> En estos casos no hay un daño menor, como en un acto intentado cualquiera, sino uno *igual* a un delito consumado. Su argumento es que los defensores de la *tesis de la diferencia* deberían recurrir a dos soluciones diferentes para poder resolver estos casos: el primero sería sostener que el intento de X de matar a Z es igual a matar a Z, por lo cual la tentativa y el resultado deben equipararse en estos casos. Esto se lograría si seguimos la intuición de justicia corriente que dice que, de todos modos, el resultado ocurrió. La otra alternativa que plantea Sverdlik, es afirmar que lo moralmente relevante en estos casos es la intención con la que actuó X, lo cual también implicaría salirse

10. SVERDLIK, S., ob. cit., p. 80

del razonamiento propuesto por la *tesis de la diferencia*.<sup>11</sup> Seguir cualquiera de los dos supuestos nos lleva a la misma conclusión: de acuerdo con Sverdlik, la única opción plausible para resolver estos casos es adoptar su *tesis de la equivalencia*. No es posible, diría el argumento de Sverdlik, resolver estos problemas si seguimos el criterio establecido en la legislación positiva que sigue los criterios de la *tesis de la diferencia*.

## V. LA CRÍTICA DE MALAMUD GOTI

En un trabajo reciente sobre el problema de la suerte moral, Jaime Malamud Goti señala que la interpretación que ofrece Sverdlik lo fuerza a sostener que el resultado de lo que hacemos no puede modificar nuestros reproches y condenas. Sverdlik cree que es posible, mediante algún tipo de regulación legal, limitar a la suerte moral. Según Malamud Goti, Sverdlik debería contentarse con la solución legal usual en estos casos (tentativa de homicidio) dado que se castiga prescindiendo lo que ocurre en el mundo después de la acción, esto es, siguiendo sus propios criterios de responsabilidad.<sup>12</sup>

En su texto, Malamud Goti cuestiona a Sverdlik utilizando dos argumentos centrales. El primero es que la posición de Sverdlik se debilita por su lealtad a la ley positiva. Según Malamud Goti, sería posible reformar las leyes de modo que éstas prescriban a jueces y jurados imponer las condenas que Sverdlik considere apropiadas. La suerte moral, dice Malamud Goti, no depende de las contingencias propias de las diferentes estrategias y técnicas legislativas sino que es un problema de filosofía moral.<sup>13</sup>

El segundo argumento de Malamud Goti, apunta a cuestionar la interpretación que hace Sverdlik sobre la equiparación de los castigos. Según Malamud Goti, Sverdlik no pretende restar un *minus* de pena a quien por (mala) suerte provoca un resultado para equipararlo a quien sólo lo intentó. Por el contrario, su concepción de igualdad se basa en sumar un *plus* a quien intenta para equipararlo con quien concreta el resultado. En este punto, Malamud Goti afirma que Sverdlik debería aceptar que su discrepancia con la “solución de la tentativa” se basa en que la mejor solución sería sancionar a todos los actos intentados como si realmente se hubieran concretado.

Las críticas de Malamud Goti nos ayudan a pensar alguna forma distinta de entender el problema de la suerte moral. Estoy de acuerdo en que se trata de un

11. SVERDLIK, S., ob. cit., p. 80.

12. MALAMUD GOTI, J., *Suerte, moralidad y responsabilidad penal*, cit., p. 69, nota 5.

13. MALAMUD GOTI, J., *idem*.

problema de filosofía moral y no de interpretación de la ley positiva. Sin embargo, Malamud Goti se escapa rápidamente de una discusión que podría ser planteada por él mismo en otros términos. Me refiero a que es un argumento usual de los defensores de la *tesis de la diferencia* señalar que la intuición moral que indica que concretar algo es peor que sólo intentarlo se refuerza si prestamos atención a la legislación penal de la mayoría de los países del mundo occidental. Sin embargo, apelar sólo a ese dato me parece insuficiente para criticar a la *tesis de la equivalencia*.<sup>14</sup> Creo que es posible criticar a esta tesis siguiendo sus propios presupuestos. Allí también es posible incluir el problema de la suerte moral. Pretendo en lo que sigue cuestionar la posición de Sverdlik tomando en cuenta lo que, creo, una defensa de la *tesis de la equivalencia* debería decir.

## VI. LOS PROBLEMAS DE LA TESIS DE SVERDLIK

Los casos presentados por Sverdlik, recibieron poca atención de parte de comentaristas y teóricos en la doctrina legal contemporánea. Su marginalidad y la escasa probabilidad de que ocurra en el trabajo diario de acusadores, defensores y jueces, hacen que su tratamiento sea más bien superficial y parece sensato que así sea. Sin embargo, es posible discutir largamente siguiendo las intuiciones que se nos presentan al momento de resolver estos casos. Quizá fuera posible destacar alguna discusión respecto del llamado *dolus generalis*.<sup>15</sup> Por esta razón me interesaría aquí, particularmente, concentrarme en los dos casos restantes: *error in personam* y *aberratio ictus*.

El supuesto de hecho que se presenta en los casos de *error in personam* es sencillo: un individuo mata a otro de un disparo luego de confundirlo con un tercero quien, a su vez, era el objetivo del disparo. En los casos de *aberratio ictus*, quien dispara no confunde a la víctima con otro sino que se produce una desviación del curso causal que provoca la muerte de un tercero a quien no quería matar. La solución en estos casos se establece siguiendo la “solución de la tentativa”, tal como señala Malamud Goti. Con algunas variantes, esta también es la opinión dominante en el derecho penal continental.<sup>16</sup>

14. Empero, esta estrategia es corriente en nuestra literatura. Creo que esto se debe a una interpretación demasiado extrema de los trabajos de Carlos Nino. Ver entre otros NINO, C., “Subjectivism and Objectivism in the Criminal Law”, 1992 [conferencia original en inglés]; NINO, C., *Radical Evil on Trial*, New Haven, Yale University Press, 1996.

15. Ver por ejemplo, ROXIN, C. y SANCINETTI, M., *Desviación del curso causal y “dolus generalis”*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2004.

16. Si bien respecto del *aberratio ictus* la discusión es bastante más amplia, por ejemplo en Alemania, en general, los comentaristas y teóricos defienden la “solución de la tentativa” para ambos casos. Entre

Según Sverdlik debemos cuestionar la “solución de la tentativa” en los casos de *error in personam* y *aberratio ictus* porque nuestros juicios morales dirían que es relevante que una persona falleció. Él piensa que sería contra intuitivo castigar sólo por tentativa si, finalmente, una persona murió. A partir de esta intuición, sugiere dos caminos para interpretar las normas que establecen el castigo diferenciado. Por un lado, considera que los actos malos son suficientes para llevarse todo el castigo disponible. Todo lo demás depende de la suerte y no debería jugar a favor de alguien con *mala* voluntad. En este último punto está el segundo camino que sugiere para la actividad interpretativa: la intención del autor. A fin de responsabilizar a alguien Sverdlik nos sugiere situarnos fuera del mundo real y dentro del mundo del autor. Veamos.

La solución que propone Sverdlik, podría reconstruirse a partir de lo que *quiso* hacer el autor, esto es, en los dos casos X *quiso matar a Z*. Pero volvamos nuevamente a los primeros ejemplos para entenderlo mejor. Recordemos que X mata a Y a quien confunde con Z. X *no quiso* matar a Y, sino que *quiso* matar a Z. Si entonces X mató a alguien a quien no quería matar ¿qué razón habría para considerarlo igual de responsable que si lo hubiera hecho? Es importante destacar que, además, su intención era diferente. En el otro caso, X mata a Y, luego de que el disparo se desviara del lugar de impacto planeado, que era el cuerpo de Z. Nuevamente, X quería matar a Z, no a Y.

Si la intención de X en los dos casos fue diferente, dado que siempre quiso matar a quien no mató, la sugerencia de Sverdlik no nos guiaría hacia la solución que nos propone *i.e.* inculpar a X por tentativa de homicidio (o directamente por homicidio dado que Sverdlik propone que ambos castigos deben ser iguales). Por el contrario, si nos situáramos en la posición que plantea Sverdlik, deberíamos decir que X *no debe* ser inculpado. Si la intención de X era sólo matar a Z, el hecho de *no matar a Z* no puede ser reconstruido como su intención. Nuevamente, según este razonamiento, X quería matar a Z, por lo que si el resultado que se concretó es la muerte de otro que no sea Z, esa intención no es confirmada por el resultado y no es útil para reconstruir los deseos e intenciones de X.

Veamos nuevamente el caso del *error in personam* para mostrar más claramente mi argumento. Supongamos que X quiere fervorosamente asesinar al Papa. Para eso, toma en consideración todas las actividades que realiza el Papa durante la semana y organiza su plan para dispararle en una de las caminatas que realiza durante los días miércoles. Sin embargo, al momento de llevar adelante su plan, X

---

otros ver, FRISTER, H., *Strafrecht AT*, 6. Auflage, München, Beck, 2013, 11/55 y ss.; STRATENWERTH, G. y KUHLEN, L., *Strafrecht AT*, 6. Auflage, Köln, Carl Heymanns, 2011, 8/95 y ss. La posición contraria considera lo que se llama el “plan del autor”. Ver ROXIN, C., *Strafrecht AT I*, 4. Auflage, München, Beck, 2006, 12/165 y ss.

se equivoca de persona y dispara contra un cardenal, a quien confunde con el Papa, que también caminaba junto con el grupo de sacerdotes ¿Es relevante ese error?

Complicquemos aún más las cosas y supongamos que el Papa ese día no se encontraba siquiera dentro del grupo de caminantes. Entonces ¿es posible decir que ese error no tiene ninguna relevancia para caracterizar la intención que pretende defender Sverdlik? Más aún, ¿es posible decir que X *quiso* matar al Papa? Si la intención de X era matar al Papa y por error asesinó a un cardenal, la propuesta de Sverdlik debería conducirnos a afirmar la impunidad de la conducta de X. Nuevamente si la intención y la voluntad de X estaban dirigidas a asesinar al Papa esa diferencia debe ser relevante al momento de inculparlo. Si lo único relevante en la tesis subjetivista que defiende Sverdlik es la intención del agente al momento de llevar a cabo una acción, el sujeto sobre quien se dirige una acción determinada (e.g. un intento de homicidio) es una información relevante que debería considerar. No se trata de que X intentó asesinar a una persona cualquiera. Tampoco es igual para X asesinar a una persona cualquiera: X quería asesinar al Papa y no a un cardenal. Esta diferencia es importante para determinar el contenido de la intención de X. Este contenido debería incluir la identificación de una persona determinada. Si esto no fuera así el concepto de intención que utilizan los subjetivistas sería algo demasiado vago para tener la relevancia que Sverdlik le otorga. Si el sujeto sobre el que se dirige una acción no fuera relevante para construir la intención de hacer algo, el fundamento sobre el que descansa el subjetivismo se transforma en algo muy débil. La forma de construir la intención debería contener determinada información para poder distinguir entre *cualquier* intención y *la* intención relevante. Me refiero a que, en este preciso momento podría estar pensando en asesinar a mi peor enemigo. Eso podría ser sólo una intención entre muchas otras, buenas o malas que albergo en mi mente. Lo relevante para autores como Sverdlik deberían ser las intenciones vinculadas a hechos y circunstancias concretas.

Si seguimos el razonamiento que propongo no podríamos, tampoco, unir los dos caminos que propone Sverdlik. Según su propuesta, en cualquier caso, o bien por el modo en que interpretemos la “solución de la tentativa” o bien tomando en cuenta la intención del autor, siempre concluiríamos en que podríamos prescindir de sancionar actos intentados como tales, y considerarlos como actos consumados. Creo que esto no es así de sencillo según lo que acabo de presentar. El primer camino depende, a mi entender, de una decisión acerca de cómo interpretamos la suerte. Me refiero a si creemos que en verdad existe y que es relevante en nuestras vidas o en cambio, como Sverdlik, la ignoramos descartando su existencia. Esta distinción es relevante al momento de tomar una decisión concreta. El segundo, más sencillo, nos llevaría a decir que X no debería ser inculpado. Los caminos a contrario de lo que señala Sverdlik, no se unen, se bifurcan.

Quisiera precisar un poco más esta cuestión. Sverdlik no afirma que X no debería ser inculpado porque no es lo que quiere en definitiva sostener en su planteo

general. Como bien apunta Malamud Goti, Sverdlik pretende afirmar que la suerte no puede beneficiar a quien hizo todo para lograr un resultado que no concretó. Por el contrario, a su juicio, la suerte es irrelevante, y si quiso matar a otro, alcanza para sancionarlo como si lo hubiera hecho. Su punto es, la suerte no puede beneficiar a alguien que debería estar en una peor situación. Sverdlik no pretende mejorar la situación de los que están peor, concretaron un resultado y deben ser inculpados por el delito concreto. Él quiere empeorar a los que están mejor e intentaron cometer un crimen. Esta forma de presentar la tesis de Sverdlik, muestra que en el fondo hay ideales morales que aparecen, y distintas formas de considerar al *mal*. En este punto, es posible señalar que para Sverdlik, es siempre moralmente malo intentar o incluso pensar en dañar a otro, independientemente de lo que ocurra en el mundo real.

Sin embargo, ese *quiso matar a otro*, no alcanza para dejar de lado el argumento de que *X no quería matar a otro*, quería matar a *Z*. Probablemente la única opción que tendría Sverdlik para defender su tesis es sostener que lo relevante siempre, aún dentro de la intención del autor, son las normas positivas concretas. Esto es, la intención del autor encuentra su límite en las normas penales y en el vínculo que establezca con ellas. De este modo, para los normas penales, *Z* e *Y* son iguales, se engloban dentro de los *seres humanos* a quienes se prohíbe matar.<sup>17</sup> Esto, de todos modos, resulta poco persuasivo y demasiado vinculado a elementos normativos contingentes como las leyes positivas vigentes para constituir una tesis moral fuerte. Por otro lado quienes, como Sverdlik, confían en este modo de solucionar la cuestión no sólo atan las prácticas morales de inculpar y castigar a un sistema criminal determinado, sino que creen que es posible dividir la cuestión en circunstancias objetivas (*e.g.* la ley criminal) y circunstancias subjetivas (la intención del agente).

Tal como lo señalé en un comienzo, no me parece que el camino elegido por Sverdlik, y otros sea demasiado atractivo. Sin embargo, alguien que defendiera una posición subjetivista y quisiera sostener la tesis de Sverdlik debería afirmar que, en circunstancias como las que vimos, no habría –siquiera– que inculpar a quien concreta el resultado.

## VII. CONCLUSIÓN

No podemos prescindir de lo que ocurre en el mundo exterior. La influencia de la suerte en todo aquello que hacemos es difícil de negar. Nacemos en lugares que no elegimos, tenemos el carácter que nos toca y aprendemos a lidiar con estas

17. Esta opinión es compartida por autores que defienden una posición similar como Diethart ZIELINSKI; ver *Kommentar zum Strafgesetzbuch Reihe Alternativkommentare*, t.1, §§ 1-21 AK-StGB- ZIELINSKI, §§15, 16, Neuwied, Hermmann Luchterhand Verlag, 1990, p. 493.

circunstancias desde que somos pequeños. Intentar limitar o controlar la suerte nos lleva a realizar una serie de esfuerzos –casi siempre– infructuosos.

Quienes piensan que los resultados de lo que hacemos deben ser irrelevantes para nuestros juicios morales deben reflexionar sobre lo que es relevante para responsabilizar a otro. Si lo que ocurre en el mundo real no importa, lo que ocurre en la mente del agente debe tener ciertas precisiones que permitan comprender mejor a teorías como las que defienden los filósofos y teóricos subjetivistas. Seguiremos discutiendo sobre la relevancia de las consecuencias en la vida que llevamos adelante. Filósofos como John Rawls creen que las teorías éticas que nos llaman atención tienen en cuenta a las consecuencias para juzgar lo que es correcto. Una teoría que no hiciera esto sería, simplemente, irracional.<sup>18</sup> Podemos coincidir con Rawls o con aquello que establece nuestro Código Penal: los resultados cuentan. Lo que no podemos hacer es dejar de prestar atención y discutir teorías que defiendan lo contrario a lo que nosotros creemos correcto. Para poder defender aquello que creemos, lo primero que debemos hacer es tomarnos en serio a quienes piensan que estamos equivocados.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXANDER, LARRY y FERZAN, Kimberly, *Crime and Culpability, A Theory of Criminal Law*, New York, Cambridge, 2009.
- , “Results don’t matter”, en *Criminal Law Conversations* (Robinson, Garvey & Kessler eds.), Oxford, Oxford University Press, 2010.
- ASHWORTH, Andrew, “Belief, Intent, and Criminal Liability”, en *Oxford Essays in Jurisprudence. Third Series 1* (Eekelaar & Bell eds.), Oxford, Clarendon Press, 1987.
- , “Taking the consequences”, en *Action and Value in Criminal Law* (Stephen Shute, John Gardner & Jeremy Horder, eds.), Oxford, Clarendon Press, 1993.
- , “The Criminal Law’s Ambivalence about Outcomes”, en *Crime, Punishment and Responsibility, The Jurisprudence of Antony Duff* (Cruft, Kramer & Reiff eds.), Oxford, Oxford University Press, 2011.
- BEADE, GUSTAVO A., “Reseña de “Suerte, moralidad y responsabilidad penal” de Jaime Malamud Goti”, en *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, n° 1, año 1, Buenos Aires, mayo de 2013.
- DUFF, R. Antony, “Acting, Trying, and Criminal Liability”, en *Action and Value in Criminal Law* (Stephen Shute, John Gardner & Jeremy Horder, eds.), Oxford, Clarendon Press, 1993.

18. RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., Belknap Press, 1971, p. 30.

- , “Subjectivism objectivism and the role of theory”, en *Harm and Culpability* (Simester/Smith eds.), Oxford Clarendon Press, 1996.
- , *Criminal Attempts*, Oxford, Clarendon Press, 1996.
- FEINBERG, Joel, “Criminal Attempts: Equal Punishment for Failed Attempts”, en *Problems at the Roots of Law*, Oxford, Oxford University, 2003.
- FERRANTE, Marcelo, *Filosofía y Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013.
- FRISTER, Helmut, *Strafrecht AT*, 6. Auflage, München, Beck, 2013.
- HURD, Heidi (ed.), “Special Issue Symposium on *Crime and Culpability*”, en *Law and Philosophy* Volume 29 Number 4, July 2010.
- MALAMUD GOTI, Jaime, “Lo que nos puede tocar en suerte: reflexiones sobre responsabilidad y subjetivismo”, en *Nueva Doctrina Penal 2004/A*.
- , *Suerte, moralidad y responsabilidad penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008.
- NINO, Carlos, “Subjectivism and Objectivism in the Criminal Law”, 1992.
- , *Radical Evil on Trial*, New Haven, Yale University Press, 1996.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., Belknap Press, 1971.
- ROXIN, Claus y SANCINETTI, Marcelo, *Desviación del curso causal y “dolus generallis”*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2004.
- ROXIN, Claus, *Strafrecht AT I*, 4. Auflage, München, Beck, 2006.
- SANCINETTI, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991.
- SCHLEIDER, Tobías, *Acción y resultado*, Buenos Aires, Didot, 2011.
- STATMAN, Daniel, (ed.), *Moral Luck*, Albany, State University of New York Press, 1993.
- STRATENWERTH, G. y KUHLEN, L., *Strafrecht AT*, 6. Auflage, Köln, Carl Heymman, 2011.
- SVERDLIK, Steven, “Crime and Moral Luck”, en *25 American Philosophical Quarterly*, 1988.
- TADROS, Victor, “Obligations and Outcomes”, en *Crime, Punishment and Responsibility. The Jurisprudence of Antony Duff* (Cruft, Kramer & Reiff eds.), Oxford, Oxford University Press, 2011.
- WILLIAMS, Bernard, *Moral Luck*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981.
- ZIELINSKI, Diethart, *Kommentar zum Strafgesetzbuch Reihe Alternativkommentare*, Neuwied, Hermmann Luchterhand Verlag, 1990.



## COLISIÓN DE DERECHOS EN TORNO AL *FRACKING*. EL CONFLICTO "VACA MUERTA" DESDE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL\*

GABRIEL CAUTERUCCI\*\*

**Resumen:** Un conflicto normativo ocurre cuando dentro de un mismo sistema jurídico existen dos o más normas que ante los mismos presupuestos fácticos establecen consecuencias jurídicas incompatibles entre sí. Imaginemos la dimensión que tendrá el conflicto si los intereses en juego son el derecho a la vida, a un ambiente sano o a la libertad de empresa. Agreguemos ahora que ese conflicto gira en torno a la *explotación de gas y petróleo no convencional* y tendremos un panorama general del tema que motiva estas líneas. Y es que la explotación de ese recurso ha sido noticia reciente a raíz de la decisión de explotar una gran reserva ubicada en la provincia de Neuquén denominada "Vaca Muerta", a 8 km. de la cual se encuentra una comunidad mapuche severamente afectada por la actividad petrolera y tristemente célebre a raíz de la brutal represión policial sufrida ante las puertas de la Legislatura provincial en ocasión del acuerdo Neuquén-YPF.<sup>1</sup> El presente trabajo busca desentrañar la solución de ese conflicto *desde* la Constitución Nacional.<sup>2</sup>

**Palabras clave:** ypf – hidrocarburos – *fracking* – constitución nacional – vaca muerta.

**Summary:** A normative conflict occurs when in one same legal system there are two or more rules that facing the same factual situation establish incompatible juridical consequences. Imagine the dimension that would have the conflict if the interests in dispute are the right to life, the right to a healthy environment or the right to free enterprise. Now add that the conflict is related to the shale gas and shale oil exploitation and there we have an overview of the topic that motivates

\* Recepción del original: 06/09/2014. Aceptación: 03/11/2014.

\*\* Abogado (UBA, 2014). Ayudante de cátedra de la comisión 1131 del Práctico Profesional de la Facultad de Derecho.

1. Documento filmico disponible en: [[http://www.youtube.com/watch?v=PIYy\\_6wTGt8&app=desktop1](http://www.youtube.com/watch?v=PIYy_6wTGt8&app=desktop1)].

2. El análisis del conflicto normativo que se realiza a continuación se hará no desde una interpretación lógico-racional sino desde una perspectiva sociológico-jurídica. Para un análisis lógico-racional véase PUIGARNAU MANS, J. M., *Lógica para juristas*, Barcelona, Casa Editorial Bosch S.A., 1978; ALEXIS, R., *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa Editorial, 1997; MENDONÇA, D., *Introducción al análisis normativo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, entre muchos otros.

these lines. The exploitation of that resource has been in the latest news because of the decision of exploiting a big reserve located in Neuquén, called "Vaca Muerta", where 8 km. away from it lives a "mapuche" community, which has been extremely affected by the oil activity and sadly famous because of police brutality suffered in the doors of the provincial legislative assembly during the debate on the agreement Neuquén-YPF. This work tries to find a solution to this conflict from a *constitutional perspective*.

**Keywords:** ypf – hydrocarbon – fracking – national constitution – vaca muerta.

## I. LOS YACIMIENTOS DE HIDROCARBUROS

Existen dos tipos de yacimientos: los **convencionales** y los **no convencionales**.

Los yacimientos de gas y petróleo **convencional** suelen encontrarse en formaciones de roca sedimentaria.<sup>3</sup> Al ser rocas porosas y permeables cuando se accede a ellos mediante la perforación en un punto (aplicando una técnica de control de la presión interna) se logra canalizar el hidrocarburo hacia el pozo de explotación para así extraerlo.

Para que dicho proceso pueda ser llevado a cabo, estos yacimientos deben tener una roca sello no permeable (por ejemplo: salina), que evite la filtración natural hacia la superficie.<sup>4</sup>

Pero en el caso de los yacimientos **no convencionales** la situación es distinta. El hidrocarburo no se encuentra en estado *líquido* dentro del yacimiento sino que

3. Los vientos, aguas y otros agentes atmosféricos están constantemente moviendo y esparciendo fragmentos de rocas pre-existentes, denominados sedimentos, los cuales más tarde se compactan y cementan formando rocas sedimentarias. Se calcula que tres cuartas partes del área terrestre está formada por este tipo de rocas. Las principales rocas sedimentarias son: arenas, areniscas, calizas y dolomitas. (Cf. GUILLEMOT, J., *Geología del petróleo*, Madrid, Ediciones Paraninfo, 1982, p. 145. Véase también: BELOUSOV, V., *Geología Estructural*, Moscú, Editorial Mir, 1974, p. 11).

4. La presencia de esta roca es indispensable para la formación del yacimiento convencional. En un yacimiento convencional la roca generadora o la presión expulsan el hidrocarburo generado hacia una zona de menor presión donde queda acumulado. Esta roca se llama reservorio. La expulsión se produce a lo largo de millones de años y a medida que se va produciendo el hidrocarburo en la roca madre. Muchas veces sucede que la expulsión de la roca madre es hacia la arena que está inmediatamente abajo, transformándose la roca madre también en roca sello. Cf. TAILLANT, J. D., *et. al.*, *Fracking Argentina, Informe Técnico y Legal sobre la Fracturación Hidráulica en Argentina*, consultado en: [<http://wp.cedha.net/wp-content/uploads/2013/10/Fracking-Report-CEDHA-final-24-oct-2013-SPANISH.pdf>] el 28/08/2014, p. 12 y ss.

se trata de *rocas metamórficas*<sup>5</sup> modificadas por la acción del calor y la presión que forman *láminas*.<sup>6</sup>

En este caso el gas natural o petróleo se encuentra alojado en poros muy pequeños, en esas rocas con alta concentración de materia orgánica depositada y descompuesta durante millones de años.

Y como es baja su permeabilidad y no son porosas, su extracción supone un verdadero desafío desde el punto de vista tecnológico.

## II. ¿QUÉ ES EL *FRACKING*?

La técnica de fractura hidráulica (*hydrofracking* o *fracking*) es un proceso mediante el cual se logra extraer gas natural y petróleo **no convencional**. Es el método más rentable para su explotación.<sup>7</sup>

Funciona de la siguiente manera:

Se realiza una perforación vertical (similar a la que se utiliza para la extracción de reservas convencionales), luego se realizan varias perforaciones horizontales que penetran entre las láminas que contienen recursos no convencionales. Hecho esto se perforan los caños instalados mediante explosiones controladas a los fines de comunicar el pozo principal con la roca generadora, fracturándola. Luego se inyectan gigantescas cantidades de agua a alta presión (para mantener la presión hidrostática del fondo) y arena (para evitar que las fracturas vuelvan a cerrarse). Pero como el hidrocarburo no convencional se encuentra aún sujeto a la lámina, es

5. Estas rocas son originariamente ígneas (rocas que resultan del enfriamiento y solidificación de una masa líquida denominada magma y que se encuentra en las profundidades de la Tierra) o sedimentarias cuyas características físicas son transformadas notablemente por acción de la temperatura y la presión. El metamorfismo se puede definir como la respuesta de una roca a nuevas condiciones físicas y/o químicas de la corteza terrestre, condicionadas por presiones y temperaturas no ambientales (Cf. GONZÁLES, S. R., *et. al.*, *Geología del Petróleo*, La Habana, Centro Politécnico del Petróleo, 2007, p. 45).

6. Son capas laminadas de sedimentos muy finos de baja permeabilidad saturados de gas natural y/o petróleo. Los reservorios no convencionales de gas incluyen gas de pelitas –*shale gas/oil*–, gas compacto –*tight gas*–, metano de carbon –*coal bed methane*– y los hidratos de gas. Cf. TAILLANT, J. D., *ob. cit.*, p. 12 y ss.

7. La rentabilidad de la extracción de petróleo y gas se mide por la **Tasa de Retorno Energético** (TRE) tiene que ser superior a 10 para que la extracción resulte rentable. En el caso, por ejemplo, del kerógeno (uno de los hidrocarburos *no convencionales* más conocidos) su TRE es de entre 2 y 4, motivo por el cual no atrae a los inversionistas. Véase al respecto: TURIÉL, A. M., *Fracking: rentabilidad energética, económica y ecológica*, consultado en [crashoil.blogspot.com.ar/2013/02/fracking-rentabilidad-energetica.html] el 30/08/2014.

necesario inyectar un coctel químico que favorece su liberación para poder extraerlo hacia la superficie.<sup>8</sup>

Esta técnica permite explotar a través de un solo pozo vertical una mayor cantidad de metros cuadrados del yacimiento. Así un solo pozo perforado verticalmente y luego continuado de manera horizontal permite acceder a lo que de manera vertical implicaría 16 plataformas de perforación.<sup>9</sup>

### III. VACA MUERTA

Vaca Muerta es una de las tres rocas madre<sup>10</sup> de la Cuenca Neuquina (Vaca Muerta-Molles-Agrío).

La Cuenca Neuquina es una extensa región petrolera (30.000 km.<sup>2</sup> aproximadamente) que abarca la Provincia de Neuquén, el sector occidental de La Pampa y Río Negro y una porción meridional de la Provincia de Mendoza, hasta los 34 grados de latitud sur.<sup>11</sup>

8. Cf. TAILLANT, J. D., ob. cit., p. 16.

9. La investigación y exploración de yacimientos no convencionales se remonta a la década del 70. Más exactamente a octubre de 1973 cuando la **OAPEC** (*Organization of Arab Petroleum Exporting Countries*) decidió no exportar petróleo a los países que habían apoyado a Israel en el conflicto árabe-israelí, entre ellos EE.UU. Para cuando dicha medida fue dejada sin efecto el precio del barril (marzo de 1974) se había cuadruplicado. El progresivo estancamiento de la economía norteamericana (que ya había dejado en 1971 el patrón oro, por iniciativa del entonces presidente Nixon) no pudo absorber el impacto de esta decisión, que provocó la devaluación del dólar. Las consecuencias observadas generaron alarma e inquietud. EE.UU. comprendió entonces que la independencia energética era clave para seguir aplicando sus preferencias en la política internacional. En 1977, el entonces presidente Jimmy Carter dio un discurso donde menciona la National Energy Policy. Enunció los diez principios fundamentales en los cuales se basaría la política energética. Dijo: "*The tenth principle is that we must start now to develop the new, unconventional sources of energy we will rely on in the next century*". Fue ésa la primera vez que se mencionó públicamente a los yacimientos no convencionales. Un año después se sancionaba la National Energy Act (1978) que incluía cinco leyes: The National Energy Conservation Policy Act (P.L. 95-619), The Powerplant and Industrial Fuel Use Act (P.L. 95-620), The Public Utility Regulatory Policy Act (P.L. 95-617), The Natural Gas Policy Act (P.L. 95-621) y la Energy Tax Act (P.L. 95-618). Todas con el propósito de reducir las importaciones de petróleo y promover un uso más eficiente de la energía. La transcripción del discurso completo se encuentra disponible en: [[http://alternativeenergy.procon.org/sourcefiles/Carter's\\_Speech.pdf](http://alternativeenergy.procon.org/sourcefiles/Carter's_Speech.pdf)], consultado el 30/08/2014.

10. Por roca madre entendemos una unidad sedimentaria que ha generado y expulsado suficiente petróleo o gas como para que sea acumulable y explotable de forma económicamente rentable. Cf. GONZÁLES, S. R., *et. al.*, ob. cit., p. 22.

11. Véase la descripción que realiza el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios en [<http://energia3.mecon.gov.ar/contenidos/verpagina.php?idpagina=812>] y PÉREZ ROIG, D., *Hidrocarburos no convencionales en Argentina*, consultado en [<http://opsur.wordpress.com/2011/11/17/hidrocarburos-no-convencionales-en-argentina/>] el 30/08/2014.



En rigor, fue en 1930 que el yacimiento recibió su nombre a raíz de una serie de trabajos geológicos realizados por el norteamericano Charles Edwing Weaver (contratado por la Standard Oil de California, hoy Chevron) para su investigación luego publicada como "Paleontology of the Jurassic and Cretaceous of Westcentral Argentina".<sup>12</sup>

Desde las primeras exploraciones se supo el alto nivel de contenido de hidrocarburos en la profundidad del yacimiento a partir de la gran cantidad de materia orgánica que era posible observar en su superficie.

Tampoco es nueva la explotación de la región. Durante años Vaca Muerta ha sido explotada de manera convencional. De hecho, Loma La Lata (yacimiento convencional maduro ubicado en el centro de la Cuenca Neuquina)<sup>13</sup> fue durante años el mayor productor de gas natural de nuestro país, alcanzando su pico productivo en julio de 2003.<sup>14</sup>

El problema era la imposibilidad de extraer los hidrocarburos *no convencionales* existentes en el yacimiento.<sup>15</sup>

Fue en 2011 que se anunciaron los estudios que demostrarían la posibilidad de extraerlo mediante la aplicación de la técnica del *fracking*.<sup>16</sup>

#### IV. AÑELO Y LA COMUNIDAD MAPUCHE

La localidad de Añelo se encuentra a 102 km. al norte de la capital neuquina y a 8 km. del yacimiento "Vaca Muerta".

12. WEAVER, C. E., "Paleontology of the Jurassic and Cretaceous of West central Argentina", en *American Journal of Science*, vol. 1, Memoirs n° 22 (128), Washington, University of Washington, 1931, pp. 169-172.

13. Sobre la historia del yacimiento, véase HECHEM, J. J., "Breve Historia sobre el Descubrimiento Loma La Lata", en *Petrotecnia Revista de Divulgación de Instituto Argentino del Petróleo y del Gas*, n° 2/10, Buenos Aires, Instituto Argentino del Petróleo y del Gas, 2010, p. 10, disponible en versión digital en: [<http://www.petrotecnia.com.ar/abril10/Sin/Breve.pdf>], consultado el 30/08/2014.

14. Véase al respecto el siguiente informe realizado por YPF en Noviembre de 2011: [<http://www.iapg.org.ar/sectores/eventos/eventos/listados/presentacionesjornadas/007.pdf>], p. 5.

15. En rigor, no se trató de un descubrimiento sino que se pasó de estimaciones de "reservas posibles" a "reservas probadas".

16. Así lo reflejaron algunos de los principales diarios: [<http://www.pagina12.com.ar/diario/economia/2-167946-2011-05-11.html>]; [<http://www.enernews.com/nota/235245/antecedentes-que-es-vaca-muerta>] y [<http://www.lanacion.com.ar/1421209-ypf-descubrio-en-neuquen-uno-de-los-yacimiento-mas-grandes-del-mundo>].



Típico pueblo pequeño del interior profundo de nuestra Patria,<sup>17</sup> ostenta la curiosidad de haber sido un bastión de la campaña roquista al desierto.

Hoy habitan la zona y sus alrededores varias comunidades mapuches (Paynemil, Kaxipayin, entre otras) que han sobrevivido a las inclemencias del tiempo, la rudeza de la tierra y el continuo desdén de los gobiernos.

Hacia 2010 habitaban la localidad alrededor de 2500 habitantes.<sup>18</sup> Carece de hospital y un único móvil de policía se encarga de interrumpir el silencio de las tardes.

Luego del anuncio sobre la explotación de Vaca Muerta la población aumentó a más de 5000 habitantes, en su mayoría trabajadores provenientes de otras regiones con la esperanza de encontrar una ocupación en la explotación petrolera.

Las comunidades mapuches que habitan la zona (desde antes incluso de la constitución del Estado provincial neuquino) han denunciado contaminación de las aguas, contaminación sonora, contaminación de las tierras que cultivan y varios casos de muerte por cáncer atribuidos a las consecuencias de la actividad petrolera de la zona.<sup>19</sup>

## V. EL MEDIO AMBIENTE

Ocurre que la técnica del *fracking* implica grandes riesgos y daños ambientales que además se prolongarán en el tiempo durante muchos años afectando a varias generaciones (externalidad). De ahí que requiera de un cuidado especial y una fuerte regulación que, en el caso argentino, si bien existe en términos generales (no específicamente para el *fracking* pero sí en relación al medio ambiente, agua, etc.) *es la aplicación y el cumplimiento de la misma lo que genera serias dudas*.

Afecta los recursos naturales empleados por la actividad (agua),<sup>20</sup> impacta sobre otros recursos (tierra, napas subterráneas, flora y fauna); contamina el ambiente por el inevitable escape de gas metano, que genera en la atmósfera ozono

17. Puede observarse el tamaño de la ciudad en la vista satelital que ofrece Google Maps en: [<https://maps.google.com.ar/maps/ms?t=h&vpsrc=6&ie=UTF8&oe=UTF8&msa=0&msid=215951621997340955375.0004b6c8b9963780cc4c2&dg=feature>], consultado el 30/08/2014.

18. Conforme el último censo realizado (INDEC, 2010).

19. La contaminación de las napas ha sido atribuida a la explotación *convencional* de petróleo y al escaso o nulo mantenimiento de los pozos. Sin embargo, el daño ya generado por la actividad petrolera convencional hace entendible la resistencia por parte de estas comunidades a aceptar sin más la explotación no convencional.

20. En promedio, cada pozo de *fracking* consume unos 11.400.000 de litros de agua entre perforación y extracción. Lo que equivale al consumo de 11.000 familias tipo (4 integrantes) en un día. Cf. TAILLANT, J. D., ob. cit., p. 30.

troposférico (nocivo para la salud humana); genera sismos de hasta 4° en la escala de Richter;<sup>21</sup> libera minerales radioactivos y otros metales pesados contaminantes (mercurio). Esto sin mencionar el impacto sonoro, el enorme nivel de tránsito de camiones y maquinaria y los residuos que no son tratados convenientemente.<sup>22 23</sup>

Además en un informe, publicado por la prestigiosa Sociedad Médica de Massachusetts, se concluyó: “que más del 75% de los productos químicos utilizados pueden afectar la piel, ojos y otros órganos sensoriales, el sistema respiratorio, el gastrointestinal y el hígado. Más de la mitad muestran algún efecto sobre el cerebro y el sistema nervioso. Más del 25% pueden producir cáncer y mutaciones”.<sup>24</sup>

No es extraño entonces que haya sido prohibido en varios países o bien sometido a moratoria hasta tanto se logre determinar el grado de impacto ambiental en forma concreta.<sup>25</sup>

## VI. EL ART. 41 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Al respecto, el artículo 41 de la **Constitución Nacional** (en adelante, CN) reconoce el derecho de *todos los habitantes* a un ambiente sano, apto para el desarrollo

21. KIM, W. Y., “Induced seismicity associated with fluid injection into a deep well in Youngstown, Ohio”, en *Journal of Geophysical Research: Solid Earth*, vol. 118, Malden, 2013, pp. 1-13. Véase además: GIBBS, J. F., *et. al.*, “Seismicity in the Rangely, Colorado, area: 1962–1970”, en *Bulletin of the Seismological Society of America*, n° 63, California, 1973, p. 3509.

22. Cf. TAILLANT, J. D., *ob. cit.*, p. 29. Véase además BACCHETTA, V. L., “Geopolítica del fracking. Impactos y riesgos ambientales”, en DETSCH, C. (dir.), *Revista Nueva Sociedad, ¿Emancipación o dependencia? Los recursos naturales en América Latina*, n° 244, Buenos Aires, 2013, p. 61.

23. Curiosamente, el tercer principio fundamental enunciado por el ex presidente Carter en su discurso es el cuidado del medio ambiente: “*The third principle is that we must protect the environment. Our energy problems have the same cause as our environmental problems – wasteful use of resources. Conservation helps us solve both at once*”.

24. American Medical Association, Res. 2 (A-12), consultado en [<http://farwatershed.files.wordpress.com/2012/09/american-medical-association-fracking-resolution.pdf>] el 30/08/2014.

25. Entre ellos, Francia, prohibida desde octubre de 2011; Bulgaria, prohibida desde enero de 2012; Alemania, moratoria emitida en noviembre de 2011 en Renania del Norte y otros estados de Alemania con el fin de suspender todas las peticiones para la producción de gas no convencional; Australia, moratoria desde 2012. En Canadá (British Columbia, Nova Scotia, Quebec), EE.UU. (Vermont, New Jersey; Pittsburg, New York, Syracuse, Woodstock, Rochester y la ciudad de Buffalo), Reino Unido, República Sudafricana, República Checa, España, Suiza, Austria, Italia (en la ciudad de Bomba) e Irlanda se han adoptado posiciones en contra de esta técnica yendo desde la moratoria hasta la prohibición de la misma. Cf. BACCHETTA, V., *ob. cit.* p. 70. El listado completo puede consultarse en [<http://keptapwatersafe.org/global-bans-on-fracking/>] y [<http://www.atiloboron.com.ar/search/?q=fracking>], consultados el 30/08/2014.

humano. Y señala especialmente que no deben comprometer las necesidades de las generaciones futuras.

La explotación de petróleo no convencional (así como el convencional) incide negativamente en las comunidades siendo una amenaza para el normal desarrollo de las actividades socio-económicas tradicionalmente ligadas al uso de la tierra y del agua como la ganadería, la agricultura, etc.

En un fallo de 2005, el Juzgado Civil N° 4 de Neuquén realizó la siguiente transcripción de las ideas del jurista italiano Mauro Capelletti, en relación a este derecho. Sostuvo el magistrado en el considerando segundo:

Corresponde transcribir conceptos que vertía Capelletti hace décadas tales como: Nuestra época lleva preponderantemente a la escena nuevos 'intereses difusos' nuevos derechos y deberes, que sin ser públicos en el sentido tradicional de la palabra, sin embargo son 'colectivos', nadie es titular de ellos, al mismo tiempo que todos, o a todos los miembros de un determinado grupo, clase o categoría son sus titulares. ¿A quién pertenece el aire que respiro? El antiguo ideal de la iniciativa privada monopolísticamente centralizada en las manos del único sujeto al que el derecho subjetivo 'pertenece', se demuestra impotente frente a derechos que pertenecen al mismo tiempo a todos y a ninguno.<sup>26</sup>

Al respecto, debe destacarse que cuando el artículo 41 CN se refiere al derecho a un ambiente sano pone tal derecho en cabeza de "*todos los habitantes*". Va de suyo que en ese conjunto están incluidos los pueblos originarios cuya preexistencia étnica y cultural reconoce el artículo 75 inc. 17 CN. Nótese además que el mismo artículo ordena "asegurar su participación en la gestión referida a los recursos naturales y a los demás intereses que los afecten".

Y es que no debe pasarse por alto que el artículo 75 inc. 19 CN enumera entre las obligaciones del Congreso legislar para proveer el "crecimiento armónico de la nación". Armonía que se verá destruida si en pos del crecimiento de unos se destruye la forma de vida de otros.<sup>27</sup>

## VII. RAZONES QUE JUSTIFICAN EL *FRACKING*

26. "Y.P.F. S.A. c/ Agrupación Mapuche Paynemil y otros s/ daños y perjuicios", (expte. 269050/1) del 4 de octubre de 2005.

27. En 1992 la Secretaría de Energía (Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos) emitió la Resolución N° 105 donde se establecen detalladamente las normas y procedimientos que deben seguirse a los fines de proteger el medio ambiente durante la etapa de exploración y explotación de hidrocarburos. Entre ellos, la realización de un Estudio Ambiental Previo.

1°.- Argentina no cuenta hoy con una matriz energética que satisfaga las crecientes necesidades de consumo de sus habitantes. Hoy el país es importador a diferencia de 1982, por ejemplo, cuando Argentina era exportadora de petróleo.

Pero el abastecimiento podría alcanzarse modificando la matriz energética hacia la energía hidráulica, eólica y otras fuentes de energía. Además, como la cantidad de reservas de petróleo y gas mundiales se están agotando,<sup>28</sup> tal pasaje deberá realizarse tarde o temprano. Lo conveniente sería un pasaje provisorio hacia una producción mixta como paso previo hacia el cambio definitivo. Y es que la verdadera dicotomía hoy es: cambio paulatino (empezando antes de que se acaben los recursos existentes) o cambio abrupto (una vez que se agoten las reservas mundiales). El tema es extenso como para tratarlo debidamente en pocas líneas. Lo cierto es que el problema de la producción de energía para el funcionamiento de las sociedades contemporáneas lejos está de resolverse sin cambiar la matriz energética.<sup>29</sup>

2°.- Es una actividad creadora de fuentes de trabajo

Pero debe tenerse en cuenta que esta fuente de trabajo no es de carácter permanente debido a que un pozo de gas no convencional típico produce durante el primer año el 80% de todo el gas de su vida útil.<sup>30</sup> Además no hay disposición alguna dentro de la batería de leyes y decretos sobre el tema que fomente la contratación de mano de obra local ni prioritaria ni exclusivamente.

3°.- Generaría grandes ingresos para el Estado

Pero esa ganancia podría bien obtenerse con la venta del crudo tradicional. Es llamativo que la productividad de estos pozos no convencionales sea muy baja. Producen 200 veces menos que lo que produce un pozo convencional. Pero además la producción decae muy rápidamente. Al producir el 80% del total durante el primer año, obliga a la

28. TURIÉL, A. M., *El ocaso del petróleo*, consultado en [<http://crashoil.blogspot.com.ar/2012/11/el-ocaso-del-petroleo.html>] el 30/08/2014.

29. El país que más esfuerzos está realizando en este sentido es Alemania. Luego del impacto que provocó en dicho país el desastre ocurrido en Fukuyima (2011), las autoridades alemanas decidieron iniciar la conversión hacia las energías renovables (Energiewende). “*Para 2015 Alemania busca producir entre el 40% y el 45% de su electricidad de fuentes renovables y subir a por lo menos 80% para 2050*”. “Germany’s expensive Gamble on Renewable Energy”. Nota realizada por KARNITSCHNIG, M. para *The Wall Street Journal*, del 26/08/2014).

30. Cf. TAILLANT, J. D., ob. cit, p. 10 y TURIÉL, A. M., ob. cit., nota 6.

búsqueda y perforación constante de nuevos yacimientos en una carrera desenfundada.<sup>31</sup>

*Pero además no debe pasarse por alto que el gas natural es un servicio público<sup>32</sup> (Ley 24.076) y como tal cumple una función primordial en cuanto a intereses públicos que pudiera satisfacer, sobre todo para los sectores más postergados.*

## VIII. EL CASO: YPF-CHEVRON VS. LA COMUNIDAD MAPUCHE<sup>33</sup>

Esquematicemos la situación:

### VIII.A. Los hechos

A.- Por un lado tenemos a una empresa privada transnacional como Chevron que tiene autorización estatal para explotar los recursos no convencionales de la región. Detrás de esa autorización, se juegan intereses económicos muy fuertes para el Estado Argentino, como vimos en el apartado anterior (autoabastecimiento, etc.).

Además debe tenerse en cuenta, como se señaló precedentemente, que lo producido ingresa en la sociedad con *forma de servicio público* (gas natural) cuya función tiene mayor importancia al satisfacer las necesidades de aquellos que no pueden acceder al mercado a satisfacerlas, con lo que la ecuación se complica de manera hiperbólica.<sup>34</sup>

31. *Ibidem*.

32. La noción de servicio público es una de las nociones más discutidas en Derecho Público (Véase al respecto, VILLEGAS BASAVILBASO, B., *Derecho Administrativo*, Madrid, TEA, 1952, p. 3. Básicamente cuando nos referimos a los servicios públicos estamos hablando de la parte de la actividad administrativa destinada a satisfacer las necesidades de interés general. A los fines del presente trabajo son los caracteres del servicio público los que nos interesan. Y si bien en este aspecto también hay ciertas diferencias doctrinarias seguimos a Cassagne quien enumera como principios a la *continuidad*, la *regularidad*, la *obligatoriedad* y la *igualdad*. (Cf. CASSAGNE, J. C., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002, p. 307).

33. Analizaremos el caso de "Vaca Muerta", pero el análisis es extensible a otros como el de la deforestación de los bosques del norte argentino o la explotación minera a cielo abierto en, por ejemplo, Fiambalá (provincia de Catamarca).

34. Conforme art. 6° del Decreto 929/2013, solo el 20% de la explotación y a partir del quinto año, podrá comercializarse en el mercado internacional, con la salvedad de que ese porcentaje se reducirá al 0% si no se alcanzase el autoabastecimiento interno, en cuyo caso el explotador será acreedor del precio del mismo (art. 7).

B.- Del otro lado, hay una comunidad mapuche profundamente afectada por la explotación convencional de los yacimientos de la zona (incluyendo personas muertas por cáncer atribuido a la contaminación del agua) y la protección del medio ambiente (ya que la técnica utilizada es probadamente dañina).

De entrada tenemos que descartar que la comunidad mapuche pueda ser trasladada a otro sitio por el vínculo que estas comunidades tienen con la tierra (reconocido también por **75 inc. 17 CN** "*propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan*").

Del entramado constitucional surgen derechos afectados para ambas partes cuya colisión debe ponderarse para arribar a la solución correcta *desde el punto de vista constitucional*.

### VIII.B. Las normas y principios constitucionales en juego

Antes de pasar a analizar el texto constitucional, quisiera hacer propias las siguientes palabras del profesor José Saïd: "Parto de una idea que puede parecer una verdad de Pero Grullo: debemos tomar con seriedad la Constitución Nacional. En cuanto aquí interesa, creer, con lealtad, que la promesa de igualdad formulada desde su Preámbulo –y en los artículos 16 y 75 incisos 22 y 23– **es seria**. Promesa que se puede traducir, en sencillas palabras, en el compromiso del Estado Argentino en que todos vamos a ser tratados como personas igualmente dignas".<sup>35</sup>

Dicho esto, lo primero que debe tenerse en cuenta es que el **Preámbulo** de la CN marca el rumbo a seguir: "promover el bienestar general", "afianzar la justicia" y "asegurar los beneficios de la libertad". Estos principios resultan aplicables a ambas partes. El empresario privado también tiene derecho a formar parte de ese bienestar general y a que se aseguren los beneficios de la libertad, por ejemplo de explotar el yacimiento conforme fuera acordado con el Estado argentino.

Luego se ven involucrados los siguientes artículos:

- 14: "trabajar y ejercer toda industria lícita", el *fracking* no es considerado ilícito en Argentina.
- 16: "Todos los habitantes son iguales ante la ley", esta igualdad incluye al pueblo mapuche. Si todos somos iguales ante la ley, se desprende de ello que a la hora de legislar no puede beneficiarse a unos por sobre otros. Es claro que esta igualdad no puede operar sólo ante los estrados judiciales.
- 41: "ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano".

35. SAID, J. L., "Responsabilidad del Estado y Justicia Distributiva", en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* (RAP), vol. XXXI, n° 370, Buenos Aires, 2009, p. 47 (negrita agregada).

- 42: “calidad y eficiencia de los servicios públicos”.
- 43: acción de amparo “en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente”.
- 75 inc. 5: “disponer el uso y enajenación de las tierras de propiedad nacional”, específicamente respecto de la utilización de *fracking* en la zona periglaciaria.
- inc. 17: reconocimiento de los pueblos originarios y su derecho de consulta “en lo relativo a recursos naturales y a los demás intereses que los afecten”.
- inc. 18: “proveer lo conducente a la prosperidad del país”, “introducción y establecimiento de nuevas industrias”. Argumento de peso a favor de la explotación del yacimiento a la hora de pensar en las consecuencias económicas. Las ganancias proyectadas y la posibilidad de lograr el autoabastecimiento, generarían un gran impulso para la prosperidad del país.
- inc. 19: “progreso económico con justicia social”, “crecimiento armónico de la nación”.<sup>36</sup> Aquí está, a mi entender, la clave de bóveda.
- inc. 22: la CADH en su artículo 1° establece la obligación por parte de los Estados Parte de respetar los derechos reconocidos en ella, entre ellos el derecho a la vida.

También el PIDESyC, refiere en su Parte II, art. 2: “Cada uno de los Estados Parte se compromete a adoptar medidas (...) especialmente económicas y técnicas, hasta el *máximo de los recursos de que disponga*, para lograr progresivamente (...) la *plena efectividad de los derechos aquí reconocidos*”. Reconoce el derecho “al más alto nivel posible de salud” (art. 12), a un nivel de vida adecuado, a no discriminación, etc. plenamente aplicables al caso. Además de consagrar el principio de no regresividad.

Pero además estos Tratados receptan el derecho de los usuarios *de servicios públicos* aunque en forma elíptica. Así la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos (art. XI), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, entre otros.

36. Interpretada como lo ha hecho la Corte en “Berçaitz”: “cuyo contenido actual consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización (...) Las leyes, pues, deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el ‘bienestar’, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme su excelsa dignidad”, “Berçaitz, Miguel Ángel s./jubilación”, CSJN, Fallos, 289:430.

Se trata de cobertura de necesidades como el agua potable, la electricidad, el gas natural, los servicios sanitarios, residuos, transporte, etc.

inc. 23: "legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución...".

Pero además también entran en juego artículos de la Parte Orgánica de CN:

117: Competencia originaria de la CSJN en los conflictos entre provincias (existen numerosos yacimientos de petróleo no convencional que son de carácter interjurisdiccional).

121: "Las provincias conservan todo el poder no delegado..."

124: "Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio".

Motivos por los cuales debió aprobarse en Neuquén la explotación de los recursos.

Ahora bien, visto lo precedente, *¿cómo se resuelve este entuerto?*

Es interesante observar que si nos basáramos sólo en la **CN de 1853**, arribaríamos a una solución diametralmente opuesta a la que llegamos analizando la **CN de 1994**.

Esto se debe, como es sabido, a las distintas corrientes o doctrinas económicas que se fueron sucediendo a lo largo de los años y que han sido receptadas en ambos textos constitucionales.

La receptada por la **CN de 1853** es de cuño liberal, *atemperada por el programa económico y rentístico, sí, pero liberal al fin*. No creo posible que se esgriman argumentos de peso (y que estos pudieran ser acogidos favorablemente en los estrados judiciales) en contra de la explotación de los yacimientos con fundamento en el texto original. Y desde ya que ni un solo artículo protegería al ambiente.

### VIII.C. El Estado Social y Democrático de Derecho

Distinta es la solución si analizamos la situación desde la **CN de 1994**. La reforma termina por construir lo que Bidart Campos denomina "**Estado social y democrático de Derecho**". "Un Estado activo y no desertor ha de promover la liberación y el desarrollo de todas las personas, suprimiendo no solo las formas de

explotación y opresión, sino las exclusiones y marginalidades sociales que conspiran contra la igualdad real de oportunidades y de trato".<sup>37</sup>

Es que la cuestión que se plantea en el caso es si los habitantes de suelo argentino deben estar subordinados al mercado (internacional del petróleo) o si es el mercado quien debe estar subordinado a las necesidades de los habitantes.

Y sobre todo se plantea la cuestión acerca del rol del Estado en relación a aquellas *necesidades que el mercado no cubre*, o mejor dicho, aquellas necesidades que los más postergados no pueden satisfacer en el mercado. Es decir, *la situación de los servicios públicos*.

Al respecto, Häberle sostiene: "No todos los aspectos de la vida en común han de ordenarse y valorarse desde el punto de vista del mercado".<sup>38</sup>

Porque "el mercado, en cuanto parte de la sociedad abierta, está conformado por la Constitución: no nos es dado por la 'naturaleza', sino que es constitucionalizado, no se protege o se excluye, sino que se trata de un espacio social, en el que el ejercicio de los derechos fundamentales encuentra su lugar: en concurrencia y cooperación, en intercambio y aglomeración, conjuntamente o en disputa".

Esto significa entender que "la Constitución no es sólo un texto jurídico o un cuerpo de reglas normativas, sino expresión de un desarrollo cultural, medio de la autoexposición cultural de un pueblo, reflejo de su herencia cultural y fundamento de sus esperanzas. El mercado, en su totalidad y en sus aspectos parciales, está incluido en estas interconexiones...".<sup>39</sup>

Ilustra su punto de vista citando, entre otros, el Preámbulo de la CN de Perú, clarísimo al respecto: "en una sociedad justa la economía está al servicio del ser humano y no el ser humano al servicio de la economía".<sup>40</sup>

A la misma conclusión llega Bidart Campos: "Queda claro entonces, que hay que rescatar, aunque cueste, la noción básica de que en el Estado social la economía, la hacienda pública, la actividad financiera y también los particulares, deben subordinarse solidariamente a la inescusable finalidad pública de hacer efectivos los derechos y las instituciones de la Constitución".<sup>41</sup>

37. BIDART CAMPOS, G. J., "La Constitución Económica (un esbozo desde el derecho constitucional argentino)", en *Cuestiones Constitucionales*, n° 6, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 14.

38. HÄBERLE, P., "Siete tesis para una teoría constitucional del mercado", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n° 77, Andalucía, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2006, p. 15.

39. *Ibidem*.

40. *Ibidem*.

41. BIDART CAMPOS, G., ob. cit. p. 10.

También Corti es de esta opinión: “la actividad financiera pública debe ser un medio adecuado para asegurar el ejercicio habitual de los derechos fundamentales”.<sup>42</sup>

Porque no es posible sostener “aquella afirmación, por ejemplo que decía que el Estado no es otra cosa que el comité que administra los negocios conjuntos de la burguesía”.<sup>43</sup>

Concluimos entonces, como sostiene Bidart Campos que: “Desde el espacio político constitucionalmente enmarcado hay que domesticar la irrupción de la globalización y del poder económico para lo cual nos parece que no existe sustitutivo posible a la democracia social”.<sup>44</sup>

## IX. MARCO REGULATORIO. LA RELACIÓN NACIÓN-PROVINCIA-MUNICIPIO

El artículo 41 CN dispone: “Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección de este derecho [ambiente sano] y a las provincias, las necesarias para complementarlas sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales”.

El artículo 124 CN, por su parte reconoce el dominio originario respecto de los recursos naturales.

Corresponderá entonces a la Provincia la regulación de la actividad desarrollada en su jurisdicción mientras que será la Nación la quien dictará los presupuestos mínimos<sup>45</sup> para el ejercicio de la misma.<sup>46</sup>

42. CORTI, H., *Derecho Constitucional Presupuestario*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2007, p. 697.

43. BORÓN, A., *Tras el búho de Minerva*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 8.

44. BIDART CAMPOS, G., ob. cit., p. 9.

45. A través de la Comisión de Planificación y Coordinación Estratégica del Plan Nacional de Inversiones Hidrocarburíferas, dentro de la órbita de la Secretaría de Política Económica y Planificación del Desarrollo, dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, creada por el decreto reglamentario 1277/12 de la ley 26.741, reemplazante nefasta del Consejo Federal de Hidrocarburos (creado por art. 4° de 26.741), en la cual había representación de las Provincias y la CABA. Es decir que por vía de decreto reglamentario se alteró la representación provincial resguardada por ley. ¿No altera eso el espíritu de la ley y por ende viola el 99 inc. 2? ¿No altera la relación de subordinación que debieran tener este tipo de reglamentos respecto de las leyes?

46. Rige también la ley 26.197 (B.O. 6/12/2006) que en su artículo 2° dispone que las Provincias “asumirán en forma plena el ejercicio del dominio originario y la administración sobre los yacimientos de hidrocarburos que se encontraren en sus respectivos territorios y en el lecho y subsuelo del mar territorial del que fueren ribereñas, quedando transferidos de pleno derecho todos los permisos de exploración y concesiones de explotación de hidrocarburos...”.

El tema fue motivo de jurisprudencia reciente a raíz de un conflicto de competencias entre la Municipalidad de Allen (Rio Negro) y la Provincia<sup>47</sup> precisamente debido a que la Municipalidad emitió una Ordenanza Municipal (N°046/2013) por la cual prohibía en el ejido de la ciudad de Allen la utilización del método de fractura hidráulica con fundamento en la Ley General del Ambiente. El Supremo Tribunal de la Provincia, en virtud de los artículos 41, 121 y 124 de CN y 79 de la Constitución Provincial y ley 26.197, acogió favorablemente la pretensión de la actora, declarando la nulidad de la Ordenanza. Sostiene el fallo: “De lo expresado más arriba se extrae que el ordenamiento constitucional –tanto federal como local– atribuye a la autoridad provincial la competencia exclusiva en materia de regulación de la actividad hidrocarburífera” (del Dictamen de la Procuración General al cual adhirió la mayoría).

La Provincia tendrá que regular la actividad (respetando los presupuestos mínimos) de manera tal que se cumpla el mandato constitucional que mencionáramos precedentemente al referirnos al Estado Social y Democrático de Derecho.

Porque de nada servirán las disposiciones que reconocen los derechos a un ambiente sano, al reconocimiento de las comunidades indígenas, al crecimiento armónico con justicia social *si no se reglamenta la forma de hacerlos efectivos*. Es decir, si sólo son letra muerta, esto es: una mera declaración.

Escribe al respecto Bidart Campos: “hay que fortalecer las competencias estatales *para regular* aquella irrupción global en el mercado interno desde el derecho constitucional. De no ser así, el espacio de la política socioeconómica del Estado quedará acotado en desmedro de los derechos fundamentales de las personas”.<sup>48</sup>

Y: “Por supuesto, si todo el sistema de derechos exige convergencia a un buen sistema garantista para alcanzar la efectividad y vigencia sociológica, la defensa de los derechos sociales reclama amplia cobertura(...) *mediante los organismos de control, los entes reguladores, [y] las asociaciones de variado tipo*”.<sup>49</sup>

Por lo expuesto, está claro que la regulación económica no será suficiente. Sostiene al respecto Corti: “la reglamentación de un derecho es una actividad de muchas facetas que importa crear disposiciones jurídicas de casi todas las ramas jurídicas”.<sup>50</sup>

Deberá tenerse en cuenta especialmente: 1.- la obligación del Estado de garantizar la *justicia social*, 2.- conservar el *acceso a estos servicios básicos* (gas natural, agua) como una exigencia permanente del Estado Social y Democrático de

47. “Provincia de Rio Negro c/ Municipalidad de Allen s/ conflicto de Poderes (Orden. Mun. n° 046/2013)”, (expte. 26731/13 STJ).

48. BIDART CAMPOS, G., ob. cit., p. 10 (subrayado agregado).

49. *Ibidem.*, p. 16 (subrayado agregado).

50. CORTI, H., ob. cit., p. 734.

Derecho, 3.- la reglamentación de todos los aspectos referidos a la *protección ambiental, la seguridad de los productos, el derecho a la información y la participación ciudadana*. Es decir, que el esquema regulatorio no podrá ser solo económico (por insuficiente) sino que debe estudiarse a la luz de las pautas de la regulación social.

Creo que resulta aplicable la anécdota que refiere Gordillo en el Tomo II de su Tratado: “En la época de la colonia había un solo peluquero y quería irse. El Cabildo de Buenos Aires, en una medida algo extrema, dispone prohibirle dejar la ciudad y le obliga a seguir ejerciendo su profesión, por ser el único peluquero existente. Parece, a los ojos de hoy, un ejemplo extremo, pero ilustra en cualquier caso que el grado de regulación depende de la percepción colectiva del nivel de las necesidades sociales, en cada tiempo y lugar”.<sup>51</sup>

## X. CONCLUSIONES

Como vimos, en el conflicto de derechos en juego hay intereses muy fuertes. Soy pesimista respecto de la armonización de los mismos. Básicamente porque creo que el Estado argentino debería prohibir la explotación por fractura hidráulica (como ha sido prohibido en otras partes del mundo)<sup>52</sup> al menos hasta que los avances tecnológicos permitan extraer el hidrocarburo de manera segura.

Podríamos decir que si se realizara una regulación adecuada, con fuerte presencia del ente regulador<sup>53</sup> y con una ejecución administrativa eficiente, la explotación de hidrocarburos no convencionales sería viable, pero los riesgos ambientales y humanos son muy grandes y por más estricta que fuera la regulación o la participación del ente regulador, ese riesgo difícilmente desaparezca.

Téngase en cuenta que no estamos refiriéndonos al riesgo de que se genere un daño transitorio, sino uno permanente. Un daño que significa comprometer definitivamente el bienestar de las generaciones futuras.

Además está el tema del agua, otro de los recursos indispensables para vida y que si bien es un recurso que puede ser considerado renovable si se lo trata convenientemente, es escaso. Al respecto, “la Comisión Mundial sobre Agua para el s. 21 publicada el 22 de marzo de 2000 ha planteado que la ecuación del agua es simple pero alarmante: se necesita un 20% más de agua de la que está disponible

51. GORDILLO, A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2009, p. VI-37.

52. Cf. nota 14.

53. En el cual participaran los usuarios activamente, como pareciera ocurrir con el ENARGAS y la Comisión de Usuarios (42 CN).

en el mundo para alimentar a los 3000 millones de personas adicionales que vivirán en 2035".<sup>54</sup>

No veo posible armonizar las inmensas cantidades de agua que se utilizan<sup>55</sup> para la explotación de yacimientos no convencionales con la necesidad de los sectores más postergados del país donde el acceso al agua literalmente no existe.

No debe pasarse por alto que tanto en lo relativo al gas natural como al agua, *estamos refiriéndonos a servicios públicos, que se verán afectados en cualquier caso*. De permitirse la explotación, porque esas cantidades de agua se consumirán en ella en vez de utilizarse en las comunidades que no tienen acceso a este recurso, y en caso de prohibirse la explotación, porque no podrán obtenerse importantes reservas de gas para hacer frente al creciente consumo interno que depende hoy de la importación.

El art 42 CN sostiene que: "Las autoridades proveerán (...) al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos".

Es cierto que cuando éstos pasaron a manos privadas a partir de 1989 lo que primó fue la *lógica mercantilista* de obtención del máximo posible de beneficio económico por sobre las necesidades colectivas. El usuario pasó a ser un cliente.<sup>56</sup> La consecuencia es que en ese esquema sólo verá satisfecha sus necesidades quien pueda pagar el servicio.

Entiendo que el rol del Estado en la prestación de este servicio es esencial y debe buscar todas las formas posibles (dentro del marco de CN) de cumplir con su *continuidad y regularidad*, pero ello no justifica a mi entender la técnica de extracción a través de la fractura hidráulica. Básicamente porque, además de dañar gravemente nuestro ecosistema y el de las generaciones futuras, *se están contraviniendo disposiciones constitucionales*, como hemos visto.

## XI. EPÍLOGO

Algo nos quedó en el tintero: *el análisis de la praxis*. También plagada de cuestionamientos. El día anterior al acuerdo YPF-Chevron se creó el *Régimen de Promoción de Inversión para la Explotación de Hidrocarburos*, que establece exenciones aduaneras. Como era de esperarse se realizó por medio de un decreto (N°

54. HOFER, M. I., *La contaminación de las aguas desde la óptica del Derecho*, Buenos Aires, Del País, 2006, t. 1, p. 15.

55. Véase la nota 9 del presente.

56. Basta mirar las facturas del servicio de electricidad, por ejemplo que aún tienen número de "cliente" en vez de número de "usuario".

923/2013) en vez de por ley del Congreso. Esto no hace más que plantear serias dudas acerca de la conveniencia de las facultades legislativas del PE.

Entre las causas y motivos del decreto 923/2012 se remite a la ley de hidrocarburos (17.319), la ley 26.197 (B.O 6/12/2006),<sup>57</sup> ley 26.741(B.O 3/05/2012)<sup>58</sup> y al Código Aduanero (22.415).

Sin embargo la ley de hidrocarburos al fijar el monto de los derechos aduaneros (art. 56 inc. b) es tajante,<sup>59</sup> sin poder interpretarse de ella las facultades que se invocan.

Del estudio de las demás leyes mencionadas tampoco he podido extraer la conclusión contraria.

Es cierto que el Código Aduanero ha delegado facultades legislativas al PE, pero esa legislación delegada ha vencido (Disposición transitoria **8va de CN**) con el término del plazo establecido por ley 26.519 (BO 21/08/2009), esto es el 24/08/2010.<sup>60</sup>

Luego de la reforma de 1994, debe cumplirse con lo normado por el **76 CN** para realizar una nueva delegación legislativa, esto es: fijar las bases, el plazo para su ejercicio, y que se trate de materias determinadas de administración o emergencia, extremos que no se dan en el caso.

Desde mi punto de vista es aplicable el artículo **75 inc. 33** que incluye entre las atribuciones del Congreso la de: "Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes y todos los otros concedidos por la presente Constitución del Gobierno de la Nación Argentina".

57. Cuyo articulado sólo podría interpretarse a favor de la facultad que se arroga el PE en el Art. 2° que sostiene: "El diseño de las políticas energéticas a nivel federal será responsabilidad del PEN", pero no creo que sea fundamento para establecer exenciones aduaneras.

58. Que declara de interés público nacional el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos y la expropiación del 51% de YPF. No tiene norma alguna que permita establecer estas exenciones impositivas, pero además sostiene entre sus fines el de "*garantizar el desarrollo económico con equidad social*" (Art. 1°).

59. "En el orden Nacional, estarán sujetos, con arreglo a las normas de aplicación respectivas y en cuanto correspondieren, al pago de derechos aduaneros, impuestos u otros tributos que graven los bienes importados al país y de recargos cambiarios. Asimismo estarán obligados al pago del impuesto a las ganancias eventuales; al canon establecido por el artículo 57 para el período básico y para la prórroga durante la exploración, por el artículo 58 para la explotación; a las regalías estatuidas por los artículos 21, 59 y 62; al cumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo 64 y al pago del impuesto que estatuye el inciso siguiente".

60. Gordillo escribió al respecto: "A su vez, la Constitución de 1994 prohíbe la delegación administrativa y puso plazo final de la vigencia a la antes existente, a los cinco años de la Constitución, en agosto de 1999. El Congreso empeoró el panorama con las leyes 25.148, 25.645 y 25.918, que en una mezcla de omnipotencia y debilidad no supo resolver el problema y optó por prorrogar el plazo constitucional hasta 2006, a pesar de la previsión constitucional que lo disponía para 1999. Un verdadero dislate". GORDILLO, A., *ob. cit.*, p. VII-3.

Pero además se está avasallando una facultad exclusiva del Congreso, como lo es la reglada en el art. **75 inc. 1**: "Legislar en materia aduanera. Establecer los derechos de importación y exportación...".

Creo que el tema merecía un debate legislativo amplio, por la importancia de los intereses en juego.

\*\*\*

Del *entramado* constitucional surgen los principios de crecimiento armónico con justicia social, desarrollo humano, bienestar general, ambiente sano e igualdad real de oportunidades. Esta igualdad es, junto con la defensa de la propiedad, la seguridad y la libertad, la base que debiera guiar las políticas públicas.

Pero lo cierto es que en el *revés de la trama*, está el PODER, ese "oscuro objeto de deseo".<sup>61</sup>

¿Qué razones justifican el *fracking*? Desde mi punto de vista, sólo lo justifican los grandes beneficios que tendrán unos pocos en desmedro de los demás. Esto se explica por lo que Juan Ramón Capella denominó *poder político privado*.<sup>62</sup>

El poder político de las personas es privado, desigual y se ejerce fuera de las urnas por procedimientos indeterminados.

Y: "En el sistema capitalista, sin embargo, el único poder político privado que surge espontánea y naturalmente es el del empresariado".

Cuando la Legislatura provincial neuquina aprobó el acuerdo YPF-Chevron mientras afuera la comunidad mapuche de Añelo era brutalmente golpeada por la policía local, quedó de manifiesto la desigualdad imperante y sobre todo, qué intereses (o qué *poder político privado*) se protegerían por encima de otros.

Es al pueblo de la Nación a quien corresponde cuestionar con todos los medios legales y políticos legítimos, el cumplimiento del mandato constitucional, para evitar los excesos del poder. Es decir, para evitar lo que ya describiera magistralmente George Orwell, en su *Rebelión en la Granja*:

Por primera vez Benjamín consintió en romper la costumbre y leyó lo que estaba escrito en el muro. Allí no había nada excepto un solo Mandamiento. Este decía: TODOS LOS ANIMALES SON IGUALES, PERO ALGUNOS ANIMALES SON MAS IGUALES

61. FRALLICCIARDI, B., *Teoría de la organización y Administración Pública*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2012, p. 7.

62. CAPELLA, J. R., *Los ciudadanos siervos*, Madrid, Trotta, 2005, p. 8.

QUE OTROS. Después de esto no les resultó extraño que al día siguiente los cerdos que estaban supervisando el trabajo de la granja, llevaran un látigo.<sup>63</sup>

## BIBLIOGRAFÍA

- BACCHETTA, Víctor L., "Geopolítica del *fracking*. Impactos y riesgos ambientales", en DETCH, Claudia (dir.), *Revista Nueva Sociedad, ¿Emancipación o dependencia? Los recursos naturales en América Latina*, n° 244, Buenos Aires, 2013.
- BALAZOTE, Alejandro O., "Efectos socioambientales de la explotación gasífera y petrolífera en la cuenca neuquina", en *Cuadernos de Antropología Social. Instituto de Ciencias Antropológicas. Facultad de Filosofía y Letras*, Buenos Aires, EIP, UBA, 1998.
- BALAZOTE, Alejandro O. y RADOVICH, Juan C., "Inversión de capital y riesgo en grupos mapuche asentados en el yacimiento de Loma La Lata", en TRINCHERO, Héctor H. y BALAZOTE, Alejandro O. (comp.), *Etnicidades y territorios en redefinición. Perspectiva histórica y antropológica (Estudios desde la realidad argentina)*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2000.
- BELOUSOV, Vladímir, *Geología Estructural*, Moscú, Editorial Mir, 1974.
- BIDART CAMPOS, Germán J., "La Constitución Económica (un esbozo desde el derecho constitucional argentino)", en *Cuestiones Constitucionales*, n° 6, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.
- , *Manual de la Constitución Reformada*, Buenos Aires, Ediar, 2006.
- BORÓN, Atilio, *Tras el búho de Minerva*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- CAPELLA, Juan R., *Los ciudadanos siervos*, Madrid, Trotta, 2005.
- CASSAGNE, Juan C., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002.
- CORTI, Horacio, *Derecho Constitucional Presupuestario*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2007.
- FRALLICCIARDI, Bartolomé, *Teoría de la organización y Administración Pública*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2012.

63. ORWELL, G., *Rebelión en la granja*, Buenos Aires, Booket, 2007, p. 171. Traducción de Rafael Abella.

- GIBBS, John F., *et. al.*, "Seismicity in the Rangely, Colorado, area: 1962-1970" en *Bulletin of the Seismological Society of America*, n° 63, California, 1973.
- GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2009.
- GUILLEMOT, Christian J., *Geología del petróleo*, Madrid, Ediciones Paraninfo, 1982
- HÄBERLE, Peter, "Siete tesis para una teoría constitucional del mercado", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n° 77, Andalucía, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2006.
- , *Nueve ensayos y una lección jubilar*, Lima, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, 2004.
- HECHEM, Jorge J., "Breve Historia sobre el Descubrimiento Loma La Lata", en *Petrotecnia Revista de Divulgación de Instituto Argentino del Petróleo y del Gas*, n° 2/10, Buenos Aires, Instituto Argentino del Petróleo y del Gas, 2010.
- HOFER, María I., *La contaminación de las aguas desde la óptica del Derecho*, Buenos Aires, Del País, 2006.
- KIM, Won Y., "Induced seismicity associated with fluid injection into a deep well in Youngstown, Ohio", en *Journal of Geophysical Research: Solid Earth*, vol. 118, Malden, 2013.
- ORWELL, George, *Rebelión en la granja*, Buenos Aires, Booket, 2007.
- PÉREZ ROIG, Diego, *Hidrocarburos no convencionales en Argentina*, consultado en [<http://opsur.wordpress.com/2011/11/17/hidrocarburos-no-convencionales-en-argentina/>].
- SAID, José L., "Responsabilidad del Estado y Justicia Distributiva", en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública (RAP)*, n° 370, Buenos Aires, 2009.
- GONZÁLEZ, San Román, *et. al.*, *Geología del Petróleo*, La Habana, Centro Politécnico del Petróleo, 2007.
- TAILLANT, Jorge D., *et al.*, *Fracking Argentina, Informe Técnico y Legal sobre la Fracturación Hidráulica en Argentina*, consultado en [<http://wp.cedha.net/wp-content/uploads/2013/10/Fracking-Report-CEDHA-final-24-oct-2013-SPANISH.pdf>].
- TURIEL, Antonio M., *Fracking: rentabilidad energética, económica y ecológica*, consultado en [[crashoil.blogspot.com.ar/2013/02/fracking-rentabilidad-energetica.html](http://crashoil.blogspot.com.ar/2013/02/fracking-rentabilidad-energetica.html)].
- VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, Madrid, TEA, 1952.

WEAVER, Charles E., "Paleontology of the Jurassic and Cretaceous of West central Argentina", en *American Journal of Science*, vol. 1, Memoirs n° 22(128), Washington, University of Washington, 1931.

Además son recomendables las siguientes películas de divulgación:

GASLAND (2010), dirigida por Josh Fox.

LA GUERRA DEL *FRACKING* (2013), dirigida por Pino Solanas.



## POSITIVISMO JURÍDICO: DEJEN QUE HEREDE PALMER\*

MARTÍN DIEGO FARRELL\*\*

**Resumen:** En el trabajo se efectúa una nueva lectura de la vieja disputa filosófica entre Dworkin y Hart a la luz del precedente *Riggs v. Palmer*. En primer lugar, se realiza una breve reseña histórica de la evolución de las dos grandes corrientes de la filosofía del derecho (el positivismo y el iusnaturalismo). En segundo lugar, se repasan cuáles son los principales argumentos de Dworkin contra el positivismo. En tercer lugar, se analiza la réplica positivista de Hart y Carrió. Finalmente, se ofrece una nueva posición respecto a las diferencias teóricas entre estos filósofos.

**Palabras clave:** positivismo – derecho natural – reglas – principios – *riggs v. palmer*.

**Summary:** In this article the author offers us some reconsiderations of the old philosophical dispute between Dworkin and Hart, from the perspective of the judgement in *Riggs v. Palmer*. Firstly, the author makes a brief historical review of the evolution of the two main schools of thought of philosophy of law (legal positivism and natural law). Secondly, the author reviews the most important arguments of Dworkin against legal positivism. Thirdly, the author analyzes the positivist reply of Hart and Carrió. Finally, the author offers us a new position regarding the theoretical differences between these philosophers.

**Keywords:** legal positivism – natural law – rules – principles – *riggs v. palmer*.

\* Recepción del original: 21/11/2014. Aceptación: 27/12/2014.

\*\* Profesor Emérito de la UBA, Profesor de la Universidad de Palermo y Premio Konex de Platino en Ética. Fue Profesor Visitante en la Universidad de Santiago de Compostela, ITAM (México) y en la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona), Visiting Scholar en New York University y Columbia University (Estados Unidos) y Senior Research Affiliate en Yale University (Estados Unidos), Vicepresidente de la Sociedad Iberoamericana de Estudios Utilitaristas y Secretario de la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico. Ha escrito diecisiete libros sobre filosofía del derecho, moral y política y más de setenta artículos sobre esos temas, publicados en español, inglés, italiano y alemán. Este trabajo fue leído en el Seminario de Teoría Jurídica de la Universidad de San Andrés y en el Seminario del Doctorado de la Universidad de Palermo. Agradezco las valiosas sugerencias de sus participantes.

*Incluso las leyes dependen de los caprichos.  
Porque las leyes tienen que ser interpretadas.  
Las leyes, mis amigos, nunca pueden proteger  
a un hombre de un trato arbitrario, porque las  
leyes son aplicadas por hombres arbitrarios.  
¿Qué sé yo de los caprichos de un juececito?  
Son peores que los caprichos de la gente  
común.*

JOSEPH ROTH<sup>1</sup>

## I. COMIENZA LA HISTORIA

Desde el siglo XIX hasta mediados del siglo XX la teoría del derecho en Inglaterra estuvo influenciada por una versión del positivismo jurídico, expuesta por John Austin en su libro *Lectures on Jurisprudence*, aparecido en 1861,<sup>2</sup> teoría que desplazó así a la tradición iusnaturalista que había defendido Blackstone.

En sus *Commentaries on the Laws of England*, cuya publicación comenzó en 1753, Blackstone defendió la tesis de un derecho natural de origen divino, de acuerdo al cual el hombre debe estar sujeto necesariamente a las leyes de su creador. La voluntad del creador es llamada ley de la naturaleza, y está basada en aquellas relaciones de justicia que existen en la naturaleza de las cosas, previas a cualquier precepto positivo. Esta ley de la naturaleza, coetánea con la humanidad, y dictada por Dios mismo, es desde luego superior a cualquier otra en términos de obligación, sostenía Blackstone, y ninguna ley humana contraria a ella tiene ninguna validez.<sup>3</sup>

Es en contra esta idea que se rebela Austin. En realidad, él —al menos parcialmente— estaba describiendo las ideas de Bentham, pero las publicó con anterioridad a éste. La versión benthamita del positivismo jurídico recién llegó al público cuando en 1945 Charles Everett dio a conocer el manuscrito que él denominó *The Limits of Jurisprudence Defined*,<sup>4</sup> que Hart volvió luego a publicar en 1970 —con modificaciones— bajo el título *Of Laws in General*,<sup>5</sup> y que Schofield publicó nuevamente

1. ROTH, J., *Confession of a Murderer*.

2. AUSTIN, J., *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, London, John Murray, Albermarle Street, 1991. En 1832 Austin había publicado *The Province of Jurisprudence Determined*, la que resultaría ser una suerte de introducción a las *Lectures*.

3. BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England in Four Books*, Philadelphia, J.B. Lippincott Company, 1893, pp. 45-47.

4. BENTHAM, J., *The Limits of Jurisprudence Defined*, Westport, Conn., Greenwood Press, 1970.

5. BENTHAM, J., *Of Laws in General*, Londres, The Athlone Press, 1970.

—también con modificaciones— en el año 2010, denominándolo *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*.<sup>6</sup>

Una de las tesis centrales de la teoría consistía en sostener que las normas jurídicas eran órdenes emitidas por el soberano, y esta tesis fue objeto de la crítica de Hart. En realidad, ya Kelsen había dado cuenta de ella, y sus objeciones estaban disponibles en idioma inglés desde la aparición —en 1945— de su *General Theory of Law and State*, pero los juristas ingleses nunca fueron muy proclives a aceptar influencias foráneas, de donde la idea benthamita subsistió hasta la aparición de las objeciones de Hart (las que — obviamente— no se limitaron a cuestionar el carácter de órdenes que revestían las normas).

El libro de Hart —*The Concept of Law*— fue publicado en 1961, se convirtió de inmediato en centro de atención, y pareció destinado a constituir la tesis dominante por lo menos durante un período tan largo como había perdurado la tesis de Bentham, también dentro de la posición positivista. Pero, como ya sabemos, no fue así, y —de un modo sorpresivo— la idea del derecho natural volvió a aparecer en el mundo anglosajón. En 1967 un entonces casi desconocido profesor de Yale —Ronald Dworkin— publicó un artículo en *Chicago Law Review* presentando fuertes objeciones a la tesis positivista, que él identificó con Hart, objeciones a las que Hart —inexplicablemente— no fue capaz de responder durante el resto de sus días. Al momento de la aparición de su libro *Taking Rights Seriously* en 1977, Dworkin era tan conocido e influyente como Hart, si no más que él.

A lo largo del tiempo, las ideas de Dworkin experimentaron numerosas modificaciones, especialmente con la publicación de su libro *Law's Empire*, pero yo quiero ocuparme aquí de otra cosa: quiero ocuparme de las críticas originales de Dworkin al positivismo jurídico, que él dijo ejemplificar con el positivismo de Hart, y de las desmedidas reacciones que esa crítica provocó, sugiriendo una respuesta mucho más sencilla a las mismas. Si las críticas de Dworkin hubieran sido enfrentadas de esta manera, la tesis original no hubiera alcanzado —tal vez— su descomunal difusión.

Voy a ser muy esquemático en la descripción de la polémica por la simple razón de que es conocida por todos, y me concentraré sólo en los puntos que necesito enfatizar para poder formular la réplica que favorezco.

6. BENTHAM, J., *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, Oxford, 2010. Por supuesto que no deben olvidarse las diferencias teóricas entre Austin y Bentham. Mientras Austin era religioso y conservador, por caso, Bentham era ateo y radical, lo que se percibe en sus obras. Cfr. MIKHAIL, J., “Plucking the Mask of Mystery From its Face”: Jurisprudence and H. L. A. Hart”, en *The Georgetown Law Journal*, vol. 95, pp.771-774.

## II. DWORKIN CRITICA A HART

El artículo original de Dworkin que motivó la preocupación de los positivistas se titula *Is the Law a System of Rules?* y en él Dworkin toma como blanco de sus objeciones a la versión hartiana del positivismo jurídico, a la que atribuye los siguientes rasgos:

- a) El derecho de una comunidad es un conjunto de reglas especiales utilizadas por la comunidad, directa o indirectamente, con el propósito de determinar cuál es el comportamiento que va a ser castigado por el poder público.
- b) El conjunto de estas reglas jurídicas válidas constituye la totalidad del derecho, de modo que si algún caso no está comprendido en dichas reglas, entonces no puede ser decidido aplicando el derecho.
- c) Decir que alguien tiene una “obligación legal” es decir que su caso está comprendido en una regla jurídica válida, que le requiere hacer, o abstenerse de hacer, algo. En ausencia de una regla tal, no existe obligación jurídica.<sup>7</sup>

Cuando el derecho así concebido alcanza una etapa específica, la comunidad desarrolla la idea de una regla secundaria que especifica la forma en que deben identificarse las normas jurídicas, y a esta regla secundaria Hart la denomina “regla de reconocimiento”.<sup>8</sup>

Pero, sostiene Dworkin, cuando se discute acerca de casos difíciles, se recurre a criterios que no son reglas, sino principios que funcionan de manera diferente a las reglas, y el positivismo, que es un modelo de reglas, no nos permite dar cuenta del papel importante que desempeñan estos criterios que no son reglas. Un principio es un criterio que debe ser observado, no porque promueva un estado de cosas –social, político o económico– que se considera deseable, sino porque constituye un requerimiento de la justicia, de la equidad, o de cualquier otra dimensión de la moral.<sup>9</sup>

La diferencia entre reglas y principios descansa en una distinción lógica: mientras las reglas se aplican “a todo o nada”, los principios aceptan una mayor

7. DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977, p. 17.

8. DWORKIN, R., ob. cit., p. 21.

9. DWORKIN, R., ob. cit., p. 22. Shapiro hace notar que en esta etapa no queda en claro si Dworkin critica a los positivistas solo por su tratamiento de los principios, aceptando la corrección de su versión respecto de las reglas, o si intenta criticar al positivismo por su trato, tanto de los principios, cuanto de las reglas. SHAPIRO, S. J., “On Hart’s Way Out”, en COLEMAN, J. (ed.), *Hart’s Postscript*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 162.

flexibilidad, y sus consecuencias no se siguen de una manera automática. El derecho, por ejemplo, respeta el principio de que ningún hombre debe aprovecharse del mal que ha ocasionado, pero esto no significa que el derecho nunca le permita hacerlo, como sucede en algunos casos de prescripción adquisitiva. Los principios tienen una característica de la que las reglas carecen, y es la característica de su peso, o importancia: pueden inclinar una decisión, pero no de una manera concluyente, y sobreviven como tales incluso cuando no prevalecen.<sup>10</sup> Dentro de un sistema de reglas no puede decirse que una regla es más importante que otra, de modo que una pueda reemplazar a la otra en virtud de su mayor peso, si ambas llegan a entrar en conflicto, y cuando la decisión a la que se arriba resulta contraria a la regla, esto equivale a decir que ella ha sido abandonada.<sup>11</sup>

Como surge del rasgo positivista que identifiqué más arriba en b), cuando un caso no está comprendido en una regla el juez debe ejercitar su discreción para resolverlo, discreción de la que carece cuando existe una regla clara.<sup>12</sup>

Una de las tesis de Dworkin es que la regla de reconocimiento de Hart no puede dar cuenta de los principios. La regla puede identificar normas creadas por la legislatura, o por los jueces, pero el origen de los principios reside en un sentido de adecuación desarrollado a lo largo del tiempo por el público y por quienes practican la profesión legal, por lo que no puede diseñarse ninguna fórmula para establecer cuánto apoyo institucional es necesario para convertir a un principio en un principio jurídico, ni –mucho menos– para establecer su peso. Es cierto que los principios extraen su apoyo de actos oficiales de instituciones legales, pero no tienen una conexión simple y directa con esos actos como para establecer un criterio específico de acuerdo a una regla de reconocimiento. Dworkin piensa, entonces, que la regla de reconocimiento de Hart no puede modificarse para abarcar a los principios.<sup>13</sup> Y este es un serio defecto, por cierto.

Para mostrar la existencia de principios jurídicos Dworkin se basa en dos casos de jurisprudencia, *Henningsen v. Bloomfield* y *Riggs v. Palmer*, pero especialmente en este último. En *Riggs*, un nieto –instituido por su abuelo como heredero principal– lo envenenó precisamente para heredarlo antes, y el tribunal debió decidir si conservaba el carácter de heredero. Dworkin sostiene que el tribunal –que le negó al nieto el carácter de heredero– decidió en base a principios, que fueron aceptados como derecho, de modo que la regla enunciada en *Riggs* debía su fuerza

10. DWORKIN, R., ob. cit., p. 35.

11. DWORKIN, R., ob. cit., pp. 24-27 y 35.

12. DWORKIN, R., ob. cit., pp. 31 y 33-34.

13. DWORKIN, R., ob. cit., pp. 40-41 y 43.

—al menos parcialmente— a la autoridad de esos principios, fuerza que no podía provenir, entonces, de la regla de reconocimiento.<sup>14</sup>

Brevemente, entonces, esta es la sustancia de la crítica de Dworkin: Hart piensa que el derecho está constituido solamente por reglas, que tienen una dimensión de “todo o nada”, y cuya validez se determina en base a la regla de reconocimiento; cuando un caso no está alcanzado por una regla, el juez tiene discreción para resolverlo. Pero Hart olvida que el derecho también está compuesto de principios, que tiene una dimensión de peso, o de importancia, que el juez debe tomar en cuenta al resolver los casos dificultosos. Los principios surgen de consideraciones morales y no pueden ser capturados por la regla de reconocimiento. La discreción judicial no existe, porque cuando el caso no puede ser resuelto en base a una regla, el juez está obligado a emplear el principio adecuado.

### III. CARRIÓ DEFIENDE A HART

La réplica de los positivistas no tardó en llegar. Genaro Carrió —en 1971— intentó una defensa de Hart en la que sostenía la posibilidad de que la regla de reconocimiento incorporara principios, además de reglas, utilizando —como lo hizo Dworkin— el caso de *Riggs v. Palmer* en calidad de ejemplo.

Piensa Carrió<sup>15</sup> que los positivistas —al aceptar que el derecho de una comunidad consiste en un conjunto de reglas— no están obligados a identificar las reglas con esquemas tales como “la velocidad máxima en una autopista no excederá las cincuenta millas por hora”, puesto que nada impide considerar como una regla el principio “nadie tiene permitido beneficiarse de su propio mal proceder”, que es —precisamente— el principio invocado en *Riggs*. En consecuencia, no existe una diferencia lógica entre reglas y principios de este tipo, pues no es verdad que las reglas se apliquen siempre “a todo o nada”.<sup>16</sup>

Para Carrió, no hay nada en la regla de reconocimiento que impida considerar como parte del sistema jurídico a principios tales como el que incidió en la decisión de *Riggs*; él denomina a los principios que se identifican a partir de la regla de reconocimiento “principios del derecho positivo”, y la decisión adoptada en *Riggs* permitiría inferir la regla específica de que aquel que mata a otro para heredarlo no recibirá la herencia.<sup>17</sup>

14. DWORKIN, R., ob. cit. Más adelante me referiré a ambos.

15. CARRIÓ, G. R., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1971.

16. CARRIÓ, G. R., ob. cit., pp. 22-23.

17. CARRIÓ, G. R., ob. cit., pp. 24-25.

Carrió distingue entre dos tipos de principios, que denomina principios 1 y principios 2. Los principios 1 son criterios de segundo orden que indican cómo deben ser entendidas, usadas, y –a veces– completadas, otras reglas del sistema, mientras que los principios 2, a su vez, constituyen la meta, o propósito, de una regla, o de un grupo de reglas del sistema, y consisten en ciertas demandas de moral y de justicia positiva. Él sostiene –por otra parte– que nada en el positivismo jurídico impide hablar de ambos tipos de principios.<sup>18</sup>

La defensa de Carrió, entonces, consiste en lograr que los principios de los que habla Dworkin sean compatibles con el positivismo jurídico, acercándolos a las reglas, que ya no decidirían las cuestiones “a todo o nada”, y es esa aproximación a las reglas, entonces, lo que permite que los principios sean identificados mediante el uso de la regla de reconocimiento. Carrió –en otras palabras– trata de acercar el positivismo jurídico a Dworkin, y utiliza el mismo precedente –*Riggs*– como ejemplo de su postura.

#### IV. HART SE DEFIENDE A SÍ MISMO

Durante largos años, Hart agonizó intentando replicar las críticas de Dworkin a su versión del positivismo, y murió sin haber logrado una réplica que lo dejara lo suficientemente satisfecho como para publicarla. El *Postscript* que hoy figura como anexo de su libro más famoso tal vez no lo hubiera satisfecho, pero es todo con lo que contamos para entender su pensamiento en este tema.

Hart, luego de recordar que su intento es descriptivista y no prescriptivista,<sup>19</sup> sostiene que existe una diferencia de grado entre reglas y principios, ya que éstos son más generales y menos específicos, al par de referirse a algún propósito o meta, lo que los convierte en deseables de mantener. Recuerda enseguida la idea dworkiniana de que las reglas son una cuestión de “todo o nada”, mientras que los principios tiene una dimensión de “peso”, y resalta la conclusión de Dworkin de que el derecho contiene reglas de todo o nada y también principio no concluyentes, no siendo la diferencia entre estas dos cosas una cuestión de grado, (260/262) como en cambio pensaba Hart.

Luego de estas observaciones, comienza su defensa específica. Menciona el ejemplo de *Riggs v. Palmer* y señala que él implica que las reglas pueden entrar en conflicto con los principios, y que el principio en cuestión a veces ganará la puja y a veces la perderá. En *Riggs*, por caso, el principio de que un hombre no puede

18. CARRIÓ, G. R., ob. cit., p. 16.

19. HART, H. L. A., *Postscript a The Concept of Law*, Segunda edición, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 239.

aprovecharse de su propio acto incorrecto triunfó sobre el lenguaje claro de la ley y le impidió al beneficiario del testamento heredar la fortuna del testador. Para Hart, entonces, *Riggs* es un ejemplo de un principio que triunfa en su competencia con la regla, y extrae de esto una conclusión sorprendente: las reglas no tienen un carácter de todo o nada, puesto que ellas pueden entrar en conflicto con principios que las superen. La diferencia entre reglas de todo o nada y principios no concluyentes desaparece,<sup>20</sup> contra lo que sostiene Dworkin.

La diferencia entre ambos queda reducida, así, a una cuestión de grado; él contrasta se realiza entre reglas cuasi-concluyentes y principios generalmente no-concluyentes. En el caso de las reglas, sus condiciones de aplicación son suficientes como para determinar el resultado jurídico, salvo en unos pocos casos, mientras que los principios apuntan a una decisión, pero frecuentemente pueden fracasar en determinarla.<sup>21</sup>

#### V. ¿NO HAY OTRA DEFENSA DISPONIBLE?

Hart tenía a su disposición otros argumentos, por cierto. Cuando defendió la posición positivista en su debate con Fuller, por ejemplo, él mencionó como una de las tesis adscriptas al positivismo aquella que sostiene que no existe una conexión entre el derecho y la moral, o entre el derecho como es y el derecho como debería ser.<sup>22</sup> Dworkin defiende una concepción que conecta el derecho con la moral y *Riggs* fue decidido aplicando dicha conexión. Pero ni Hart ni Carrió enfatizaron este tipo de argumentos: en lugar de identificar a Dworkin con el iusnaturalismo, y rechazar su postura, se esforzaron por acercar la posición de Hart a la de Dworkin.

Con adversarios tan complacientes, por cierto, Dworkin no necesita defensores, por lo que debemos hacer una pausa y mirar por un momento el estado del

20. HART, H. L. A., ob. cit., p. 262. En un trabajo temprano Hart criticó a quienes cuestionaban la posibilidad de describir a un sistema jurídico, al menos parcialmente, en términos de reglas. HART, H. L. A., "Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer", en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 105, p. 957 (énfasis agregado).

21. HART, H. L. A., ob. cit., p. 263.

22. HART, H. L. A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", en FEINBERG, J. y GROSS, H. (ed.), *Philosophy of Law*, Belmont, Cal, Wadsworth Publishing Co., 1975, p. 58. En ese mismo artículo (p. 48), Hart anticipa la posición del Dworkin temprano y –desde luego– no la acepta. Por una parte, dice Hart, puede decirse que las reglas jurídicas son esencialmente incompletas, cuando ellas fracasan en determinar una decisión, y provocan que el juez deba legislar y ejercitar una elección creativa entre alternativas. Por la otra, podemos decir que las políticas sociales que guían la elección del juez están –en un cierto sentido– allí, para que el juez las descubra, están latentes en la regla. Esta segunda posición descripta por Hart anticipa la idea de Dworkin, salvo en el hecho de que no hace mención explícita a los principios.

debate hasta este punto. Tanto Hart cuanto Carrió sostienen que las reglas no están concebidas para resolver las cuestiones “a todo o nada”, sino que la diferencia entre reglas y principios es una simple cuestión de grado. En consecuencia, nada impide que la regla de reconocimiento incorpore principios y –lo que es mucho más grave– nada impide que un principio triunfe en competencia con una regla. Esta es una concesión extremadamente seria para un positivista, puesto que ya hemos visto que para Dworkin los principios constituyen un requerimiento de la justicia, de la equidad, o de cualquier otra dimensión de la moral. Finalmente, tanto Hart cuanto Carrió asumen que *Riggs v. Palmer* es un caso bien resuelto. Con tal de preservar la regla de reconocimiento, ellos concluyen –como veremos– acercando la teoría de Hart al iusnaturalismo. Es razonable preguntarse entonces si no había otra alternativa disponible; la respuesta es afirmativa y voy a delinearla ahora.

- a) Dworkin describe acertadamente al positivismo jurídico cuando lo identifica con la idea de que el derecho es un conjunto de reglas. Defienda o no Hart –de hecho– el modelo de reglas, lo cierto es que el modelo, como tesis positivista, es perfectamente defendible. En lo que Dworkin parece haber errado es en identificar al modelo que describe con la versión positivista de Hart, pues se está refiriendo más a un positivismo fuerte que a un positivismo débil.<sup>23</sup>
- b) Dworkin describe acertadamente al positivismo jurídico cuando lo identifica con la idea de que las reglas válidas constituyen la totalidad del derecho, de modo que cuando un caso no está comprendido en las reglas, no puede decidirse aplicando el derecho.
- c) Dworkin describe acertadamente al positivismo jurídico cuando lo identifica con la idea de que en ausencia de una regla que comprenda al caso el juez debe ejercitar su discreción para resolverlo, discreción de la que carece –en cambio– cuando existe una regla clara.
- d) Dworkin tiene parcialmente razón cuando dice que la regla de reconocimiento de Hart no puede dar cuenta de los principios; para poder hacerlo, debe existir una regla que confiera carácter legal a esos principios.

23. El positivismo débil piensa que el derecho de una comunidad es una cosa, y que su moral es otra: la referencia a principios morales no es una condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico. El positivismo fuerte piensa que los criterios para identificar el contenido del derecho dependen sólo de hechos de comportamiento humano que pueden ser descriptos en términos valorativamente neutrales. Hart es un positivista débil, mientras que Raz –de quien tomé la definición que antecede– es un positivista fuerte. (Cfr. FARRELL, M. D., “La primacía del derecho y sus transformaciones sucesivas”, en *Ética en las relaciones internas e internacionales*, Barcelona, Gedisa, 2003, pp. 205 y 207.

Cuando digo que Dworkin describe acertadamente al positivismo jurídico no estoy sosteniendo que describa acertadamente al positivismo jurídico de Hart, como ya he advertido, pero este es otro tema. Es perfectamente posible sostener que Hart nunca pretendió negar la obligatoriedad jurídica de los principios,<sup>24</sup> lo cual constituye el centro de la defensa de Carrió y del propio Hart. Pero esto no significa que un positivismo jurídico más fuerte que el de Hart no haya sostenido el modelo de reglas, y yo no estoy interesado aquí en una defensa específica de Hart (como sí lo estaban Carrió y –obviamente– Hart, en cambio) sino en una defensa genérica del positivismo jurídico, frente a la crítica de Dworkin.

Si esto fuera todo, parecería que Dworkin podría tener razón en el debate, pero no es así, desde luego, porque el punto central es otro. Aunque la descripción de Dworkin es adecuada en lo que se refiere al positivismo jurídico, el argumento central que él emplea para criticarlo no es correcto: en efecto, el principal contraejemplo aducido para refutar al positivismo no cumple con su papel, puesto que *Riggs v. Palmer* es un caso judicial mal resuelto. A eso voy.

## VI. CAMBIEN EL HEREDERO

Dworkin, Hart y Carrió coincidieron en asumir que la solución de *Riggs* era la correcta, y que una buena teoría del derecho debía dar cuenta de ella, mientras que yo estoy en completo desacuerdo con esta actitud.

Antes de examinar *Riggs* en detalle –sin embargo– quiero analizar brevemente el caso que Dworkin ofrece secundariamente en apoyo de su tesis, para mostrar que él no es útil para ninguna de las dos posiciones en conflicto: se trata de *Henningsen v. Bloomfield Motors*, resuelto por la Corte Suprema de New Jersey en el año 1960.<sup>25</sup> El caso se refería al alcance de una garantía por eventuales defectos de un automóvil, otorgada por la fábrica y el vendedor, garantía que el comprador objetó, reclamando una indemnización más amplia. Por una parte, el tribunal efectuó algunas consideraciones que sustentan la posición de Dworkin, al decir –por ejemplo– que un sentido instintivo de justicia clamaba contra el alcance reducido de la garantía, y al recordar la idea de que los jueces no pueden dejar de tomar en cuenta las doctrinas disponibles acerca de la equidad. Pero, por la otra, señaló que en distintas jurisdicciones existían precedentes que consideraban que cuando el fabricante publicitaba su mercancía y creaba una demanda, este hecho implicaba una garantía expresa, y citó esos precedentes como sustento de su decisión (en 1960 los

24. Cfr. LEITER, B., “Beyond the Hart-Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence”, en *Naturalizing Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 156.

25. *Henningsen v. Bloomfield Motors Inc*, Suprema Corte de New Jersey, 161 A. 2d 69 (1960).

tribunales ya habían advertido que la doctrina de LOCHNER había llegado a su fin).<sup>26</sup> Y estos precedentes bien podían constituir una suerte de costumbre judicial, perfectamente capturable por la regla de reconocimiento.<sup>27</sup>

Pero si *Henningsen* no resultaba útil para el debate, *Riggs* es otra cosa. En el mes de agosto de 1880 Francis Palmer redactó su testamento, instituyendo como principal heredero a su nieto Elmer Palmer, que vivía con él. Advertido de que su abuelo podía modificar su testamento, Elmer le causó la muerte por envenenamiento y fue condenado por ello en sede penal. Las dos hijas de la víctima reclamaron ante el tribunal civil, sosteniendo que Elmer no podía ser beneficiario del testamento de su víctima, y el tribunal –por mayoría– les dio la razón. Veamos atentamente los argumentos del voto mayoritario y los de la disidencia.

Al votar por la mayoría, el juez Earl sostuvo:

- a) Que es verdad que las leyes que regulan los testamentos, interpretadas literalmente, le otorgaban la propiedad a Elmer. Reconoció también que era la intención de los legisladores que los beneficiarios de los testamentos obtuvieran la propiedad que se les otorgaba.
- b) No obstante, sostuvo que nunca podría haber sido la intención del legislador que el beneficiario que mataba al testador obtuviera algún beneficio del testamento.
- c) Sostuvo, entonces, que la letra del acto legislativo está restringida por una construcción equitativa, cuyo origen atribuyó a Aristóteles, por lo que no debíamos preocuparnos mucho por el lenguaje contenido en las leyes.
- d) Mencionó luego el principio de que no está permitido que nadie se aproveche de su proceder fraudulento, o que adquiriera una propiedad mediante su propio delito, al par de señalar que ese principio estaba incorporado en las legislaciones que seguían al derecho civil, el cual “evolucionó a partir de principios generales de derecho natural y de la justicia”.

Enfrentó a continuación, sin muchos argumentos, dos objeciones centrales planteadas en la disidencia:

26. La ley laboral del estado de New York prohibía trabajar en una panadería, o establecimiento similar, durante más de sesenta horas a la semana, o diez horas por día. La Corte Suprema sostuvo que los empleados podían desear ganar un dinero adicional, por lo que la ley interfería con el derecho a contratar por parte de empleadores y empleados, derecho que la Corte consideró parte integrante de la libertad del individuo, protegida por la enmienda catorce (*Lochner v. New York*, 49 US 937, 1905).

27. Cfr. SHAPIRO, S., “The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed”, en RIPSTEIN, A. (ed.), *Ronald Dworkin*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 32.

- e) Hizo notar que no creía que se estuviera en este caso castigando a Elmer por su delito de un modo distinto al que la ley prescribía. No se lo privaba de ninguna propiedad, sino que simplemente se decidía que no adquiriría ninguna propiedad como resultado de su delito.
- f) Reconoció que había un precedente en contrario, en el cual se decidió que una mujer, cómplice en el asesinato de su esposo, conservaba sin embargo el derecho a su dote. Declaró, sin embargo, que la solución no lo convencía, y que no debía haberse permitido a la viuda adquirir un derecho de propiedad como resultado de un acto maligno e intencional.

Veamos ahora los argumentos de minoría. Su voto fue redactado por el juez Gray, quien sostuvo:

- a) Que si él creyera que el caso debería ser decidido en base a consideraciones de equidad, hubiera decidido en favor de los actores, pero que el caso no se decidía dentro del ámbito de la conciencia.
- b) Afirmó en cambio que estaba obligado por rígidas reglas de derecho, establecidas por la legislatura, dentro de las cuales el caso quedaba confinado.
- c) Que el problema consistía en saber si una disposición testamentaria podía ser alterada, o revocada, después de la muerte del testador, cuando la legislatura había establecido exactamente cuándo y cómo podían ser alterados los testamentos, sin dejar lugar para ningún ejercicio equitativo por parte de los tribunales.
- d) Hizo notar que la capacidad y el poder de los individuos para disponer de su propiedad luego de su muerte, y el modo como ese poder puede ser ejercitado, eran cuestiones respecto de las cuales la legislatura había ejercido un control completo, regulándolo de un modo particularmente detallado.
- e) Advirtió que aquellas legislaciones que anulan disposiciones testamentarias que benefician a quienes no las merecen están basadas en principios de equidad y de justicia natural, pero que estos principios sólo sugieren razones suficientes para dictar nuevas leyes. Las leyes vigentes establecieron distintas formas mediante las cuales un testamento podía ser revocado o alterado, lo que implica prohibir cualquier otro tipo de alteración o revocación.
- f) Insistió sobre este tema, diciendo que un testamento válido debía continuar como tal, a menos que se lo revoque de la manera prevista por la ley: la confección y revocación de los testamentos son cuestiones de exclusiva competencia de la legislatura.

- g) Recordó precedentes en los cuales se decidió la validez de un testamento que el testador había intentado destruir, y que se le había impedido –fraudulentamente– hacerlo.
- h) Finalmente, sostuvo que se le añadía al demandado un castigo si se lo privaba de su propiedad. La ley ya lo había castigado por su delito, no podía decirse que ese castigo fuera insuficiente, y los tribunales carecían de poder para incrementarlo.<sup>28</sup>

Estos son los argumentos salientes del fallo que utilizó Dworkin para su crítica a Hart; en el caso de Dworkin, él se basó exclusivamente en los argumentos de la mayoría, descartando las consideraciones de la minoría, y –extrañamente– la misma actitud adoptaron Hart y Carrió. Extrañamente, digo, porque un positivista debería haber hecho lo contrario: debería haber sostenido que había que cambiar de heredero, desplazando a los que el tribunal benefició y respetando al establecido por el testamento. La solución de la mayoría, deberían haber dicho Hart y Carrió, fue una mala solución, y no puede utilizarse para criticar al positivismo. Veamos los argumentos en que puede basarse esta respuesta.

## VII. RIGGS DESDE UNA PERSPECTIVA POSITIVISTA

Estudie ambos votos de acuerdo a los argumentos que he presentado, pero estudiémoslos –a diferencia de lo que se hizo hasta ahora– desde una perspectiva positivista (cosa que Hart y Carrió tal vez creyeron haber hecho).

Primero, no está en discusión que la ley testamentaria le otorgaba la propiedad principal de la herencia a Palmer; esta conclusión aparece explícitamente enunciada en ambos votos. La ley no era ambigua y no permitía ningún ejercicio discrecional: no estábamos en presencia de un caso dificultoso, sino de un caso claro, en el cual los jueces debían aplicar la ley. En rigor, desde el punto de vista del positivismo jurídico, los jueces se encontraban bajo la obligación jurídica de decidir a favor del demandado.

Segundo, tampoco está en discusión que la intención de la legislatura consistía en que los beneficiarios de los testamentos recibieran la propiedad que se les había legado.

Tercero, hay acuerdo en que las disposiciones testamentarias sólo podían ser revocadas, o alteradas, sólo de la forma prevista por la legislatura: tanto la forma

28. *Riggs et. al. v. Palmer et.al.*, Northeastern Reporter, vol. 22, pp. 188-193, Court of Appeal of New York, 8 de octubre, 1899.

de confección de un testamento, cuanto su forma de revocación, eran cuestiones de exclusiva competencia legislativa.

Cuarto, ambos votos aceptan que los precedentes jurisprudenciales favorecían a Palmer. Una mujer, cómplice en el asesinato de su esposo, conservó su derecho a la dote, y el beneficiario de un testamento, que impidió fraudulentamente que éste fuera destruido, conservó no obstante el carácter de heredero. Podía también computarse a favor de Palmer una ley inglesa de 1870 que implicaba que un condenado tenía capacidad para heredar.<sup>29</sup>

Quinto, al momento de la sentencia, Palmer estaba detenido, cumpliendo su condena por homicidio; luego de un proceso penal, que respetó sus garantías constitucionales, se le aplicó el castigo que legalmente le correspondía. Al privarlo de su propiedad, se le aplicó un nuevo castigo, sin el debido resguardo de las garantías constitucionales del proceso penal, y nadie objetó que su castigo fuera insuficiente. Es incorrecto sostener que no se le privó a Palmer de su propiedad sino que —en cambio— se dispuso que no adquiriera la propiedad; de acuerdo a la ley testamentaria, Palmer era propietario desde la muerte de su abuelo. Es cierto que la distinción entre “no otorgar” la propiedad y “privar” de ella a alguien depende —en definitiva— del punto de partida que se utilice, pero en este caso el umbral más adecuado era la muerte del testador, momento en el cual comenzó la vigencia de las disposiciones testamentarias.

Frente a estas circunstancias, un positivista está obligado a sostener que *Riggs* debía haberse decidido respetando las leyes testamentarias, esto es, dejando que Palmer fuera el heredero. En efecto: ¿qué argumento convincente en contrario fue ofrecido en el caso? Veámoslo.

Primero, el voto mayoritario sostiene que el legislador nunca podía haber tenido la intención de que el asesino del testador fuera beneficiado por el testamento. Es una afirmación hipotética, pero plausible, que se enfrenta a la afirmación, no hipotética sino real, de que la intención del legislador, plasmada en la ley, es que los beneficiarios disfrutaran de su herencia.

Segundo, hablar de intenciones es siempre complicado. Si el legislador no quería que heredara Palmer, tenemos que investigar cuál era la intención de su abuelo, que era el testador. El abuelo de Palmer quería transmitir la propiedad de la granja por vía masculina, preservando el apellido: esto lo sabemos porque prefirió a su nieto, hijo de su hijo varón, frente a sus dos propias hijas. No sabemos —desde luego— si el abuelo de Palmer hubiera querido transmitirle a él la granja de haber sabido que era su homicida, pero tampoco sabemos si hubiera querido —en ese caso— que heredaran sus hijas, como dispuso el tribunal.

29. Cfr. LEITER, B., “Explaining Theoretical Disagreement”, en *The University of Chicago Law Review*, Chicago, vol. 76, p. 1241.

Tercero, el argumento de que la letra del acto legislativo está restringida por una construcción aristotélica equitativa es inaceptable para un positivista, puesto que es –sin duda– un argumento de derecho natural.

Cuarto, ocurre exactamente lo mismo con el argumento que invocan las legislaciones que incorporaron el principio de que nadie puede aprovecharse de su proceder fraudulento, el cual –el voto mayoritario reconoce explícitamente– aparecía en un derecho civil que había evolucionado a partir de principios generales de derecho natural y de justicia.

De modo que, más allá de un intento de adivinar la intención de legislador, la mayoría se limitó a exponer argumentos de derecho natural. Es el voto minoritario, en cambio, el que recoge la ortodoxia positivista, como enseña veremos.

Primero, es la minoría la que recordó que los casos no se resuelven en base a consideraciones de equidad, ni dentro del ámbito de la conciencia.

Segundo, es la minoría la que sostuvo que el tribunal estaba obligado por rígidas reglas de derecho.

Tercero, es la minoría la que afirmó que la alteración o revocación de las disposiciones testamentarias eran cuestiones sometidas a un completo control legislativo, y no judicial.

Cuarto, es la minoría la que dijo que los principios de equidad y de justicia natural constituyen razones para dictar nuevas leyes, pero no para decidir los casos sometidos a consideración del tribunal.

En suma: tenemos un voto mayoritario ortodoxamente iusnaturalista y un voto minoritario ortodoxamente positivista. Entiendo que Dworkin prefiriera la mayoría a la minoría, pero no entiendo por qué fue acompañado por Carrió y Hart en esta actitud. Para un positivista, *Riggs* no es un motivo para apresurarse a investigar si las reglas de reconocimiento puede incorporar principios, ni para hablar del ejercicio de la racionalidad, ni para preguntarse si es cierto que las reglas jurídicas son una cuestión de todo o nada. Es algo mucho más sencillo: es un caso mal decidido, en el cual ni siquiera hay que imaginar la decisión correcta porque ella ya aparece en el voto minoritario.

Aunque no me imagino que nadie pueda plantear la objeción que sigue, igual voy a anticiparme a ello: si la teoría positivista de Hart es un ejercicio descriptivo, entonces no tiene más remedio que describir a *Riggs* como un caso resuelto conforme a la decisión de la mayoría. Esta no es realidad una objeción y no es difícil darle respuesta. La teoría de Hart describe el derecho, es cierto, sin considerarlo ni bueno ni malo, pero, en cambio, no es una simple teoría de descripción de decisiones judiciales, porque si lo fuera no sería una versión del positivismo jurídico sino del realismo jurídico.<sup>30</sup> Hay espacio dentro de la teoría de Hart como para evaluar

30. Leiter efectuó un interesante análisis de las posturas de los jueces que votaron en *Riggs*, desde la

decisiones judiciales, y calificarlas de correctas o incorrectas, y *Riggs* fue una decisión incorrecta.

### VIII. ¿QUÉ OCURRE SI HEREDA PALMER?

Imaginemos que los argumentos de la minoría hubieran prevalecido en *Riggs* y preguntémosnos entonces por las consecuencias de una decisión de ese tipo.

Primero, no voy a discutir que estaríamos moralmente disgustados por el resultado de la decisión judicial. Las dos grandes teorías morales, el deontologismo y el utilitarismo, reprobarían el resultado obtenido: el deontologismo, sobre la base de que Palmer no merecía heredar, y el utilitarismo sobre la base de que el público en general entendería que uno de los modos de adquirir una propiedad consiste en asesinar al testador,<sup>31</sup> lo que produciría, ciertamente, incentivos no deseados.

Pero, segundo, ¿es tan complicado remediar esta situación? Consideremos el caso de la ley penal. En las primeras décadas del siglo XX un grupo de individuos denominados Los Caballeros de la Noche se apoderaban de cadáveres para exigir luego dinero por su devolución; el apoderamiento de cadáveres no estaba tipificado como delito, de donde no era posible condenarlos debido a la prohibición constitucional referida a la legislación retroactiva. Obviamente la sociedad argentina condenaba el proceder de estos individuos, consideraba que debían ser castigados y lamentaba su absolución; mirando hacia el futuro, todo esto quedaba resuelto –sin embargo– resuelto incorporando como delito a la legislación el apoderamiento de cadáveres.

Es muy claro que la sociedad norteamericana miraba con reprobación a finales del siglo XIX que el asesino del testador pudiera heredarlo, y la solución de este problema es también muy clara: bastaba con incorporar a la legislación al homicidio como condición de indignidad para heredar. Es cierto que en el caso específico de Palmer se hubiera arribado a una solución injusta, pero esto es inevitable porque el derecho está compuesto –parcialmente– por normas generales. Es imposible prever por adelantado todos los casos que pueden presentarse en el futuro y que estén alcanzados por una norma general; lo más que puede hacer el legislador es remediar las injusticias que se presenten a medida que ellas aparezcan. Desde el momento en que se introduzca legislativamente la cláusula de indignidad, desaparecen los incentivos para comportarse como lo hizo Elmer Palmer.

---

perspectiva del realismo jurídico. Cfr. LEITER, B., “Explaining Theoretical Disagreement”, ob. cit., pp. 1242-1246.

31. Cfr. D’AMATO, A., “Elmer’s Rule: A Jurisprudential Dialogue”, en *Northwestern University School of Law*, Chicago, Faculty Working Papers, 2010.

Lo mismo ha ocurrido en otros casos, precisamente –por ejemplo– en uno que menciona Dworkin en *Law's Empire*,<sup>32</sup> en el que no estaba en juego un principio moral sino consideraciones de eficiencia (lo que constituiría una “política” en la terminología dworkiniana). Un grupo ambientalista se opuso al proyecto de construcción de una represa, argumentando que violaba la ley de Especies en Peligro, ya que afectaba el único lugar en el que sobrevivía un pequeño pez. El proyecto se encontraba casi terminado, a un costo ya invertido de más de cien millones de dólares (de la década del setenta). El pez se encontraba incluido en la lista de especies en peligro, y la mayoría de la Corte Suprema se atuvo a la letra estricta de la ley y ordenó que se detuviera la construcción de la represa; la minoría –en cambio– adujo consideraciones de bienestar público y de sentido común para permitir la finalización de la obra.

En TVA se invirtieron los papeles de *Riggs*: la mayoría se limitó a examinar la regla, mientras que la minoría –en la práctica, porque se cuidó de decirlo explícitamente– dejó que primara sobre la regla un principio, no moral, pero sí eficientista (o, para decirlo con otras palabras, una política). ¿Ocurrió algún desastre –económico o de otro tipo– como resultado de esta decisión? No, como tampoco hubiera ocurrido se heredaba Palmer: sencillamente, el Congreso dictó una nueva ley, estableciendo un procedimiento de excepción, que se basaba en las consideraciones que debía aportar un comité de revisión. TVA no fue una catástrofe y *Riggs* tampoco lo hubiera sido.

Bentham –un positivista, si los hay– proponía otro remedio: si el juez advertía que la aplicación de la regla al caso concreto produciría un resultado injusto, él estaba dotado de una función que Bentham denominaba “Función Eventualmente Correctiva”, mediante la cual elevaba una propuesta a la legislatura como si fuera un miembro del parlamento, propuesta que –de ser aceptada– adquiriría fuerza de ley y se agregaba al cuerpo de leyes, esto es, se convertía en una regla.<sup>33</sup> La idea de Bentham tiene una ventaja y una desventaja. La ventaja es que evita la injusticia del caso no previsto inicialmente, la injusticia de Elmer Palmer en posesión de la herencia de su abuelo. La desventaja es que lo hace mediante una legislación retroactiva, de donde ella –claramente– no podría aplicarse en la esfera penal.

Con los dos remedios que he mencionado, las consecuencias de dejar heredar a Palmer distan de ser catastróficas.

32. *Tennessee Valley Authority v. Hill*, 437 US 153 (1978).

33. BENTHAM, J., “Constitutional Code”, en BOWRING, J. (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, Edinburgh, William Tait, 1843, vol. IX, p. 504.

## IX. TERMINA LA HISTORIA

Nadie puede discutir que las críticas de Dworkin a Hart experimentaron una gran variación, partiendo por ejemplo de su artículo de 1967 y comparándolo con *Law's Empire*, aparecido en 1986. Pero tampoco puede discutirse que el tema central en debate es siempre el mismo: la relación entre el derecho y la moral. Como observa Shapiro, la estrategia básica de Dworkin consistió siempre en argumentar que la legalidad está determinada últimamente, no sólo por hechos sociales, sino también por hechos morales.<sup>34</sup> Supongo que todos aceptaríamos que esta es una tesis de derecho natural.

Sin embargo, desde un comienzo existió una extraña renuencia a clasificar directamente a Dworkin como un iusnaturalista, pese a que, en realidad, Dworkin va más lejos en su defensa del derecho natural que muchos conspicuos iusnaturalistas. Él sostiene, como hemos visto, que el derecho debe contener principios, y que los principios constituyen una dimensión de la moral, de donde Dworkin piensa que la moral es un criterio necesario para la validez jurídica, lo que no es afirmado tan terminantemente ni siquiera por un iusnaturalista tan conocido como Finnis.<sup>35</sup>

Lo que diferencia Dworkin de los iusnaturalistas clásicos, por supuesto, es que él reconoce que –en los casos claros– si podemos establecer la existencia de una norma, el contenido de ella no es necesario para establecer su validez: los principios, y con ellos la moral, intervienen sólo en los casos dificultosos.<sup>36</sup>

Este mismo rasgo es el motivó que Mackie –usualmente muy perceptivo– describiera la tesis primitiva de Dworkin como “la tercer teoría del derecho”, intermedia entre el positivismo y el derecho natural,<sup>37</sup> aun reconociendo que para Dworkin lo que el derecho es puede depender crucialmente de lo que es moralmente mejor, y aún –lo que es mucho más importante– advirtiendo que la teoría Dworkin considera como dificultosos casos que para el positivismo son claros.<sup>38</sup>

Lo que puede haber detenido a Mackie en el intento de clasificar a Dworkin como iusnaturalista es su creencia de que los valores son subjetivos, creencia que –ingenuamente– también atribuyó a Dworkin; ciertamente nunca fue ese el caso. Aunque Dworkin no se ocupó al comienzo del tema, todos sabemos ahora que su posición es muy clara: el escepticismo respecto de los juicios morales, presentado

34. SHAPIRO, S. J., ob. cit., p. 23.

35. Cfr. LEITER, B., “The Hart-Dworkin Debate”, ob. cit., p. 162.

36. Cfr. SOPER, E. P., “Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart-Dworkin Dispute”, en COHEN, M. (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, New Jersey, Rowman & Allanheld, 1984, p. 21.

37. MACKIE, J., “The Third Theory of Law”, en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 7, n° 1, p. 3.

38. MACKIE, J., ob. cit., pp. 9 y 13.

como algo externo a la moral, es imposible; cualquier discrepancia sobre principios morales se plantea dentro de la moral, y no como una cuestión metaética.<sup>39</sup> Como observa Raz, la teoría jurídica de Dworkin está comprometida con el cognitivismo moral.<sup>40</sup>

Creo que el primero en advertir el carácter iusnaturalista de la tesis de Dworkin fue David Richards. Al describir la tesis, Richards recuerda que para Dworkin el razonamiento jurídico invoca principios que los tribunales desarrollan a través del largo proceso de los precedentes. Como estos principios a menudo son morales, el razonamiento jurídico depende del razonamiento moral, en el sentido de que los principios morales desempeñan un papel central en el razonamiento jurídico, especialmente en casos dificultosos. Consecuentemente, es falsa la tesis central del positivismo jurídico respecto de la separación entre el derecho y la moral, y para Dworkin la interpretación teórica más plausible del razonamiento jurídico requiere la verdad de la teoría del derecho natural.<sup>41</sup> Dworkin no aceptó esta caracterización, y sostuvo que Richards había fracasado en percibir la diferencia entre la teoría ortodoxa del derecho natural y la teoría que él proponía. Señaló, así, que no se sigue de su teoría que el derecho sea siempre moralmente válido, o que lo que es moralmente válido sea siempre derecho, incluso en los casos dificultosos.<sup>42</sup>

Parecería que Dworkin pretende basar sus pretendidas diferencias con el derecho natural en una cuestión cuantitativa, esto es, en la cuestión de cuánto derecho debe ser justificado por la moral. Quiero mostrar que este argumento no proporciona motivo alguno para considerar a la tesis original de Dworkin como algo distinto a una versión más del derecho natural examinando para ello un ejemplo muy conocido: el de la fórmula de Radbruch.

39. Cfr. DWORKIN, R., "On Interpretation and Objectivity", en *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1985, y "Objectivity and Truth: You'd Better Believe It", en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 25, n° 2.

40. RAZ, J., "Postscript a Legal Principles and the Limits of the Law", en COHEN, M. (ed.), ob. cit., p. 85.

41. RICHARDS, D. A. J., "Rules, Policies, and Neutral Principles: The Search for Legitimacy in Common Law and Constitutional Adjudication", en *Georgia Law Review*, vol. 11, n° 5, pp. 1081-1082. Ya en 1992, en cambio, Soper sostenía sin vacilar que en "la teoría jurídica, el regreso del derecho natural como contendiente viable al positivismo está reflejado muy notablemente en la obra de Ronald Dworkin". Cfr. SOPER, P., "Some Natural Confusions About Natural Law", en *Michigan Law Review*, vol. 90, n° 8, p. 2393. Y en 2002 Brian Bix incluye decididamente a Dworkin como teórico del derecho natural, recordando que su enfoque respecto del derecho y de la teoría jurídica rechaza una separación estricta entre el derecho y la moral: no se puede determinar "lo que el derecho es" sin considerar cuestiones morales o evaluativas. BIX, B., "Natural Law: The Modern Tradition", en COLEMAN, J. y SHAPIRO, C. (ed.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 84.

42. DWORKIN, R., "Seven Critics", en *Georgia Law Review*, ob. cit., pp. 1250 y 1254.

En 1945, concluida la Segunda Guerra Mundial, el gran filósofo del derecho alemán Gustav Radbruch renunció a las ideas del positivismo jurídico, vinculándolo –erróneamente, desde luego– con los desastres del nazismo, y anunció su conversión al derecho natural. Hay dos aspectos de esa nueva teoría de Radbruch que lo vinculan estrechamente con la tesis de Dworkin que estoy examinando aquí.

El primer aspecto es típicamente dworkiniano: Radbruch sostiene que hay principios de derecho que tienen más peso que cualquier pronunciamiento legal, de modo que una ley en conflicto con ellos carece de validez.<sup>43</sup> El segundo aspecto, a su vez, sugiere una interesante comparación con la tesis de Dworkin: Radbruch piensa que el conflicto entre la justicia y la certidumbre jurídica puede resolverse aceptando que el derecho positivo tiene precedencia incluso cuando su contenido es injusto y fracasa en beneficiar a la gente, pero establece de inmediato un límite, al cual se arriba cuando el conflicto entre la ley y la justicia alcanza un grado tan intolerable que la ley se convierte en derecho fallido y debe rendirse ante la justicia.<sup>44</sup> Como bien resume Alexy, entonces, la fórmula de Radbruch es esta: “La injusticia extrema no es derecho”.<sup>45</sup>

Comparemos esta tesis con la de Dworkin. Obviamente la idea de Radbruch acerca del papel de los principios en el derecho es la misma que la idea de Dworkin, pero es el segundo aspecto de la tesis de Radbruch el que más me interesa. Radbruch dice que, en ciertos casos, puede establecerse que algo es derecho aunque no sea moral; basta con que no sea extremadamente inmoral. Dworkin, a su vez, acepta que, en ciertos casos, puede establecerse que algo es derecho aunque no sea moral; basta con que la regla sea clara. Radbruch piensa en la injusticia extrema, pero yo creo que todos los casos de injusticia extrema serían considerados casos difíciles por Dworkin.

De todas formas, el paralelo es este: ni en Radbruch ni en Dworkin la moral interviene en todos los casos en los que debemos decidir si una norma jurídica es válida. Sin embargo, a nadie se le ocurrió decir que Radbruch había diseñado una nueva teoría, intermedia entre el derecho natural y el positivismo jurídico; los autores que examinaron su tesis –correctamente– la consideraron una tesis de ortodoxa de derecho natural. ¿Por qué adoptar una actitud diferente respecto de la tesis de Dworkin? Yo creo que la tesis primitiva de Dworkin es solamente una nueva versión de la clásica tesis iusnaturalista: la moral es un elemento necesario para la validez del derecho.

43. RADBRUCH, G., “Five Minutes of Legal Philosophy”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, n° 1, p. 14.

44. RADBRUCH, G., “Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, vol. 26, n° 1, p. 7.

45. ALEXY, R., “A Defense of Radbruch’s Formula”, en DYZENHAUS, D. (ed.), *Recrafting the Rule Of Law: The Limits of Legal Order*, Portland, Or., Hart Publishing, 1999, pp. 17 y 24.

Sorprende que autores del talento de Hart y de Carrió no lo advirtieran y que aceptaran los rasgos generales de la tesis, que pensarán que *Riggs* fue un caso bien decidido y que había que modificar, o –al menos– aclarar, las ideas de Hart para dar cuenta del mismo. Por supuesto que *Riggs* es un caso bien decidido para Dworkin, puesto que fue un caso decidido de acuerdo al derecho natural, pero, también por supuesto, *Riggs* fue un caso mal decidido para el positivismo jurídico, posición que era la que Hart y Carrió trataban de defender.

La crítica original de Dworkin cobró fuerza basada –curiosamente– en lo que parece ser un error: él describió adecuadamente al positivismo jurídico, pero no en especial a la versión positivista de Hart. Carrió y Hart reaccionaron desmedidamente frente a las críticas de Dworkin y las aceptaron con exagerada rapidez, sin aclarar de manera explícita que había versiones del positivismo jurídico distintas a la de Hart (versiones, como he mostrado, que no tenían por qué aceptar las críticas dworkinianas), y –en especial– sin recalcar que Dworkin proponía solamente una versión del derecho natural. El Dworkin temprano hubiera cobrado mucha menos importancia, y quién sabe lo que hubiera ocurrido con el Dworkin posterior, si los positivistas le hubieran respondido desde un comienzo: “Dejen que herede Palmer”.

Así de simple.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, “A Defense of Radbruch’s Formula”, en DYZENHAUS, D. (ed.), *Recrafting the Rule Of Law: The Limits of Legal Order*, Portland, Or., Hart Publishing, 1999.
- AUSTIN, John, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, London, John Murray, Albermarle Street, 1991.
- BENTHAM, Jeremy, “Constitutional Code”, en BOWRING, J. (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, Edinburgh, William Tait, 1843, vol. IX.
- , *The Limits of Jurisprudence Defined*, Westport, Conn., Greenwood Press, 1970.
- , *Of Laws in General*, Londres, The Athlone Press, 1970.
- BIX, Brian, “Natural Law: The Modern Tradition”, en COLEMAN, J. y SHAPIRO, C. (ed.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England in Four Books*, Philadelphia, J.B. Lippincott Company, 1893.
- CARRIÓ, Genaro R., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1971.
- D’AMATO, Anthony, “Elmer’s Rule: A Jurisprudential Dialogue”, en *Northwestern University School of Law*, Chicago, Faculty Working Papers, 2010.
- DWORKIN, Ronald, “Objectivity and Truth: You’d Better Believe It”, en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 25, n° 2.

- , “On Interpretation and Objectivity”, en *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1985.
- , *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977.
- FARRELL, Martín D., “La primacía del derecho y sus transformaciones sucesivas”, en *Ética en las relaciones internas e internacionales*, Barcelona, Gedisa, 2003.
- HART, Herbert L. A., “Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer”, en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 105.
- , “Positivism and the Separation of Law and Morals”, en FEINBERG, J. y GROSS, H. (ed.), *Philosophy of Law*, Belmont, Cal, Wadsworth Publishing Co., 1975.
- , Herbert L. A., *Postscript a The Concept of Law*, Segunda edición, Oxford, Clarendon Press, 1994.
- LEITER, Brian, “Explaining Theoretical Disagreement”, en *The University of Chicago Law Review*, Chicago, vol. 76.
- , “Beyond the Hart-Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence”, en *Naturalizing Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- MACKIE, John, “The Third Theory of Law”, en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 7, n° 1.
- MIKHAIL, John, “Plucking the Mask of Mystery From its Face’: Jurisprudence and H. L. A. Hart”, en *The Georgetown Law Journal*, vol. 95.
- , “Plucking the Mask of Mystery From its Face’: Jurisprudence and H. L. A. Hart”, en *The Georgetown Law Journal*, vol. 95.
- RADBRUCH, Gustav, “Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, vol. 26.
- , “Five Minutes of Legal Philosophy”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, n° 1.
- RICHARDS, David A. J., “Rules, Policies, and Neutral Principles: The Search for Legitimacy in Common Law and Constitutional Adjudication”, en *Georgia Law Review*, vol. 11, n° 5.
- ROTH, Joseph, *Confession of a Murderer*.
- SHAPIRO, Scott J., “The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed”, en RIPSTEIN, A. (ed.), *Ronald Dworkin*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- , “On Hart’s Way Out”, en COLEMAN, J. (ed.), *Hart’s Postscript*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- SOPER, Philip, “Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart-Dworkin Dispute”, en COHEN, Marshall (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, New Jersey, Rowman & Allanheld, 1984.
- , “Some Natural Confusions About Natural Law”, en *Michigan Law Review*, vol. 90, n° 8.

## LA NECESARIA REFORMULACIÓN DEL CONCEPTO DE DOMINIO PÚBLICO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL\*

MARÍA DE LOS ÁNGELES FERNÁNDEZ SCAGLIUSI \*\*

**Resumen:** A pesar de que el dominio público es la categoría fundamental de la propiedad pública, ha atravesado graves crisis e incluso se ha llegado a preconizar que tenía los días contados. El presente trabajo analiza las principales notas de su régimen jurídico en España, con el objetivo de comprender su evolución y, sobre todo, los cambios que hace ya tiempo el mismo reclama.

**Palabras clave:** dominio público – bienes demaniales – bienes patrimoniales – derechos reales.

**Summary:** Although public domain is the fundamental category of public property, it has undergone severe attacks and it was said that it was going to disappear. This paper analyzes the basic features of their legal status in Spain, in order to understand its evolution and, above all, the changes it claimed.

**Keywords:** public domain – public goods – patrimonial property – rights of rem.

\* Recepción del original: 01/08/2014. Aceptación: 01/10/2014.

\*\* Licenciada en Derecho y Doctora en Derecho por la Universidad de Sevilla, cuya tesis titulada “La valorización del dominio público”, dirigida por los Profesores Doctores Juan Antonio Carrillo Donaire y Encarnación Montoya Martín, recibió la calificación de “Sobresaliente *Cum Laude* por Unanimidad”. Ha sido Becaria de Investigación y actualmente es Profesora Interina del Departamento de Derecho Administrativo en la Universidad de Sevilla. Ha realizado el curso de experto en “Ordenación del Territorio y Derecho Urbanístico de Andalucía”, así como el Máster Universitario Oficial en Derecho Público. Ha publicado numerosos trabajos sobre la materia en la Revista Andaluza de Administración Pública, Revista de Derecho Patrimonial, La Ley, Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, y en el Diario de Derecho Municipal. Ha participado en cinco obras colectivas, abordando no sólo la temática demanial, sino también la responsabilidad de la Administración, la transparencia administrativa y los nuevos procedimientos contenidos en el nuevo Reglamento de Extranjería. Ha realizado una estancia de investigación en la Universidad Panthéon-Assas (Paris II) (Francia), dos estancias en la Scuola di Specializzazione sull’Amministrazione Pubblica de la Universidad de Bolonia (Italia) y una estancia en la Bodleian Library de la Universidad de Oxford (Reino Unido).

## I. EL CONCEPTO DE DOMINIO PÚBLICO Y SUS ÚLTIMOS CAMBIOS

### I.A. La tipología de bienes públicos

El dominio público constituye la categoría fundamental de los bienes públicos. Sin embargo, de esta institución, que ha resultado ser una de las más controvertidas, dentro del Derecho administrativo, se ha vislumbrado la crisis e incluso se ha llegado a preconizar que tenía los días contados.<sup>1</sup> A pesar de todo lo cual, el dominio público sigue presente entre nosotros y su teoría continúa planteando problemas de difícil resolución.

Para analizar las notas fundamentales de su régimen jurídico en España, con el fin de que seamos capaces de comprender su evolución, desde sus inicios hasta llegar a la situación actual, debemos partir de la Norma Suprema porque ya ella recoge y garantiza distintas categorías de bienes: los de propiedad privada (arts. 33 y 53.1), los reservados al sector público (art. 128.2), los bienes patrimoniales de ciertos Entes públicos (art. 132.3), los bienes de dominio público en general, los comunales y los que integran el Patrimonio Nacional (art. 132.3).

Todos estos bienes están subordinados al interés general, pero algunos tienen, además, una sumisión específica a un determinado fin de utilidad pública. El art. 132 se refiere a dichos bienes destinados especialmente al interés público, bien mediante su afectación, bien mediante su incorporación al régimen administrativo de los bienes patrimoniales.<sup>2</sup>

1. Así lo ha hecho NIETO GARCÍA, A., *Bienes comunales*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1964, p. 3, y, más particularmente, GONZÁLEZ BERENGUER, J. L., “Sobre la crisis del concepto de dominio público”, en *Revista de Administración Pública*, n° 56, Madrid, 1968, p. 191.

2. SAINZ MORENO, F., “El dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza, cincuenta años después de la fundación de la Revista de Administración Pública”, en *Revista de Administración Pública*, Madrid, n° 150, 1999, p. 479.

Ciertamente, ha de comenzarse su análisis acudiendo al precepto encargado de su reconocimiento constitucional<sup>3</sup> y de su mantenimiento institucional:<sup>4</sup> el art. 132 de la Constitución española (en adelante CE).

El contenido del citado precepto art. 132 es el siguiente: “1. La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación. 2. Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental. 3. Por ley se regularán el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional, su administración, defensa y conservación”.

En este artículo se contienen dos indicaciones relevantes<sup>5</sup> para el objeto de nuestra investigación. En primer lugar, la alusión sucesiva a nociones que parecen referirse a instituciones distintas, pero que están relacionadas entre sí, pues todas ellas remiten a un régimen distinto al de la propiedad privada, previsto en el art. 33 de la CE. En segundo lugar, en el ámbito estricto del dominio público, se establece una reserva de ley [reserva legal cumplida hoy por la Ley 33/2003, de 3 de

3. GALLEGO ANABITARTE, A., *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial (derecho a la educación; autonomía local; opinión pública)*, Madrid, Civitas, 1994, p. 83, explica que la finalidad de constitucionalizar una determinada categoría jurídica es “limitar la posibilidad de libre disposición por parte del legislador a la hora de regularla”. También en este sentido, BAÑO LEÓN, J. M., “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 24, Madrid, 1988, p. 170, afirma: “Reconocido que la norma constitucional tiene primacía sobre la legislación, que la Constitución, por tanto, se impone al legislador, hay que reconocer también que toda institución o derecho contenido en la Constitución goza de una garantía frente al legislador”. Puntualiza CHINCHILLA MARÍN, C., *Bienes patrimoniales del Estado (concepto y formas de adquisición por atribución de Ley)*, Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 69, que “la institución constitucionalmente garantizada no implica la defensa de una institución o, más genéricamente hablando, de una categoría jurídica, con las características y el significado concretos que tenga en un momento dado, sino que garantiza la existencia de tal institución en el respeto de sus rasgos esenciales, y no en la forma de un status quo”. Sin embargo, “el Tribunal Constitucional ha afirmado que las Instituciones públicas o los Institutos de Derecho privado constitucionalmente garantizados no pueden ser modificados en términos que afecten a su contenido esencial, de manera que, aun conservándose la antigua denominación, ésta venga a designar un contenido en el que la conciencia social no reconoce ya la Institución garantizada, y ha sostenido a continuación que otra cosa bien distinta es que el legislador pueda, como efectivamente puede modificar las definiciones o los criterios definitorios de realidades naturales, no jurídicas, a las que la Constitución alude”.

4. GALLEGO ANABITARTE, A., “*Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial...*”, ob. cit., p. 79, precisa que las denominadas garantías institucionales no siempre y no sólo están referidas a derechos fundamentales, sino que pueden no tener relación alguna con ellos.

5. FONT I LLOVET, T., “La ordenación constitucional del dominio público”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, p. 3919.

noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante LPAP)] que recae sobre varios objetos: el régimen jurídico de los bienes de dominio público y su desafectación, por un lado; y la determinación de los bienes que pertenecen al dominio público estatal, por otro.

Las distintas clasificaciones de bienes deben ser tenidas en cuenta para poder efectuar una descripción completa del estatuto de los bienes públicos, puesto que hace falta concluir el cuadro, añadiendo a la categoría central del dominio público, cuyo estudio nos proponemos abordar, otras de trascendencia económica y social diversa.<sup>6</sup> Así, el propio texto constitucional se encarga de citar y dispensar a los bienes comunales el mismo tratamiento que a los de dominio público, desde el punto de vista de los principios que han de inspirar su régimen. Seguidamente, menciona tanto el Patrimonio del Estado como el Patrimonio Nacional, cuya especialidad deriva de la titularidad del uso, remitiendo a la ley, la regulación de su administración, defensa y conservación.

Los bienes comunales se definen, como señala el art. 79.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LBRL), como aquéllos cuyo aprovechamiento y disfrute corresponde al común de los vecinos. Pertenecen al Municipio,<sup>7</sup> lo que implicaría que pudieran recibir la calificación de bienes demaniales o patrimoniales.<sup>8</sup> No obstante, de la interpretación sistemática de

6. MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I., “El estatuto jurídico de los bienes. Las transformaciones del Derecho público de bienes: del dominio público a las cosas públicas”, en MONTORO CHINER, M. J. (coord.), *Las infraestructuras ferroviarias del III milenio*, Barcelona, Cedecs, 1999, p. 57.

7. COLOM PIAZUELO, E, *Los bienes comunales en la legislación de régimen local*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 35 y ss., llama la atención sobre la importancia de esta cuestión, afirmando: “La determinación del propietario de los patrimonios vecinales constituye uno de los elementos fundamentales del concepto de bien comunal” y explica que debido al silencio sobre la titularidad de estos bienes, ha tenido lugar una amplia discusión de carácter teórico. Así, se han propuesto tres teorías en relación con la titularidad de los bienes comunales: los bienes comunales pertenecen al común de los vecinos; la teoría de la titularidad compartida, en la que el Municipio es el nudo propietario y la comunidad vecinal tiene un derecho real de goce que recae sobre la propiedad local; y la atribución del dominio a la Entidad local. En la actualidad, este debate doctrinal carece prácticamente de consecuencias, puesto que la legislación vigente parte de que los bienes comunales pertenecen a las Entidades locales. Esto se fundamenta en la propia naturaleza demanial atribuida por el art. 80.1 de la LBRL y el hecho de que los bienes de dominio público pertenecen exclusivamente a las Administraciones públicas. A pesar de ello, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Objeto y ámbito. La tipología de los bienes públicos y el sistema de competencias”, en CHINCHILLA MARÍN, C. (coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, p. 77, argumenta: “Sea o no equiparable su régimen al de los bienes demaniales en sentido estricto, la singularidad que entraña la titularidad colectiva de su aprovechamiento y, sobre todo, la expresa mención que les dedica el texto constitucional son datos que hubieran aconsejado al menos una alusión —el autor se refiere a la LPAP— a estos bienes, por más que el legislador se remitiera acto seguido a lo dispuesto en la normativa de régimen local”.

8. El art. 79 de la LBRL establece: “1. El patrimonio de las Entidades locales está constituido por el conjunto de bienes, derechos y acciones que les pertenezcan. 2. Los bienes de las Entidades locales son

los arts. 79 y 80 de la LBRL se puede concluir que se integran dentro de la categoría de cosas *extra commercium*, denominada dominio público.<sup>9</sup> Tal calificación se reitera en el art. 2.3 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (en adelante RBEL), al afirmar que tienen la consideración de comunales aquellos bienes de dominio público cuyo aprovechamiento corresponde al común de los vecinos.

Este carácter demanial también ha sido admitido por la jurisprudencia.<sup>10</sup>

Por su parte, el Patrimonio Nacional<sup>11</sup> es el conjunto limitado de bienes, definidos en la Ley 23/1982, de 16 de junio, reguladora del Patrimonio Nacional, concretamente, en el art. 2, como aquéllos afectados al uso y servicio del Rey y de los miembros de la Real Familia para el ejercicio de la alta representación que la CE y las leyes les atribuyen. Su régimen jurídico es prácticamente el mismo del dominio público, aunque no puedan técnicamente ser calificados como tales.<sup>12</sup> Su trascendencia, sin perjuicio de la alta misión y del indudable valor intrínseco de estos bienes desde el punto de vista histórico, artístico, cultural, etc., se comprende que es muy limitada.

---

de dominio público o patrimoniales.3. Son bienes de dominio público los destinados a un uso o servicio público. Tienen la consideración de comunales aquellos cuyo aprovechamiento corresponda al común de los vecinos”.

9. COLOM PIAZUELO, E., “El proceso de formación de la noción de bien comunal y sus consecuencias”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 111, Madrid, 2001, pp. 373 y ss.

10. Entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de noviembre de 1986, –RJ 1986/6251–, sostiene que antes de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985 los bienes comunales tenían un régimen jurídico que los asimilaba a los de dominio público, declarándolos inalienables, imprescriptibles e inembargables, y que después de la misma son expresamente demaniales. En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de noviembre de 1995, –RJ 1995/8567–, indica que los bienes comunales están afectados al uso y al aprovechamiento vecinal.

11. LÓPEZ RODÓ, L., “Naturaleza jurídica de los bienes del Patrimonio Nacional”, en *Estudios dedicados al Profesor Gascón y Marín en el cincuentenario de su docencia*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1952, pp. 527-556; BASSOLS COMA, M., “Instituciones administrativas al servicio de la Corona: Dotación, Casa de S.M. el Rey y Patrimonio Nacional”, en *Revista de Administración Pública*, nº 100-102, Madrid, 1983, pp. 891-933; y MUÑOZ DEL CASTILLO, J. L. y VEGA HERRERO, M., “Patrimonio del Estado y Patrimonio Nacional: aspectos jurídico-financieros”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (dir.), *Estudios de Derecho y Hacienda: homenaje a César Albiñana García-Quintana*, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1987, pp. 605-642.

12. El apartado segundo del art. 6 de su norma reguladora aclara: “Los bienes y derechos integrados en el Patrimonio Nacional serán inalienables, imprescriptibles e inembargables, gozarán del mismo régimen de exenciones tributarias que los bienes de dominio público del Estado, y deberán ser inscritos en el Registro de la Propiedad como de titularidad estatal. El Consejo de Administración del Patrimonio Nacional podrá interesar del Ministerio de Hacienda, en relación con los bienes y derechos a que se refieren los dos artículos precedentes, el ejercicio de las prerrogativas de recuperación, investigación y deslinde que corresponde al Estado respecto de los bienes de dominio público”.

No puede decirse lo mismo del Patrimonio del Estado, integrado por bienes cuyo régimen jurídico se caracteriza por no estar sometido a las reglas de la inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad, ni al criterio de la afectación. Son bienes que le pertenecen al Estado y no están destinados ni a un uso público, ni a un servicio público, ni al fomento de la riqueza nacional, y que constituyen, por ello, la propiedad privada del Estado o su dominio privado, por contraposición a su dominio público. La CE sólo menciona respecto de la propiedad privada los bienes integrados en el patrimonio del Estado, pero es evidente que su silencio no afecta de manera alguna a las Comunidades Autónomas ni a las Entidades locales. El silencio constitucional ha de interpretarse de forma positiva por las proclamaciones de autonomía y otras previsiones constitucionales aplicables a estas Administraciones.

### **I.B. El dominio público en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas**

La LPAP utiliza un concepto amplio e impreciso de los bienes demaniales, pero no sólo de ellos, sino también del patrimonio mismo. Al igual que en el lenguaje coloquial, la expresión “bienes públicos” designa en esta norma a todas las cosas pertenecientes a las Administraciones públicas, sean de dominio público o sean de dominio privado.

Este sentido amplio se refleja en la legislación posterior a la CE, tanto local como autonómica, que ha sostenido que el patrimonio está formado por todos los bienes, derechos y acciones que pertenecen a las Administraciones públicas. Así, el art. 79 de la LBRL emplea el concepto de patrimonio para designar conjuntamente ambas categorías de bienes.

También los Estatutos de Autonomía se decantaron por esta posición, tal y como demostraba el incluir en el patrimonio de cada respectiva Comunidad Autónoma todos los bienes y derechos de la misma, con independencia de su naturaleza jurídica.

El art. 3.1 de la LPAP señala: “El patrimonio de las Administraciones públicas está constituido por el conjunto de sus bienes y derechos, cualquiera que sea su naturaleza y el título de su adquisición o aquel en virtud del cual les hayan sido atribuidos”.

Añadiendo, a continuación, en su apartado segundo, que “No se entenderán incluidos en el patrimonio de las Administraciones públicas el dinero, los valores, los créditos y los demás recursos financieros de su hacienda ni, en el caso de las Entidades Públicas Empresariales y entidades análogas dependientes de las

Comunidades Autónomas o corporaciones locales, los recursos que constituyen su tesorería”.<sup>13</sup>

Fiel a la tradición, la LPAP consagra y reafirma la tipología clásica en nuestro Derecho, que distingue entre los bienes de dominio público o demaniales, y los bienes de dominio privado, o patrimoniales. Dice su art. 4: “Por razón del régimen jurídico al que están sujetos, los bienes y derechos que integran el patrimonio de las Administraciones públicas pueden ser de dominio público o demaniales y de dominio privado o patrimoniales”.

Esta distinción responde a la regulación establecida en los arts. 338 a 345 del Código civil (en adelante C.c.), que veremos seguidamente, en los que la tipificación no tenía un sentido idéntico al que la LPAP le atribuye.<sup>14</sup> Sin embargo, estas menciones hoy no son más que historia, por cuanto la LPAP ha venido a derogar los citados preceptos del Código civil.

En todo caso, sí debe advertirse que la clasificación dual que la LPAP adopta no está exenta de críticas. La principal es que han quedado excluidos de la misma determinados bienes, tal y como demuestra el hecho de que el art. 4 de la LPAP no logra incluir todos los bienes que integran el patrimonio de las Administraciones públicas, pues no todos son demaniales o patrimoniales. La clasificación de la Ley no es exhaustiva.

Esto se refleja, en primer lugar, en el caso de los bienes integrantes del Patrimonio Nacional. Aunque la Ley atribuye a estos bienes la práctica totalidad de los rasgos característicos del dominio público, por lo que se considera que técnicamente forman parte de éste, su titularidad no corresponde a la Administración General del Estado, sino al Estado mismo, y la LPAP no se encarga de especificar las cuestiones que ello suscita.

13. RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Derecho Administrativo Patrimonial: comentario a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Barcelona, Bosch, 2005, t. I, p. 35, indica que el hecho de que no esté integrado el patrimonio por las obligaciones o relaciones jurídicas pasivas, es decir, deudas u obligaciones, sino sólo bienes y derechos, ocasiona que no pueda decirse que dicho patrimonio cumpla la función de ser garantía de las deudas de la Administración, ya que ésta –a diferencia de los particulares– no responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, presentes y futuros. El patrimonio de la Administración, a diferencia del patrimonio de un particular, no está regido con carácter general, por el principio de garantía o responsabilidad por las deudas contraídas o, al menos, no lo está en la misma forma.

14. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Objeto y ámbito. La tipología de los bienes públicos y el sistema de competencias”, en CHINCHILLA MARÍN, C. (coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio...* ob. cit., p. 75, recuerda que el Código no maneja un único concepto de dominio público, sino dos, de contenido diverso, según si los bienes demaniales pertenecían al Estado o a las Entidades locales; y, además, atribuía a los bienes patrimoniales un régimen jurídico idéntico al de la propiedad privada, como se deduce del texto de los arts. 340 y 345.

Asimismo –y más cuestionable– es la omisión en la LPAP de la categoría de los bienes comunales, sobre los cuales guarda silencio.

Por último, la exclusión del concepto de patrimonio de cada Administración, a tenor del art. 3.2 de la LPAP, el dinero, los valores, los créditos y demás recursos financieros de su Hacienda. Paradójicamente, este respeto hacia lo hacendístico no ha encontrado su correlato en la ley 47/2003, General Presupuestaria, que regula la noción de Hacienda Pública donde se incluye el dinero y los demás recursos financieros que la LPAP excluye de la noción de patrimonio, siendo así que en pura lógica, ambos conceptos, patrimonio y de Hacienda Pública deberían ser de contenido equivalente.

La LPAP emplea dos criterios de distinción entre los dos bloques de bienes demaniales y patrimoniales. De una parte, el criterio principal o nominativo, en virtud del cual se califican determinados bienes como demaniales<sup>15</sup> o como patrimoniales, ya sea expresamente, ya sea por remisión a las calificaciones que hagan las leyes reguladoras de cada masa de bienes.<sup>16</sup> Esta última operación se lleva a cabo considerando la existencia de ciertos caracteres físicos o naturales homogéneos o unitarios de un recurso, bien o género de bienes. Cuando esto sucede, la demanialidad se produce en el momento en que los bienes reúnen las características físicas determinadas por la Ley. No obstante, ello no impide que la calificación legal pueda requerir ciertos actos de comprobación para acreditar que un bien concreto reúne las características propias del género demanial en cuestión.

De otra parte, el criterio secundario que utiliza una noción general o abstracta, según el cual se califican como bienes de dominio público los que “se encuentren afectados al uso general o al servicio público”,<sup>17</sup> siendo patrimoniales todos los restantes en los que no concurra esta causa.<sup>18</sup>

15. De acuerdo con el art. 5.3 de la LPAP, son bienes de dominio público, además de los enumerados expresamente en el art. 132.2 de la CE, “Los inmuebles de titularidad de la Administración General del Estado o de los organismos públicos vinculados a ella o dependientes de la misma en que se alojen servicios, oficinas o dependencias de sus órganos o de los órganos constitucionales del Estado se considerarán, en todo caso, bienes de dominio público”. Por otro lado, se remite a lo que disponga en cada caso una Ley: “(...) aquellos a los que una ley otorgue expresamente el carácter de demaniales”.

16. El propio art. 5.1 de la LPAP considera bienes demaniales “aquellos a los que una ley otorgue expresamente el carácter de demaniales”.

17. Éstos son los términos también contenidos en el citado art. 5.1 de la LPAP.

18. Establece el art. 7 de la LPAP que son bienes y derechos de dominio privado, o patrimoniales, los que, siendo de titularidad de las Administraciones públicas, no tengan el carácter de demaniales. A continuación, el apartado segundo de este mismo artículo: “En todo caso, tendrán la consideración de patrimoniales de la Administración General del Estado y sus organismos públicos los derechos de arrendamiento, los valores y títulos representativos de acciones y participaciones en el capital de sociedades mercantiles o de obligaciones emitidas por éstas, así como contratos de futuros y opciones cuyo activo subyacente esté constituido por acciones o participaciones en entidades mercantiles, los

### I.C. Los bienes públicos en el Código civil

Según el art. 338 del C.c., los bienes, es decir, como define el art. 333, “las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación”, son de dominio público o de propiedad privada. Con ello, se vino a recoger la clásica división existente entre los bienes considerados dentro y fuera del comercio.

Seguidamente, el art. 339 se ocupa del dominio público del Estado y, los arts. 340 y 345, del dominio de propiedad privada del mismo.

Son bienes de dominio público los que están destinados al uso público (art. 339.1), a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional (art. 339.2).<sup>19</sup> Así, dentro de los bienes demaniales, se distinguen dos subgrupos: los bienes que son de dominio público por estar destinados al uso público y los que lo son por estarlo a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional y que “pertenecen privativamente al Estado”. La diferencia entre unos y otros queda marcada por el hecho de que mientras el destino de los primeros es el uso común o público, esto es, un destino externo o ajeno al funcionamiento de la Administración, el de los segundos es un destino dentro de la propia Administración, de tal manera que lo privativo vendría a ser destino interno o doméstico de los bienes.

Por el contrario, son bienes de propiedad privada los pertenecientes a los particulares individual o colectivamente (art. 345), y los pertenecientes al Estado<sup>20</sup> que no estén destinados ni al uso público, ni a los servicios públicos ni al fomento de la riqueza nacional (art. 340), así como los bienes de las provincias y de los pueblos que no son de uso público (art. 344), los cuales reciben la denominación de bienes patrimoniales (arts. 343, 344 y 345).

Chinchilla Marín<sup>21</sup> apunta que la clasificación que dichos preceptos establecen se basa en un doble criterio: el tipo de persona (pública o privada) a quien pertenecen, de un lado, y la finalidad a la que se destinan, de otro. Si sólo fuera el criterio subjetivo de la persona a quien pertenecen los bienes el que definiera las dos categorías, resultaría que públicos o de dominio público tendrían que ser todos los bienes de titularidad pública, y privados o de propiedad privada, todos los que pertenecieran a los particulares.

---

derechos de propiedad incorporal, y los derechos de cualquier naturaleza que se deriven de la titularidad de los bienes y derechos patrimoniales”.

19. Véase MOREU CARBONELL, E., *Minas: régimen jurídico de las actividades extractivas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

20. En el C.c. no aparece la expresión “Patrimonio del Estado” y sí la de “bienes patrimoniales del Estado”, en el art. 345, la cual designa al conjunto de bienes que pertenecen al Estado, pero que, a diferencia de los de dominio público “tienen el carácter de propiedad privada”.

21. CHINCHILLA MARÍN, C., *Bienes patrimoniales del Estado...*, ob. cit., p. 83.

## I.D. Elementos que conforman el concepto de dominio público

Una de las principales dificultades que presenta el dominio público es el hecho de poder encontrar elementos que configuren un régimen jurídico unitario que sirva de hilo conductor para todos los bienes incluidos dentro de esta categoría. Aún siguen apareciendo dudas sobre los bienes que componen el dominio público y sobre el régimen jurídico que les es aplicable.

Ciertamente, identificar el dominio público y sus elementos integrantes no es una cuestión sencilla, pues la expresión alberga una diversidad de significados.<sup>22</sup>

En todo caso, sí puede apuntarse que la noción de dominio público se construye en base a varios elementos, comúnmente aceptados desde su sistematización por Ballbé Mallol.<sup>23</sup> Estos elementos son: la titularidad administrativa (elemento subjetivo), la afectación a un fin público (elemento teleológico) y el régimen jurídico especial (elemento normativo). Consecuentemente, son bienes de dominio público los que, además de ser de titularidad administrativa y estar afectados a una finalidad pública, reciban esta calificación y sean objeto de un determinado régimen jurídico. En consecuencia, se puede definir al dominio público como el conjunto de bienes cuya titularidad corresponde a una Administración Pública que, por su propia naturaleza o en virtud de actos administrativos, están afectados a un uso público o al desenvolvimiento normal de un servicio público, reclamando para sí un régimen jurídico distinto al previsto por el C.c. para la propiedad privada.<sup>24</sup>

22. BRUFAO CURIEL, P., “Las concesiones de aguas en Derecho español”, en *Poder Judicial*, n° 37, Madrid, 1995, pp. 23-54, indica que en el Derecho español el concepto de dominio público tiene tres sentidos. “1. El dominio público designa unos bienes que están fuera del comercio porque son de uso común, estando su administración y cuidado a cargo del Estado u otro sujeto público, que no tiene un derecho de propiedad stricto sensu, sino una relación de jurisdicción sobre unos bienes que no son de nadie, sino de la comunidad en general, y que por lo tanto son en principio inembargables, inalienables e imprescriptibles para preservar el uso común. 2. En segundo lugar, designa unos bienes que son propiedad particular del Estado, pero que en virtud de su destino o afectación tienen un régimen jurídico específico público: no pueden adquirirse por usucapión, son inembargables y su venta está sometida a previa desafectación. 3. Por último, el concepto de dominio público designa unos bienes a los que los particulares sólo pueden acceder para explotarlos por medio de una autorización formal de la Autoridad pública: la concesión”.

23. BALLBÉ MALLOL, M., “Concepto de dominio público”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, n° 5, Barcelona, 1945, pp. 25 y ss.

24. Véase GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., *La titularidad de los bienes de dominio público*, Madrid, Marcial Pons, 1998.

### I.D.1. Titularidad administrativa

El primer requisito para la calificación de un bien como dominio público es la titularidad pública,<sup>25</sup> que determina la exclusión del régimen demanial de los bienes que no pertenecen a las Entidades públicas, aunque los mismos estén destinados a un uso público.<sup>26</sup> La titularidad sin afectación nos conduce a la propiedad privada, pero la afectación sin titularidad responde a un aspecto parcial del problema, puesto que no puede aclarar una serie de interrogantes de gran importancia en la materia,<sup>27</sup> tales como el de la conservación del bien, el de la responsabilidad por daños ocasionados, bien directamente por el objeto demanial, o bien indirectamente a través de las funciones o servicios que sobre él se realicen, el de la percepción de las tasas de utilización, el del ejercicio de la policía que puede disociarse según que se trate de la conservación o de la circulación sobre los bienes, etc.<sup>28</sup>

El dominio público no se concibe, por tanto, respecto de personas privadas. Nuestro Derecho confirma esta exigencia, ya desde el propio C.c., cuyo Capítulo III del Título I del Libro II, donde se contienen los artículos relativos al dominio público, que lleva por rúbrica “*De los bienes según las personas a que pertenecen*”; demuestra que el dominio público sólo se refiere al Estado (art. 339), a las provincias y a los pueblos (arts. 343, 344 y, *a contrario sensu*, 345).

Aunque no se mencionen en dichos artículos, en la actualidad, no cabe ignorar que las Comunidades Autónomas se entienden incluidas en este concepto. Ahora bien, lo que sí ha planteado más dudas es el hecho de que sólo se haga referencia a Administraciones Públicas de carácter territorial. Por ello, la doctrina se ha cuestionado si las Entidades Públicas de carácter institucional podían considerarse titulares del dominio público. Frente a una corriente general negadora de tal posibilidad, se ha objetado que en ocasiones, se han creado entidades administrativas institucionales con el fin exclusivo de mantener la titularidad de un sector del dominio público<sup>29</sup> y que, por lo demás, nada se opone a que Administraciones Públicas no territoriales

25. DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1949, p. 564, recuerda que la titularidad expresa el elemento subjetivo de una relación jurídica. Puede entenderse como “la cualidad jurídica que le confiere a una persona el estar en una relación jurídica, en cuanto determinante de las facultades que por ella se atribuyen”.

26. GARRIDO FALLA, F., “Comentario al art. 38”, ALBALADEJO GARCÍA, M. (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, Madrid, 1990, t. V, p. 72.

27. RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Derecho Administrativo Patrimonial: comentario a la Ley 33/2003 del Patrimonio de las Administraciones Públicas...* ob. cit., p. 47.

28. GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., “Titularidad y afectación demanial en el ordenamiento español”, en *Revista de Administración Pública*, nº 29, Madrid, 1959, pp. 18 y 19.

29. PÉREZ BOTIJA, E., “Problemas de Administración corporativa”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 7-8, Madrid, 1942, p. 291.

ostenten, siquiera sea de modo limitado, poderes suficientes para que los bienes que les están adscritos puedan ser calificados como públicos.

Desde la Ley de 26 de diciembre de 1858, de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas, ha sido una constante en nuestro ordenamiento jurídico la afirmación de que los Organismos Autónomos y las Entidades Públicas Empresariales cuentan con denominados bienes adscritos y con bienes propios. Los bienes adscritos son aquellos con los que la Administración matriz dota a estos sujetos para el desempeño de sus funciones, pero manteniendo sobre ellos prácticamente todo el control. Junto a éstos, los bienes propios sí habilitan a ejercer algunas de las potestades que tradicionalmente definen el derecho de propiedad.<sup>30</sup> Sin embargo, esta titularidad no faculta a gozar de todas las garantías suficientes que permiten afirmar que su autonomía es real y efectiva.

Montoya Martín<sup>31</sup> precisa que, a pesar de que el art. 41.3 de la LPAP hace alusión a las dos especies de organismos públicos, es decir, Organismos Autónomos y Entidades Públicas Empresariales, introduce una diferencia importante en lo que se refiere al régimen jurídico del patrimonio de las mismas; mientras que los Organismos Autónomos pueden ostentar y ejercer las prerrogativas y potestades exorbitantes para la defensa de sus bienes patrimoniales, las Entidades Públicas Empresariales sólo ostentan tales facultades para sus bienes demaniales, ya sean propios o adscritos. Tal diferencia de régimen sugiere que el legislador quiere subrayar el carácter empresarial de las Entidades Públicas Empresariales.

### *1.D.2. Afectación a un fin público*

El principal criterio configurador del dominio público es el de la afectación o destino y no el de la naturaleza propia de los bienes. Para que un bien esté en el dominio público es preciso que esté sirviendo al cumplimiento de una finalidad de uso público o servicio público.

Esta tesis de la afectación, como criterio determinante del dominio público, es la consagrada legalmente por nuestro Derecho positivo,<sup>32</sup> si bien hay bienes afectados a servicios públicos, que, sin embargo, se consideran patrimonio privado de

30. ARANA GARCÍA, E., “Régimen jurídico general del patrimonio de la Administración institucional”, en GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. (coord.), *Derecho de los bienes públicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 199.

31. MONTOYA MARTÍN, E., “El régimen común del patrimonio de los organismos públicos en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas”, en HORGUÉ BAENA, C. (dir.), *Régimen patrimonial de las Administraciones Públicas*, Madrid, Iustel, 2007, pp. 135 y ss.

32. GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982, p. 474.

la Administración; o, dicho de otro modo, bienes patrimoniales afectos a un uso público, tal y como se puede percibir a partir de la postura que acoge la Sentencia del Tribunal Constitucional n° 166/1998, de 15 de julio.

Por su importancia, la cuestión de la afectación debe ser analizada separadamente, teniendo en cuenta que, además de sus características tradicionales, la afectación se enmarca en una compleja problemática en la que se entremezclan implicaciones económicas y organizativas que encuentran como último punto de referencia operaciones de carácter político. Quiere decirse que se puede apreciar la entidad económica ínsita en la actividad administrativa de afectación de bienes al dominio público, como veremos más adelante.

### *I.D.3. Régimen jurídico normativo de Derecho público*

Los bienes demaniales se caracterizan, además de las dos notas anteriores, por su sometimiento a un régimen jurídico exorbitante, basado en la insusceptibilidad de tales bienes para ser objeto de propiedad privada. Dicho régimen implica, entre otras cuestiones, la aplicación de las reglas de imprescriptibilidad, inalienabilidad e inembargabilidad.

### **I.E. Consecuencias de la extensión del concepto de bienes demaniales a los “derechos”**

Como hemos podido ver, dentro de los bienes públicos se encuentran los bienes de dominio público o del demanio, categoría en la que se incluyen todos los derechos reales de las Administraciones afectados a singulares fines de interés público y sujetos, por ello, a un régimen especial de utilización y protección. Por este motivo, dado que no sólo bienes, sino también derechos conforman el grupo del dominio público, conviene analizar las consecuencias que trae consigo esta particularidad.

La afirmación de que el dominio público pueda estar integrado no únicamente por “bienes” sino también por “derechos” puede sorprender a quienes, imbuidos de la tradicional creencia de que el dominio público no puede consistir en derechos reales limitados distintos del pleno dominio sobre la cosa (que es la concepción “cosificada” del dominio público que luce en el C.c. y en la anterior Ley de Patrimonio del Estado), consideran imposible la existencia de *iura in re aliena* de naturaleza demanial.<sup>33</sup> Pero esta creencia, justificada durante largo tiempo por el Derecho po-

33. MENÉNDEZ REXACH, Á., “El concepto de patrimonio de las Administraciones públicas. Tipología de bienes públicos. La categoría del dominio público”, en HORGUÉ BAENA, C. (dir.), *Régimen patrimonial de las Administraciones Públicas...* ob. cit., pp. 82 y 83, indica que la LPAP pretendió ensanchar la categoría de bienes demaniales, reconociendo, junto a los bienes, derechos demaniales, cuyo significado

sitivo, ha sido desterrada por la LPAP, que contempla expresamente la existencia de derechos reales limitados de carácter demanial al reconocer como objeto posible del dominio público no sólo a los bienes, sino también los derechos (art. 5).<sup>34</sup>

Quiere decirse, con ello, que la noción de dominio público se concibe en el Derecho vigente con independencia de la cualidad material de las cosas sobre las que recae, pudiendo estar integrado, en consecuencia, por derechos reales limitados distintos al dominio pleno sobre la cosa: derechos de servidumbre, de superficie, censos... A nuestro juicio, no cabe contrargumentar que ello represente un riesgo de desbordamiento del régimen de la demanialidad, sino, más bien, que esta previsión legal debe entenderse como una superación de las deficiencias que tenía la dogmática clásica a la hora de explicar los fenómenos de disociación entre titularidad y afectación demanial, aparte de representar una apuesta clara por la racionalización del concepto mismo de dominio público, cuyo primer requerimiento es, probablemente, admitir la existencia de regímenes demaniales diversificados en función de los diferentes tipos de bienes o derechos sobre los que la categoría puede proyectarse.

Aún más, la afirmación legal de que el dominio público está formado por bienes o cosas y también por derechos reales limitados tiene, a la par de un valor ordenador y conceptual, otras utilidades adicionales. En primer lugar, permite aplicar a dichos derechos las técnicas de garantía de la identidad (régimen de inventario e inscripción registral), de garantía de la indisponibilidad e inembargabilidad y, sobre todo, el régimen de protección de la policía y la autotutela demanial a los derechos limitados que integren el dominio público [como se deduce de los arts. 6 e) y 41 y siguientes de la LPAP que reconocen el ejercicio de las potestades de defensa demanial en relación a los “bienes” y “derechos” demaniales]. Y, en segundo lugar, lo que quizás sea aún más relevante desde un punto de vista práctico, al admitir que los derechos reales limitados forman parte del dominio público y que son una proyección de éste (de su régimen jurídico) cabe deducir que no siempre es necesario adquirir, expropiar o conservar la propiedad de todo el bien para conseguir su afectación a un uso o servicio público (con las importantes consecuencias económicas que eso conlleva) sin perder, por ello, las ventajas de la tutela demanial para proteger dicho destino.

---

no es evidente y cuya justificación tampoco está clara. Sin embargo, “esta crítica no supone desconocer que la LPAP aporte mejoras concretas en muchos aspectos. Pero no merece un juicio favorable en cuanto al significado de las dos grandes categorías de bienes públicos, porque no es mejor ni más coherente que la vieja LPE (...). En mi opinión, ha empeorado la situación con los ambiguos ‘derechos’ demaniales y el mantenimiento de una concepción trasnochada de los patrimoniales”.

34. CARRILLO DONAIRE, J. A., “Servidumbres administrativas y limitaciones legales. Delimitación conceptual y clases de servidumbres de utilidad pública”, en REBOLLEDO VARELA, Á. L. (coord.), *Tratado de servidumbres*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2007, p. 1569.

En suma, el reconocimiento legal expreso de la existencia de derechos reales limitados de naturaleza demanial permite encauzar y proyectar de forma idónea el régimen de las potestades públicas sobre la propiedad privada en armonía con los principios de adecuación y suficiencia que consagra el art. 6 b) de la LPAP (que no sólo tienen una dimensión cuantitativa en relación a la extensión de la categoría del dominio público, sino también cualitativa, relativa a la proyección de su régimen jurídico).

No obstante, la regulación del régimen de estos derechos reales limitados no es abordada por la LPAP, que se limita a señalar su existencia. El concreto régimen jurídico aplicable a estos derechos es, en principio, el régimen demanial general que se predica para los bienes.

Sin embargo, la especificidad y virtualidad práctica de estos derechos reales limitados de naturaleza demanial pudiera requerir la regulación sustantiva de algunos elementos singulares de su régimen jurídico, lo que puede ser especialmente conveniente en relación con las llamadas “servidumbres administrativas” (o de “utilidad pública”, en la expresión del art. 549 del C.c.), de un lado, y, de otro, respecto a los derechos limitados que están en la órbita del censo enfiteútico (singularmente el de superficie).

En primer lugar, la posibilidad de considerar a las servidumbres administrativas como *iura in re aliena* de naturaleza demanial que implícitamente consagra la LPAP no es, ni mucho menos, tan novedosa y ajena a nuestro Derecho como parece.<sup>35</sup> No en vano, ésta fue la consideración legal de algunos usos públicos que gravaban determinados bienes privados que, al cabo, terminaron incorporándose dominio público (caso, por ejemplo, de las vías pecuarias que el C.c. contemplaba originariamente como servidumbres legales; o de ciertas rutas culturales, como el Camino de Santiago, que actualmente se consideran bienes de dominio público pero que antaño fueron –y todavía hoy de forma excepcional en algunos de sus tramos– servidumbres de paso). Asimismo es el caso de las llamadas servidumbres urbanísticas, o de las servidumbres que sirven para establecer canalizaciones y pasos de redes de abastecimiento. Y también pudiera ser el caso de alguno de los caminos culturales y rutas turísticas, hoy tan promocionadas, cuyo establecimiento cabría eventualmente arbitrar con el auxilio de la figura de la servidumbre de uso público. De hecho, la mayor virtualidad de la calificación de las servidumbres administrativas como derechos reales de naturaleza demanial pudiera estar estrechamente ligada a la conservación, ampliación, restablecimiento y rehabilitación del dominio público.

En segundo lugar, la regulación del régimen sustantivo de los derechos reales de censo y superficie tiene un claro interés desde la óptica de los usos privativos de

35. CARRILLO DONAIRE, J. A., *Las servidumbres administrativas (delimitación conceptual, naturaleza, clases y régimen jurídico)*, Valladolid, Lex Nova, 2003, pp. 112 y ss.

los que pueden ser objeto los bienes demaniales; interés que conecta de lleno, como se verá más adelante, con la regulación del estatuto jurídico de las concesiones demaniales.

### I.F. Las diferentes propuestas de reformulación de los conceptos de bienes demaniales y patrimoniales

Desde hace tiempo, la doctrina tiene pendiente la revisión de las categorías tradicionales<sup>36</sup> en las que se clasifican los bienes públicos. Esta reconsideración de las dos categorías de bienes no es un problema privativo de nuestro ordenamiento. Explica Auby<sup>37</sup> que también en Francia se plantea esta necesidad, puesto que “Il y a finalement assez peu de différences entre la catégorie la moins exorbitante du domaine public et la catégorie la plus exorbitante du domaine privé”.

Con la reformulación de conceptos, se podría conseguir que cambie la situación actual en la que sólo los bienes patrimoniales permiten la convivencia de la finalidad lucrativa y de los privilegios exorbitantes derivados de la afectación. No obstante, para adoptar estas nuevas definiciones haría falta unificar el régimen jurídico de los bienes pertenecientes a las Administraciones públicas, y clarificar la finalidad y el marco de la propiedad no afectada.<sup>38</sup>

Como se ha afirmado en múltiples ocasiones, a pesar de ser tradicionalmente acuñado, el criterio clasificatorio que diferencia entre bienes demaniales y bienes patrimoniales no es más que un mito jurídico, inútil por su imprecisión. Esta división aparece cada vez más desdibujada, debido al traspaso de elementos característicos de una categoría a otra. De la misma forma que a los bienes patrimoniales les han resultado siempre de aplicación algunos elementos del régimen de los bienes demaniales, en la actualidad estos últimos reclaman técnicas y elementos propios del régimen jurídico de la propiedad privada.<sup>39</sup>

Numerosos autores sostienen que en el Derecho positivo vigente ha desaparecido la clasificación entre bienes demaniales y bienes patrimoniales, resultado

36. PARADA VÁZQUEZ, J. R., *Derecho Administrativo*, vol. III. *Bienes públicos. Derecho Urbanístico*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 15, ha denunciado que constituye un error presentar el estudio de los bienes de la Administración sobre la diferencia de dominio público-dominio privado porque enmascara la realidad de que en Derecho español todos los bienes de la Administración están sujetos a un régimen jurídico básico, pleno de exorbitancias y privilegios, derogatorio del sistema de acciones civiles.

37. AUBY, J. M. y BON, P., *Droit Administratif des biens*, Paris, Dalloz, 1995, p. 9.

38. Yolka, P., *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, Paris, LGDJ, 1997, defiende un concepto amplio de propiedad pública para todos los casos en que la Administración es titular de un bien, en la idea de que todos los bienes de titularidad pública se encuentran afectados al cumplimiento de los fines y las políticas públicas.

39. CHINCHILLA MARÍN, C., *Bienes patrimoniales del Estado...* ob. cit., p. 53.

o manifestación de la ruptura del dualismo “actividad administrativa pública en sentido formal” y actividad puramente privada de las organizaciones administrativas, que también afecta a la actividad económica o empresarial de los poderes públicos.<sup>40</sup> Para justificar su postura, explican que la razón fundamental de la distinción entre bienes patrimoniales y bienes demaniales es de carácter histórico, con un origen que algunos autores indican que se encuentra en el Derecho romano y que, concerniente a la Administración como propietaria de los mismos, surge en el siglo XIX. Ciertamente, el Estado liberal ocasionó la reducción de la Administración a funciones mínimas que fomentaban que los bienes que a ellas estuvieran afectos tuvieran una protección reforzada. Hoy, por el contrario, la diferencia carece de sentido: la Administración ostenta un papel esencial en las relaciones económicas y sociales y ello obliga a que tenga un suficiente patrimonio, que suele ser muy amplio para su realización. No sólo han aumentado los poderes administrativos, sino que han cambiado los modos de prestación de los servicios por parte de la Administración.<sup>41</sup>

En cualquier caso, una de las causas principales de los problemas de la división entre bienes públicos demaniales y patrimoniales radica en que la pertenencia a una u otra categoría termina dependiendo de la calificación formal que les atribuya el legislador, en el mejor de los casos, o el órgano administrativo que realiza el inventario de bienes, en el peor, y en ambos supuestos al margen de que esa calificación tenga que obedecer a criterios legales objetivos o mínimamente coherentes, ya que es la propia LPAP la que ha renunciado a la coherencia. La indeterminación de los dos conceptos utilizados obliga a concluir su inutilidad como elemento legal definitorio.

La respuesta de la Ley no ha sido satisfactoria por varios motivos. En primer lugar, porque no ha acotado la categoría de bienes demaniales ni ofrece un tratamiento de ellos en consonancia con la realidad, en la que también los bienes patrimoniales se utilizan para la consecución de los fines de competencia de las Entidades públicas que son sus titulares. Por otro lado, porque tampoco formula

40. MENÉNDEZ REXACH, Á., “Reflexiones sobre el significado actual de los patrimonios públicos”, en *Ciudad y Territorio. Estudios territoriales*, n° 95-96, 1993, p. 212.

41. GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., *La titularidad de los bienes...* ob. cit., pp. 120-121, plantea la posibilidad de que la distinción sea efectivamente un mito jurídico como puede constatarse del análisis de las condiciones señaladas por la doctrina para estar situado frente a este fenómeno. Sin embargo, afirma que, sin importar la coherencia o no del mantenimiento de la distinción, ésta existe y provoca indudables problemas en la gestión de los servicios públicos. Como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, E., en su trabajo “El dogma de la reversión de concesiones”, en *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 21-22, “estos mitos jurídicos operan ya por sí mismos, sin coincidencia final de la función que cumplen; son, por cierto, extensos en el Derecho administrativo actual y su influencia, siempre dañosa, por su propia autonomía mítica, no es nada desdeñable”.

un criterio de distinción en sentido estricto, sino que proporciona a los diferentes operadores jurídicos, unas ideas meramente orientativas, que remiten en última instancia a la calificación de cada bien concreto. Parece dejar ver que el único criterio certero es la toma de decisiones por parte del legislador.

Además, suele criticarse que la unificación de la categoría jurídica del dominio público que se ha realizado, es artificial.<sup>42</sup> El intento de crear una teoría general, común a todos los bienes demaniales, sólo sería lógica y tendría sentido si se cumplieran dos condiciones: en primer lugar, que todos los bienes respondieran a las mismas características, y en segundo lugar, que se hiciera pensando en aquéllos que carecen de normas específicas. Hacerlo de otro modo sólo origina una superprotección del bien, que produce que las Administraciones públicas no puedan desarrollar adecuadamente sus actividades. El Derecho de bienes se convierte así en un freno para el cumplimiento de funciones administrativas, que es lo que ocurre, por ejemplo, con la demanialización de un autobús municipal.

La diferente naturaleza física de los bienes se traduce en que sus necesidades jurídicas no sean equivalentes. La satisfacción de determinadas necesidades generales vitales y la situación de escasez ocasionan que, en algunos casos, se deba preservar el carácter público de los bienes y el modo peculiar de gestión, para la satisfacción de fines de interés general, mediante una derogación absoluta del régimen común de los bienes. No obstante, cuando las características de la cosa permiten su fácil sustitución por otro bien equivalente, la atribución de un régimen de especial protección carece de sentido. Deja de ser una mejora para los bienes y las funciones públicas, pasando a transformarse en un inconveniente que perjudica las posibilidades que otorga el ordenamiento jurídico para que una Administración Pública preste adecuadamente un servicio público.

No sólo sucede que las características de los bienes demaniales son en muchas ocasiones diferentes, sino que el desarrollo de los principios inspiradores de la categoría del dominio público se ha realizado de forma distinta a lo que era más conveniente.

El régimen jurídico demanial está configurado para otorgar una especial protección a determinados bienes, pero sin tener en cuenta que su aplicación está justificada en algunos casos, y sólo produce consecuencias negativas, en otros. Por ello, el problema no es sólo saber si resulta útil que se siga hablando de dos categorías de bienes en principio contrapuestas, sino que la existencia de una de ellas, el dominio público, trae algunas veces más inconvenientes que ventajas, si se aplica a algunos bienes. Provoca ciertas antinomias insalvables en el ordenamiento jurídico, e incluso que se recurra a “trampas” usuales, para eludir la dureza del régimen demanial

42. GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., *La titularidad de los bienes...* ob. cit., p. 77, se refiere gráficamente a este fenómeno como unificación *contra natura*.

y, asimismo, proporcionar un adecuado nivel de funcionalidad al patrimonio de los Entes públicos, cuya razón de ser no es la acumulación de recursos, como ocurre con los particulares, sino el servicio a los intereses generales.

En lugar de adoptar, el legislador, criterios que otorgaran certeza, se ha decantado por emplear el término “afectación a un uso general”, idea que evoca la posibilidad de la utilización por todo tipo de ciudadanos, de forma simultánea e indiscriminada y sin ningún tipo de intervención administrativa previa.

En efecto, todos los bienes públicos, cualquiera que sea su calificación, se encuentran destinados a su uso por categorías más o menos amplias de ciudadanos, de configuración diversa, según cual sea el tipo de bienes de que se trate.

En sentido estricto, todos los bienes públicos poseen un carácter instrumental respecto de la realización de tareas o funciones de la Administración, es decir, todos ellos están especialmente abocados a satisfacer fines públicos. Sin embargo, la afectación del bien a un servicio público y la aplicación de las normas pertinentes no es garantía de que dichos fines públicos sean satisfechos, pues no tiene mucho sentido aplicarles a unos determinados bienes el régimen jurídico del dominio público y al mismo tiempo buscar mecanismos para eludir sus notas características. El pretendido interés general tiene que ser el camino para la necesaria reconstrucción de la institución jurídica del dominio público. Debe adecuarse el Derecho a la realidad de las cosas y no extender la categoría de bienes demaniales a supuestos que no precisan de tal calificación.

Se debe traer aquí y ahora la tesis de Duguit,<sup>43</sup> magistralmente expresada en la conocida fórmula de la “escala de la demanialidad”, a través de la cual este autor cuestiona la utilidad sistemática de la clásica –y excesivamente rígida, a su juicio– distinción entre bienes demaniales y patrimoniales del Estado. Para Duguit, el grado o intensidad de la afectación pública de los distintos bienes es variable, por lo que puede hablarse de una escala de la demanialidad, que iría desde la afectación más intensa de ciertos bienes íntegramente sometidos a un régimen de Derecho público, sobre los que el Estado no se comporta como propietario, sino como garante y protector de su destino, hasta la menos intensa de otros bienes públicos, cuyo régimen

43. DUGUIT, L., *Traité de Droit Constitutionnel*, Paris, E. de Boccard, 1928, pp. 344-405, formula su teoría de la escala de la demanialidad pretendiendo superar los errores que se cometen al querer formular una única teoría general y no distinguir correctamente las distintas categorías que conforman el dominio público. Por este motivo, en su obra alude a la necesidad de realizar numerosas distinciones, ya que a pesar de que las diferentes categorías comparten la característica negativa común de no estar sometidas al régimen de propiedad privada, les son aplicables reglas diferentes en razón de su estructura, la naturaleza diferente de los servicios públicos a los que están afectadas y el modo diferente de afectación. “(...) Il y a une sorte de gradation dans le degré de la domanialité publique. Je crois que ces diverses catégories sont au nombre de six. L’ énumération des dépendances qu’ elles comprennent fait apercevoir à elle seule pourquoi elles doivent être soumises à des règles différentes”.

se acerca al de la propiedad privada, aunque salpicado de elementos del régimen de Derecho público.

Por ello, según la escala de la demanialidad es un error creer que todas las cosas que integran el dominio público están en la misma situación y sometidas a las mismas reglas: según la naturaleza de la cosa, la categoría del servicio, el modo de afectación o de empleo, la demanialidad es diferente y también las reglas que se aplican.<sup>44</sup>

Por eso, habría que tratar de determinar los elementos conceptuales que diferencian una y otra categoría de bienes, esto es, los criterios a partir de los cuales construir la división de los bienes públicos en dos categorías. Esos elementos han de incluir el título que define la relación del Estado con los bienes y la función o finalidad que están llamados a cumplir unos y otros.

Si el aseguramiento del destino de las cosas o bienes a ese fin público puede producirse sin necesidad del sacrificio de su situación en el tráfico-jurídico privado, es preferible evitar dicho sacrificio. Sería contraria a la CE la calificación como demanial o la sujeción *de facto* al régimen de la demanialidad de un bien que no estuviese realmente afectado a los fines que justifican el régimen jurídico exorbitante que caracteriza al dominio público.

Si se requiere, en cambio, una más íntima conexión con el fin público, habría que aplicar sin duda el régimen demanial que justifica una mayor intervención pública, incluso una total exclusión de la propiedad privada.

Varios autores han formulado diferentes propuestas al respecto, con la finalidad de mejorar y aclarar los criterios acuñados por las normas. Se han planteado tanto modificar como la conveniencia de abandonar la distinción entre bienes demaniales y patrimoniales por las dificultades prácticamente insuperables que ésta ocasiona. No obstante, el problema es que no suelen ofrecer alternativas sólidas que justifiquen cómo afrontar los costes que tiene toda renovación conceptual.

Así, podemos citar, en primer lugar a Gallego Anabitarte,<sup>45</sup> quien no sugiere eliminar la histórica dualidad, pero sí identificar dentro del dominio público varios subgrupos. Defiende este autor:

Por un lado, nos encontramos con bienes que “están fuera del comercio porque son de uso común, estando su administración y cuidado a cargo del Estado o del correspondiente sujeto público que no tiene un derecho de propiedad *stricto sensu*, sino una relación de señorío o jurisdicción sobre unos bienes que no son de nadie, sino de la comunidad en general y que, por lo tanto, son en principio inembargables,

44. DUGUIT, L., *Traité de Droit Constitutionnel...* ob. cit., pp. 344-405.

45. GALLEGO ANABITARTE, A., “El Derecho de español de aguas en la historia y ante el Derecho comparado”, en la obra colectiva que realizó junto a DÍAZ LEMA, J. M. y MENÉNDEZ REXACH, Á., *El Derecho de aguas en España*, Madrid, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, Centro de Publicaciones, 1986, p. 363.

inalienables e imprescriptibles para preservar fundamentalmente el uso común. En definitiva, sería el conjunto de bienes demaniales encuadrables dentro de los arts. 339.1 y 344.1 del C.c. En relación con estos bienes sería perfectamente aplicable lo señalado por Rodotá, cuando configuró el denominado espacio interior no dominical”. Este espacio interior no dominical puede ser, como señala dicho autor, el resultado de dos fenómenos: por un lado, que “en lo que concierne a algunos bienes no es siquiera posible establecer la hipótesis del paso a un régimen que se caracterice por una partición entre sujetos determinados del bien “creado” o por la aparición de una situación de escasez; ya sea porque para tales bienes la tutela dominical, aun cuando se vista con las reliquias de la propiedad colectiva, resulta en la mayor parte de los casos inidónea para abarcar en su totalidad la entera situación de conflicto o la totalidad de los intereses. En un caso, el recurso a la disciplina de la propiedad choca con las características naturales del bien y, en el otro, no consigue expresar la relación existente entre intereses y bienes y se ve constreñida a seleccionar los portadores de tales intereses con criterios individualistas tópicos del modelo de la propiedad solitaria, mientras respecto del bien el interés se califica en conjunto como colectivo y se atribuye por ello al bien mismo un carácter público”. Como indica también Gallego Anabitarte, es una consecuencia de que “las mismas características físicas de los recursos en cuestión ponen unos límites insuperables a su fragmentación y proporcionan una base material indiscutible para la subsistencia del carácter colectivo de los intereses que tienen en ellos su punto de referencia”. En estos bienes el elemento primordial es el interés relevante del sujeto público que los ha adquirido, ya sea por los mecanismos normales del comercio, ya sea mediante las formas privilegiadas de adquisición, con la finalidad de ser utilizados como medios materiales a partir de los cuales servir con objetividad a los intereses generales.

En segundo lugar, nos encontramos con aquellos bienes que, como nos recuerda el art. 339.2 del C.c., “pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional”. Esto es, bienes sobre los que el titular tiene un derecho de propiedad comparable al de cualquier particular, pero que entran dentro del dominio público y reciben sus reglas en virtud de la especial función que están cumpliendo, ya sea a la comunidad directamente ya sea predominantemente al Ente público que sea su titular. En consecuencia, son bienes que están en el comercio, aunque con ciertas limitaciones derivadas de la presencia de una Entidad pública como titular de los derechos sobre ellos. En estos bienes la afectación se halla íntimamente vinculada a la gestión de cada servicio o actividad pública específica, de la que constituyen mero soporte material, es decir, se trata de bienes sin características especiales por lo que, por consiguiente, el régimen tiene que ser similar al de los particulares y sus patrimonios. De hecho, la titularidad del bien es accesoria a la del servicio. Su vinculación con las Administraciones públicas es idéntica a la de los bienes que formalmente son patrimoniales de acuerdo con la clasificación que efectúa la LPAP, en sus arts. 5 y 7, y

que ni están afectos a un uso ni a un servicio público. Sobre ellos los Entes públicos sólo ejercitan facultades de guarda y mantenimiento para que sirvan al aprovechamiento general al que están afectos. Se trata, por lo general, de bienes especiales que disponen de un régimen jurídico específico y cuyos principios creadores distan mucho del interés que rige el Derecho de propiedad. En estos bienes, cobra sentido el régimen jurídico inspirado en la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, al que hace referencia el art. 132 de la CE.

El tercer supuesto comprende aquellos casos en los que para acceder a los bienes y explotarlos ha de tenerse una autorización expresa del Estado o de la Administración Pública competente. Las especialidades de este tercer grupo y que impiden que se puedan incluir dentro del primero radica en que, por estar ocultas, resulta ilógico hacer referencia a la relación que existe con su titular. En este tercer grupo, los Entes públicos sólo ejercitan facultades tendentes a una correcta explotación. Son bienes cuya demanialidad muy débil implica una prohibición de explotación, salvo concesión expresa.

Santamaría Pastor,<sup>46</sup> en cambio, defiende que hubiera sido preferible acudir al criterio de la calificación legal expresa de los bienes demaniales, esto es, que los bienes de los que son titulares las Administraciones públicas tuvieran, por regla general, la condición de patrimoniales, salvo aquellos específicos a los que una Ley calificara expresamente de demaniales.

Su propuesta responde, según él mismo explica, a dos razones. “En primer lugar, a la realidad evidente de que el régimen de los bienes de dominio público constituye una singularidad en el marco general del Derecho patrimonial que, por lo mismo, debe ser excepcional en su extensión y debe ser objeto de una decisión consciente del legislador. (...) En una economía de mercado, basada en la libre circulación de bienes, la técnica de la extracomercialidad debe limitarse exclusivamente a aquellas masas de bienes cuya preservación u otros valores equivalentes lo aconsejen: a todos los necesarios, pero ni a uno más de los necesarios. Y en segundo lugar, la razón igualmente elemental de que el art. 132.2 de la CE establece una reserva de ley para la regulación de los bienes de dominio público y, por tanto, para decidir formalmente cuáles merezcan esta calificación; una reserva que la LPAP desconoce por completo (aunque, sin duda, de buena fe), en la medida en que, al establecer un criterio de atribución de la demanialidad absolutamente inasible, está entregando el poder de calificación de los bienes a la propia Administración y, en última instancia, a las decisiones judiciales; decisiones todas ellas muy respetables y necesarias, pero que no son ni deben jamás sustituir la ley”.

46. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Objeto y ámbito. La tipología de los bienes públicos y el sistema de competencias”, en CHINCHILLA MARÍN, C. (coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio...* ob. cit., p. 82 y pp. 92 y ss.

Por estas causas, sugiere una alternativa a la clasificación tradicional, utilizando un planteamiento funcional o finalista, ya que es ésta la característica más singular y sobresaliente de la propiedad pública. A diferencia de los sujetos privados, las Administraciones públicas sólo pueden ser propietarias para un fin público más o menos directo.

Las categorías que este autor propone implican distinguir hasta cinco tipos distintos de patrimonios:

- > Un patrimonio de preservación, constituido por bienes de alto valor colectivo, cuya ubicación en manos públicas está dirigida a mantener su integridad física y sus características intrínsecas, justamente por ser bienes insusceptibles de reposición o duplicación. Es el caso, por ejemplo, de las costas, montes o vías urbanas. Aquí el principio de inalienabilidad juega un papel central como aseguramiento del disfrute colectivo.
- > Un patrimonio de regulación, que comprende los bienes destinados primariamente a su uso por parte de los sujetos privados, uso que es necesario regular para garantizar un aprovechamiento eficiente y racional. Es el caso, entre otros, de los recursos mineros e hidrocarburos. El principio de inalienabilidad no opera respecto a la realidad física del bien, sino como mecanismo protector del título de intervención que la Administración debe ostentar para los indicados fines de ordenación.
- > Un patrimonio de soporte, que incluiría los bienes inmuebles sobre los que necesariamente debe desarrollarse un servicio o función pública, como sucede con los edificios administrativos e instalaciones oficiales. En este grupo, el principio de inalienabilidad se relativiza al depender del efectivo mantenimiento del servicio o función.
- > Un patrimonio operativo, integrado por los bienes muebles afectos a la prestación de servicios o funciones públicas; bienes que no precisan de la protección de la inalienabilidad, por la amortización y deterioro que sufren por el uso, así como la posibilidad constante de su reposición.
- > Un patrimonio financiero o de cartera, constituido por todos los bienes que la Administración ostenta por la exclusiva consideración de su valor intrínseco, y que maneja como activos susceptibles de proporcionar una cierta rentabilidad, mediante su enajenación o explotación, pero sin destinarlos a servir de soporte o instrumento para el desempeño de funciones o servicios públicos, aunque en ocasiones puedan emplearse como instrumentos de intervención en concretos mercados. En estos bienes ninguno de los principios característicos del dominio público tendría justificación.

Chinchilla Marín<sup>47</sup> explica este fenómeno de aproximación mutua del régimen jurídico de los bienes patrimoniales y de los bienes demaniales, y el consecuente debilitamiento de la separación rígida existente entre ambas categorías. Proponiendo modificaciones, esta autora<sup>48</sup> argumenta que la dualidad demanio-patrimonio es inútil por la excesiva simplificación que conlleva. La utilidad intrínseca de las categorías está condicionada por la homogeneidad de los objetos que hayan de incluirse en las mismas, tanto en su régimen jurídico como en los fines que cumplen. Esto no sucede con las dos categorías en las que se divide a los bienes públicos. Igualmente, el soporte conceptual del dominio público es simple, pues se apoya exclusivamente en sus tres notas diferenciales: la inalienabilidad, la inembargabilidad y la inalienabilidad. Tampoco su preservación puede defenderse con el argumento de hallarse expresamente recogida en la CE, puesto que la eficacia de los preceptos constitucionales y las garantías institucionales que establecen se extienden sobre los contenidos materiales de las instituciones, pero no afectan ni pueden afectar a las denominaciones de las mismas ni a las categorías que la dogmática jurídica acuña.

Para argumentar su postura, sintetiza los argumentos otorgados por el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 166/1998, de 15 de julio, considerada el punto culminante de este debilitamiento. En dicha Sentencia el Tribunal Constitucional se refiere en varias ocasiones a la cada vez más atenuada separación entre las dos clases de bienes, aunque no utiliza concretamente el término de crisis de la división de los bienes en patrimoniales y demaniales “y lo hace utilizando una forma impersonal con la que seguramente se está refiriendo a la doctrina: ‘se ha dicho que, pese a su raigambre histórica, quizás sólo posea en la actualidad un cierto carácter mítico...’; ‘se ha puesto de relieve, además, que la distinción se relativiza...’; ‘se ha sostenido que las Administraciones Públicas han de contar con bienes de distinta naturaleza para el cumplimiento de sus diversas funciones...’. Así pues, esta Sentencia constituye un buen ejemplo del proceso de acercamiento de los dos regímenes jurídicos característicos de los bienes públicos, ya que lo que en ella viene a decirse es que existen bienes públicos que, no obstante no estar sometidos al régimen exorbitante de la demanialidad, sino al régimen de la propiedad privada (los patrimoniales), necesitan de la protección que implica una de las prerrogativas más características

47. CHINCHILLA MARÍN, C., *Bienes patrimoniales del Estado...* ob. cit., pp. 53-54 y 172-173, concluye que la categoría de los bienes patrimoniales es insignificante en el conjunto de los bienes de titularidad estatal. Los bienes de titularidad estatal raramente serán calificados como bienes patrimoniales porque se supone que todo cuanto hace el Estado es servicio público, y que los bienes empleados con esta finalidad merecen el régimen de protección del dominio público. La amplitud con la que se interpreta el concepto de afectación al servicio público es lo que explica este fenómeno de universalización de la categoría del dominio público.

48. CHINCHILLA MARÍN, C., *Bienes patrimoniales del Estado...* ob. cit., pp. 67 y ss.

del dominio público, la inembargabilidad o imposibilidad de ejecución forzosa de los mismos”.

Al margen de las sugerencias sobre nuevas clases o grupos de bienes, sí es notable que la categoría de los bienes demaniales debería aligerarse, ciñéndose exclusivamente a aquellos bienes que tengan este carácter por aplicación de las normas estatales, y a aquellos otros que se considere conveniente en el marco de las competencias autonómicas.

De hecho, en los últimos años se ha venido observando una tendencia hacia la huida del régimen demanial, a través de figuras atípicas, que no debería tener lugar al margen de la ley, sino que debería bastar mediante el empleo de mecanismos previstos normativamente para permitir una correcta utilización y explotación de cada bien. González García<sup>49</sup> propone un acotamiento del dominio público, argumentando que la institución nació en un momento en que las Administraciones públicas estaban necesitadas de títulos habilitantes para desarrollar su actividad, pero que en la actualidad, el funcionamiento de la actividad administrativa cambia totalmente. Los Entes públicos no necesitan utilizar el dominio público para intervenir en un sector de actividad económica dado que el propio texto constitucional encuentra y contiene su habilitación.

Todas estas posturas reflejan la certeza de algo que todos conocemos, la escala de la demanialidad, confirmando que la distinción entre bienes demaniales y patrimoniales es una simplificación, pervertida dogmáticamente, pues ni todos los bienes demaniales ni todos los bienes patrimoniales responden a idénticas características. Puede pensarse, por citar un ejemplo dentro del conjunto de bienes demaniales, en las diferencias existentes entre los montes catalogados y en las vías pecuarias.

## II. LA RELEVANCIA DEL DOMINIO PÚBLICO EN EL DERECHO PÚBLICO DE BIENES

El dominio público ha gozado de tal protagonismo en el Derecho público de los bienes que incluso ha dejado escaso espacio a la atención de otros regímenes de bienes, de gran trascendencia.

En la propia CE está inscrito el valor y las claves de los bienes públicos. Su utilidad es fundamental, en tanto que son medios para la preservación (por ejemplo, la naturaleza o el medio ambiente) y la garantía (por ejemplo, la salud o el patrimonio histórico-artístico) de bienes constitucionales y, por tanto, de la satisfacción de intereses generales.<sup>50</sup>

49. GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., “Patrimonio y bienes patrimoniales de las Administraciones públicas”, en GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. (coord.), *Derecho de los bienes públicos...* ob. cit., pp. 109 y ss.

50. PAREJO ALFONSO, L., “Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general”, en *Revista de Administración Pública*, n° 100-102, 1983, pp. 2379 y ss.

A pesar de todo ello, no es tan sencillo encontrar el mismo consenso en el reconocimiento de la relevancia que revisten los bienes como en la determinación de la causa de este fenómeno.

Uno de los motivos que suele alegarse es la consideración de la función socioeconómica de los bienes como elemento vertebrador de su régimen jurídico.

El Derecho de bienes no es un sector del ordenamiento jurídico de carácter neutro e intemporal, sino que está relacionado con los principios generales de ordenación de la actividad económica y, en consecuencia, precisa una constante actualización que lo integre en la denominada Constitución económica.<sup>51</sup>

La importancia del dominio público es de tal magnitud que el ordenamiento jurídico se ha centrado siempre en él y en sus elementos, si bien inicialmente se ha preocupado por los de carácter subjetivo (particularmente por la relación del bien con la persona que lo domina), y en la actualidad por los de carácter objetivo, siendo, precisamente, el punto central de la regulación los bienes en sí mismos, analizados de forma coordinada con la actividad que se realiza en ellos.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ARANA GARCÍA, Enrique, “Régimen jurídico general del patrimonio de la Administración institucional”, en GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. (coord.), *Derecho de los bienes públicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 197-211.
- AUBY, Jean M. y BON, Pierre, *Droit Administratif des biens*, Paris, Dalloz, 1995.
- BALLBÉ MALLOL, Manuel, “Concepto de dominio público”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, n° 5, Barcelona, 1945, pp. 25-80.
- BAÑO LEÓN, José M., “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 24, Madrid, 1988, pp. 155-179.
- BASSOLS COMA, Martín, “Instituciones administrativas al servicio de la Corona: Dotación, Casa de S.M. el Rey y Patrimonio Nacional”, en *Revista de Administración Pública*, n° 100-102, Madrid, 1983, pp. 891-933.
- BRUFAO CURIEL, Pedro, “Las concesiones de aguas en Derecho español”, en *Poder Judicial*, n° 37, Madrid, 1995, pp. 23-54.

51. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial. III. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la propiedad. La posesión*, Madrid, Civitas, 1995, p. 44, indica: “El Derecho de cosas constituye un soporte jurídico de un núcleo de problemas que son político-económicos y revisten un carácter fundamental y, aún diríamos, que son vitales para toda organización social”.

- CARRILLO DONAIRE, Juan A., “Servidumbres administrativas y limitaciones legales. Delimitación conceptual y clases de servidumbres de utilidad pública”, en REBOLLEDO VARELA, Ángel L. (coord.), *Tratado de servidumbres*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 1567-1656.
- , *Las servidumbres administrativas (delimitación conceptual, naturaleza, clases y régimen jurídico)*, Valladolid, Lex Nova, 2003.
- CARRILLO DONAIRE, Juan A. y CHINCHILLA MARÍN, Carmen, *Bienes patrimoniales del Estado (concepto y formas de adquisición por atribución de Ley)*, Madrid, Marcial Pons, 2001.
- COLOM PIAZUELO, Eloy, “El proceso de formación de la noción de bien comunal y sus consecuencias”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 111, Madrid, 2001, pp. 373-404.
- , *Los bienes comunales en la legislación de régimen local*, Madrid, Tecnos, 1994.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil de España*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial. III. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la propiedad. La posesión*, Madrid, Civitas, 1995.
- DUGUIT, Leon, *Traité de Droit Constitutionnel*, Paris, E. de Boccard, 1928, pp. 344-405.
- FONT I LLOVET, Tomás, “La ordenación constitucional del dominio público”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, p. 3917-3942.
- GALLEGU ANABITARTE, Alfredo, “El Derecho de español de aguas en la historia y ante el Derecho comparado”, en DÍAZ LEMA, Juan M., GALLEGU ANABITARTE, Alfredo y MENÉNDEZ REXACH, Ángel, *El Derecho de aguas en España*, Madrid, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, Centro de Publicaciones, 1986.
- , *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial (derecho a la educación; autonomía local; opinión pública)*, Madrid, Civitas, 1994.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “El dogma de la reversión de concesiones”, en *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1998.
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, José A., “Titularidad y afectación demanial en el ordenamiento español”, en *Revista de Administración Pública*, n° 29, Madrid, 1959, pp. 11-58.
- GARRIDO FALLA, Fernando, “Comentario al art. 38”, en ALBALADEJO GARCÍA, M. (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Madrid, Edersa, 1990, t. V, p. 72.

- , *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982.
- GONZÁLEZ BERENGUER, José L., “Sobre la crisis del concepto de dominio público”, en *Revista de Administración Pública*, n° 56, Madrid, 1968, p. 191-222.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., “Patrimonio y bienes patrimoniales de las Administraciones públicas”, en GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. (coord.), *Derecho de los bienes públicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 109-144.
- , *La titularidad de los bienes de dominio público*, Madrid, Marcial Pons, 1998.
- LÓPEZ RODÓ, Laureano, “Naturaleza jurídica de los bienes del Patrimonio Nacional”, en *Estudios dedicados al Profesor Gascón y Marín en el cincuentenario de su docencia*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1952, pp. 527-556.
- MENÉNDEZ REXACH, Ángel, “El concepto de patrimonio de las Administraciones públicas. Tipología de bienes públicos. La categoría del dominio público”, en HORGUÉ BAENA, Concepción (dir.), *Régimen patrimonial de las Administraciones Públicas*, Madrid, Iustel, 2007, pp. 41-84.
- , “Reflexiones sobre el significado actual de los patrimonios públicos”, en *Ciudad y Territorio. Estudios territoriales*, núms. 95-96, 1993, p. 212.
- MONTOYA MARTÍN, Encarnación, “El régimen común del patrimonio de los organismos públicos en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas”, en HORGUÉ BAENA, Concepción (dir.), *Régimen patrimonial de las Administraciones Públicas*, Madrid, Iustel, 2007, pp. 114-161.
- MOREU CARBONELL, Elisa, *Minas: régimen jurídico de las actividades extractivas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- MORILLO-VELARDE PÉREZ, José I., “El estatuto jurídico de los bienes. Las transformaciones del Derecho público de bienes: del dominio público a las cosas públicas”, en MONTORO CHINER, María J. (coord.), *Las infraestructuras ferroviarias del III milenio*, Barcelona, Cedecs, 1999, pp. 35-82.
- MUÑOZ DEL CASTILLO, José L. y VEGA HERRERO, Miguel, “Patrimonio del Estado y Patrimonio Nacional: aspectos jurídico-financieros”, en MARTÍN-RETORILLO BAQUER, Sebastián (dir.), *Estudios de Derecho y Hacienda: homenaje a César Albiñana García-Quintana*, Madrid, Ministerio de Economía y Hacienda, 1987, pp. 605-642.
- NIETO GARCÍA, Alejandro, *Bienes comunales*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964.
- PARADA VÁZQUEZ, José R., *Derecho Administrativo, vol. III. Bienes públicos. Derecho Urbanístico*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

- PAREJO ALFONSO, Luciano, “Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general”, en *Revista de Administración Pública*, n° 100-102, 1983, pp. 2379-2422.
- PÉREZ BOTIJA, Eugenio, “Problemas de Administración corporativa”, en *Revista de Estudios Políticos*, n° 7-8, Madrid, 1942, p. 291.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Derecho Administrativo Patrimonial: comentario a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Barcelona, Bosch, 2005, t. I.
- SAINZ MORENO, Fernando, “El dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza, cincuenta años después de la fundación de la Revista de Administración Pública”, en *Revista de Administración Pública*, n° 150, Madrid, 1999, p. 477-514.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan A., “Objeto y ámbito. La tipología de los bienes públicos y el sistema de competencias”, en CHINCHILLA MARÍN, Carmen (coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, pp. 43-108.
- YOLKA, Philippe, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, Paris, LGDJ, 1997.



## ROUSSEAU Y EL CONTRATO MORAL\*

ELINA IBARRA\*\*

**Resumen:** Rousseau dialoga con la Modernidad, y lo hace desde una resistencia romántica, desconfiada del racionalismo extremo. A su manera, toma las cuestiones planteadas por Maquiavelo y La Boétie: la libertad y la ingeniería política. Su obra está signada por su inconformidad con la tendencia a justificar, en nombre del orden, la dominación y la explotación del hombre. En *El contrato social* se indicará las condiciones para el orden político, que garantizará la libertad feliz. Allí demuestra cómo es posible “Obedecer sin perder la libertad”, y también logra superar la autonomía de las esferas, conjugando la política y la ética, lo público y privado, el derecho y la moral, poniendo la ingeniería política al servicio de la moralidad. El carácter formal del contrato social funciona como base moral de legitimación política, constituyendo de esta manera la república emergente en el mejor de los mundos posibles. Este es el núcleo de lo que será el ejercicio de la autonomía moral en oposición a la heteronomía política, propuesta por los pensadores racionalistas. Y así, la distinción entre moral y derecho se debilita, pero deja establecido la primacía de la política, como clave para entender la situación de los hombres y como medio para la realización de la libertad en un orden justo.

**Palabras clave:** rousseau – contrato social – contrato moral – libertad – igualdad – ética – política.

**Summary:** Rousseau’s work talks to modernity, despite his resistance and distrust to extreme rationalism. In its way, Rousseau takes the issues raised by Machiavelli and La Boétie: political engineering and liberty. Rousseau is unhappy with the tendency to justify, in the name of order, the subjugation and exploitation of man. In *The Social Contract* he states the conditions for his model republic,

\* Recepción del original: 31/08/2014. Aceptación: 20/11/2014.

\*\* Profesora de Filosofía de la UBA, Profesora de Teoría del Estado y Profesora de Bioética en el Posgrado de la Facultad de Derecho de la UBA, Profesora de Ética en la Facultad de Ciencia Política e Investigadora de la Universidad Abierta Interamericana.

which ensures happy freedom. Rousseau demonstrates how to obey orders without losing freedom. His task will be to show how it is possible to overcome the autonomy of certain spheres: combine politics and ethics, public and private, law and morality, putting political engineering in the service of morality. The formal character of the social contract operates as the moral foundation for political legitimization, thus turning the emerging republic in the best of all possible worlds. This is the core of the exercise of moral autonomy as opposed to the heteronomy suggested by rationalist political thinkers. And so, the distinction between morality and law is weakened, but leaves established the primacy of politics as key to understand the situation of men and as means for the attainment of freedom in a just order.

**Keywords:** rousseau – social contract – moral contract – liberty – equality – ethics – politics.

*Es tan sólo a la ley a quien los hombres  
deben la justicia y la libertad<sup>1</sup>*

## I. INTRODUCCIÓN

La modernidad se nos revela como una compleja configuración. En su origen se encuentran cambios estructurales tan esenciales que de ella resultará un mundo diferente. El derrumbe y el consecuente desmembramiento del Sacro Imperio dieron lugar al surgimiento de los nuevos estados nacionales. El advenimiento de un nuevo orden político implicó necesariamente el reordenamiento de la sociedad y, con ello, se hizo imperioso un modo de comprensión que explicara los nuevos fenómenos. Así es como surge un discurso político, embarcado en la búsqueda de principios y/o leyes que rijan esta novedad, que por el optimismo y el prestigio que la ciencia estaba logrando, tendía (en muchos casos) a convertirse en un saber científico. La aparición de la filosofía política del siglo XVI es tributaria de una cosmovisión donde el orden social y político comparten el mismo modelo causal y estructural de la naturaleza.

Suele atribuírsele a Nicolás de Maquiavelo ser el fundador de la teoría política moderna, dado que en su obra *El príncipe*, realiza un estudio de carácter descriptivo del hecho político, que comienza a delinearse como objeto de conocimiento de lo que luego será la Ciencia Política. Si bien los antiguos habían abordado el problema, Maquiavelo lo retoma, pero esta vez como problema perteneciente a una esfera de saber diferenciada, es decir, que posee autonomía respecto de otros problemas u

1. ROUSSEAU, J.-J., *Discurso sobre la Economía Política*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 14.

objetos de conocimiento. Estos lineamientos impusieron pautas metodológicas en el estudio de lo político, a saber, la distinción de los discursos: el descriptivo, propio del saber científico y acorde a las exigencias racionalistas de la Modernidad; y el prescriptivo, que se corresponde con los planteos morales.<sup>2</sup>

Pero también es posible asignarle tal mérito –el de inaugurar la teoría política moderna– a Étienne de La Boétie,<sup>3</sup> quien es influenciado por las corrientes renacentistas iniciadas en el Siglo XIII y –a través de ellas– por los clásicos grecolatinos. Su obra, *Discurso sobre la servidumbre voluntaria*, tiene como núcleo de su reflexión al hombre, es decir, al individuo, ya que es en la Modernidad cuando se comienza a considerar al hombre como un ser autónomo e originalmente independiente de todo lazo social, es decir, libre.

Ambos pensadores abordan dos cuestiones centrales para la crítica política moderna. Maquiavelo se pregunta: ¿cómo obtener poder y cómo conservarlo? Y su respuesta será de carácter descriptivo, desprovisto de valoraciones morales, teniendo como objeto de estudio la práctica política, diferenciada y autonomizada de la ética; en cambio, La Boétie, cuya pregunta guía será: ¿por qué obedecemos? Y de esa manera dará lugar, por primera vez en el pensamiento político moderno, a la pregunta por la libertad, cuestionando las condiciones en la que se dan las relaciones de mando y obediencia, y quizá sentando las bases para las teorías del poder de prerrogativa y revolucionarias.

La obra de Rousseau es deudora de esta tradición que inicia la Modernidad, a pesar de su resistencia y desconfianza ante el racionalismo extremo que muchas veces encarnaba su tiempo. Pero a su manera, Rousseau retoma los problemas planteados por Maquiavelo y La Boétie: la ingeniería política y la libertad. Toda la obra rousseauiana estará marcada por su incomodidad en un mundo moderno tendiente a justificar en nombre del orden, el sometimiento y la explotación del hombre, representado por la Teoría Política Predominante. Su desafío será diseñar un orden político que no encadene al hombre, sino que –en aparente paradoja– garantice una feliz libertad.

La sola expresión que conjuga ambos conceptos encarna el núcleo de esta cuestión en aparente tensión con el aire de época. A tal fin, mantendrá la distinción metodológica entre *ser* y *deber ser* que imponían los nuevos tiempos como requisito de científicidad, pero sólo en apariencia. Así que es posible distinguir entre sus obras aquellas que son de carácter pretendidamente descriptivo, como por ejemplo el *Discurso sobre las ciencias y las artes* y el *Discurso sobre el origen de la*

2. MAQUIAVELLO, N., *El príncipe*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1984. El texto es escrito en 1513, mientras Maquiavelo estuvo en la cárcel en Florencia y fue publicado recién en 1532.

3. DE LA BOÉTIE, È., *Discurso sobre la servidumbre voluntaria*, Buenos Aires, Libros de la Araucaria, 2006. Nace en 1530 y redacta el breve opúsculo citado a la edad de 17 años.

*desigualdad entre los hombres*, ya que pretenden explicar el estado de esclavitud en el que se encuentran los hombres y señalar las causas que lo condujeron a esa situación, serán escritos condenatorios del estado de corrupción de las costumbres. Pero, así también contará con escritos claramente programáticos, entre los que se encuentran sus obras de carácter prescriptivo, tal y como son *Emilio* y *El Contrato Social*, donde expondrá las condiciones necesarias para llevar una vida feliz y su modelo de república.

En el presente escrito intentaré demostrar que Rousseau, con el objetivo de no subordinar la libertad al orden, sino de realizar la libertad en el orden, logra sortear la autonomización de las esferas y conseguirá de esa manera conjugar política y ética, lo público y lo privado, el derecho y la moral, poniendo la ingeniería política al servicio de la moral. Al relativizar estas distinciones se acerca al ideal del hombre clásico, donde ser un hombre justo era a la vez ser un buen ciudadano. El carácter formalista del contrato social permitirá que la moral opere como fundamento legitimante del orden político, convirtiendo así a la república emergente en el mejor de los mundos posibles, cuyo núcleo estará en la postulación de una moral autónoma, en oposición a la heteronomía propuesta por los pensadores políticos racionalistas.

Para tal fin, el programa rousseauiano desarrollará sus textos morales como fundamentos de los escritos políticos y, fundamentalmente, para dirigir la crítica hacia aquellos pensadores que, pretendieron justificar órdenes injustos basados en el uso de la fuerza y que reducían al hombre a la servidumbre. Y por ello, más allá de que en su pensamiento, la distinción entre moral y derecho esté debilitada, dejará claramente establecido en su obra la primacía de la política como clave para comprender la situación de los hombres y también como medio para la realización de la libertad en un orden justo.

## II. EL ESTADO DE NATURALEZA

Para situar teóricamente el pensamiento de Rousseau, será necesario describir el panorama ideológico de su tiempo. La racionalidad moderna, en su afán de distinguirse de los siglos oscuros de la Edad Media, sometía los dogmas heredados a la luz desmitificadora de la razón, y por ello se la ha caracterizado por su profunda impronta racionalista, tanto que la crítica y el proyecto emancipador –también características de la Modernidad– son deudores de esta confianza en la capacidad racional del hombre.

Frente a ello Rousseau expresará en sus escritos una virulenta desconfianza en las bondades de la razón y esto lo convertirá en un precursor del Romanticismo, una corriente de pensamiento que se desarrollará un siglo más tarde como crítica

del progresismo moderno, racionalista e individualista.<sup>4</sup> Pero para ser justos, si Rousseau es un crítico de la Modernidad, y la Modernidad se caracteriza por la crítica, bien podríamos decir que Rousseau fue el más moderno de los modernos, puesto que se atrevió a criticar a la Modernidad en su pleno apogeo. Aunque su filiación con la teoría política clásica lo mantendrá alejado de la hegemonía de su tiempo.

Como parte de este “Romanticismo” *avant la lettre*, como ya hemos señalado Rousseau no verá en la racionalidad el fundamento del orden político, sino en una instancia previa a ella y que está relacionada al modo de existencia que los hombres experimentaban en el estado de naturaleza. En este estadio el hombre hallará las condiciones necesarias para construir un orden justo y dichoso: considerará la a-politicidad natural del hombre, pero buscará en el estadio pre-político la justificación del orden político. Este será uno de los pocos puntos en común con los pensadores modernos, tales como Hobbes y Locke, pertenecientes a una tradición de pensamiento opuesta a la rousseauiana, la Teoría Política Predominante, que se caracteriza por tener una visión atomizada y centrífuga de la sociedad (compuesta por individuos monádicos, que buscan satisfacer sus propios intereses, conformando la sociedad civil como esfera propia de los asuntos privados, diferenciada de lo público), una antropología esencialista (esto es, a-histórica, que sostiene la inmutabilidad de los caracteres humanos), una concepción instrumental de la racionalidad y una concepción de la política como ingeniería jurídico-constitucional.<sup>5</sup>

Pero, al parecer de Rousseau, estos han fracasado, porque no han podido describir apropiadamente las condiciones del hombre en estado de naturaleza, sino que han descripto al hombre de su contemporaneidad sin despojarlo de todos los artificios de los que la vida civilizada lo ha dotado. Han tomado al hombre de su tiempo tal cual lo percibían, con las preocupaciones e intereses, pervertido en sus pasiones por la vida corrosiva en sociedad, puesto en un entorno natural, esto es, en un sin gobierno. Esta operación teórica no podía sino conducir al error, a saber: la justificación de órdenes absolutistas, donde los hombres para garantizar una vida pacífica, no sólo han renunciado a su libertad, sino también a la igualdad.

Hobbes, según Rousseau, no ha hecho sino describir al hombre de su tiempo, creyendo que estaba describiendo al hombre en estado natural, pero su operación

4. Tal y como lo expresa en el Discurso sobre las Ciencias y las Artes, allí Rousseau indica que todo aquello que los pensadores consideran un progreso para la humanidad, en realidad son el resultado del ocio y del lujo, y por ello implican la degradación del hombre. El desarrollo científico y la sofisticación del arte, no son más que “guirnaldas que encubren las cadenas” y le impiden ver que es un falso progreso: la ciencia resulta del ocio y el arte, del lujo. Pero ambas no son malas en sí mismas, sino que son causadas por el mismo mal, la desigualdad. ROUSSEAU, J-J, *Primer discurso o Discurso sobre las Ciencias y las Artes*, Madrid, El Ateneo, 2001.

5. D'AURIA, A., *Rousseau: su crítica social y su propuesta política*, Buenos Aires, La Ley, 2007, pp. 105-109.

teórica consistió sólo en eliminar el poder organizado del Estado, para luego estar en condiciones de justificar un poder absoluto. Y esto es lo que le critica a Hobbes, que haya pensado en el hombre natural con los caracteres del hombre del presente, condicionado social y políticamente, afectado por instituciones como la iglesia, la educación, el Estado. Hobbes define las características del hombre y las vuelve esenciales y a-históricas: el hombre es egoísta y sin Estado es belicoso, porque su ansia de poder es ilimitada. Cristaliza las notas del presente y las eterniza, el hombre es, fue y será así. Sólo resta controlarlo (aunque este mismo egoísmo sea una de las razones que lo lleve a pactar, en su interés por mantenerse con vida).

La centralidad que tiene para Rousseau el concepto de estado de naturaleza, en tanto punto de partida de su razonamiento, exige exponer la metodología del abordaje de tal concepto. Ésta consiste en que para conocer al hombre tal cual es, hay que comenzar despojándolo de todo aquello que haya sido adquirido a lo largo de su vida y de la historia, de los efectos del progreso. Por eso la caracterización inicial es por la negativa: el hombre en estado natural es solitario (no es social), no vive en familia, no tiene propiedad, no tiene lenguaje ni moral (porque en soledad no le son necesarios). Es un ser que vaga solo y libre por el bosque. Y como todos los otros se encuentran en esas mismas condiciones, no es posible derivar de ello ningún derecho de un hombre para gobernar a otros. En el estado natural impera la igualdad, aunque hay desigualdades físicas, son insignificantes y la vida exigente de la naturaleza se encarga de eliminar esas diferencias.

En el estado natural, la vida de estos hombres no está regida por una razón innata, tal y como han afirmado los iluministas como Hobbes o Locke, sino por dos pulsiones, que poseen en común con el resto de los animales. Y aquí estamos ante la presencia de dos rasgos románticos: el primero es el hecho de quitar a la razón de su lugar de privilegio en la vida humana y poner en ese sitio a las pasiones; y el segundo, la comunidad con los otros animales, es indicadora de la pertenencia del hombre a la naturaleza, no como una instancia a vencer –propia de la modernidad criticada– sino como condición elemental de la existencia humana.

Estas dos emociones son pre-reflexivas, es decir, irracionales, tienen el aspecto de dos fuerzas: una centrífuga, es decir que su sentido es de adentro hacia afuera y es la llamada *piEDAD*, un sentimiento de intolerancia frente al dolor ajeno, que nos lleva a evitar causar o abandonar en el dolor a los otros; y la otra fuerza es centrípeta, esto es, que su sentido es de afuera hacia adentro, y consiste en tomar del entorno todo lo necesario para la subsistencia, y es el llamado *amor de sí* (*amour de soi*), que es aquel que responde a sus intereses de conservación y que luego degenerará en egoísmo (*amour-propre*) como resultado de la vida en sociedad; y la piedad que es la consideración dirigida hacia los otros, se pervertirá en indiferencia frente al

dolor de los otros, atestiguado hasta el hartazgo en la vida hacinada de las ciudades modernas.<sup>6</sup>

Pero mientras se da su existencia en el estado natural, los encuentros entre los hombres son tan esporádicos, que aunque el hombre se halle aislado, sin lazos sociales, de esa soledad en la que vive no se deduce que desee la desgracia de los otros. Estas actitudes del hombre salvaje acontecen en el marco de una radical irreflexión, lo que implica que también se dan desinteresadamente. La piedad nos permite ponernos en el lugar del que sufre y desear que ese alguien cese su padecer “¿Qué es sino desear que alguien sea feliz?”.<sup>7</sup>

El hombre no tiene más necesidades que las que puede satisfacer directamente de la naturaleza, por lo que no hay propiedad. Y por ello tampoco hay razones para la guerra porque los hombres tienen todo lo que necesitan. La vida del hombre natural se desarrolla tranquila y sin sobresaltos. Nada lo inquieta, ni siquiera la idea de futuro, sólo tiene nociones vagas de su presente y “sus proyectos, limitados como su horizonte, apenas se extienden hasta el final del día”.<sup>8</sup> ¿Cómo podría un hombre que vive en un eterno presente, temer por su vida? Para ello es preciso tener conciencia de la finitud, tener conciencia de sí mismo. A este equilibrio entre sus necesidades y los medios y recursos para satisfacerlas, Rousseau lo llamará “felicidad”.<sup>9</sup>

Dos características diferencian al hombre del animal: la conciencia de la libertad de su voluntad, es decir que no está determinado por los instintos y puede desafiar la naturaleza; y su condición de ser perfectible, ésta es una propiedad fundamental, ya que consiste en la negación del hombre como portador de una naturaleza humana, es un ser mutable, es decir, histórico. Esta misma condición será, en palabras de Rousseau, el origen de todos los vicios y de todas las virtudes del hombre, es decir que será por esta condición del hombre que saldrá del estado natural, pero también será por esta misma condición que tendrá la posibilidad de superar la situación de esclavitud en la que ha caído.

Las primeras experiencias de vida comunitaria trajeron como consecuencias la conciencia de la interdependencia y también la necesidad de la cooperación. Pero la propiedad privada estableció relaciones desiguales, que surgieron de la comparación y de la explotación por parte de los que tienen hacia los que no tienen. Así el desposeído está doblemente esclavizado: su cuerpo, porque debe trabajar para

6. ROUSSEAU, J.-J., *Discurso sobre el origen de la desigualdad*, Madrid, El Ateneo, 2001, p. 97.

7. ROUSSEAU, J.-J., ob. cit., p. 98.

8. ROUSSEAU, J.-J., ob. cit., p. 87. Aquí Rousseau está objetando la afirmación hobbesiana del Capítulo XIII de la Primera Parte del *Leviathan*, donde afirma que los hombres en el estado de naturaleza renuncian a su derecho natural a todo porque tienen miedo a una muerte violenta, dando lugar así al surgimiento del estado civil.

9. ROUSSEAU, J.-J., ob. cit., p. 96.

sobrevivir y su alma, porque está preso de la envidia, en su vanidad herida por no poseer más que otros. Así es como el equilibrio que reinaba entre necesidades y recursos para satisfacerlas, y el que existía entre las fuerzas de la piedad y el amor de sí, será puesto en crisis por la razón, que con sus cálculos hará primar los intereses de un hombre que se ha replegado a su fuero privado.

### III. LOS ESCRITOS MORALES

A continuación he de analizar algunas obras de Rousseau, y si bien es posible que alguna de ellas no fuera concebida propiamente como escrito moral, en todas ellas es posible rastrear el problema de la felicidad y el método que el autor considera que debe ser seguido para poder alcanzarla. Como señalé anteriormente, la línea que separa en la Modernidad el análisis político de la reflexión ética aparece difusa en este autor, pero no como defecto, sino como resultado de su concepción de la política, no como una esfera escindida de la búsqueda de una vida dichosa, sino en tanto práctica que tiene como objetivo crear las condiciones para una vida feliz.

Una de las tantas conclusiones que podemos extraer del *Discurso sobre el origen de la desigualdad*, es que el itinerario que llevó a los hombres a las cadenas es para Rousseau un avatar. Su concepción del hombre, cercana a los presupuestos existencialistas del Siglo XX, implica la ausencia de una naturaleza esencial invariable, esto es a-histórica e inmutable, y se piensa al hombre, en su condición de ser perfectible, esto es, como un plexo de posibilidades, un proyecto. Por ello no hay fatalismo en la visión del hombre rousseauiano, el hombre es el constructor de su propia existencia. En su origen el hombre no es ni bueno, ni malo, y por ello no tiene culpa. Pero cuando llega a ser consciente de su libertad, está llamado a elegir y la consecuencia es la responsabilidad. Y si bien el hombre no es malo por naturaleza, él es el autor del mal en el mundo y por eso le cabe también ser quien le ponga fin. En las últimas páginas del *Discurso sobre las ciencias y las artes*, Rousseau le pone nombre al mal, a la causa de todos los abusos y vicios, lo llama “desigualdad”.<sup>10</sup>

Y si bien este escrito tiene la apariencia de ser un escrito descriptivo, en realidad contiene una gran carga prescriptiva, ya que posee la fuerza de la denuncia que permite ver con claridad la preocupación de Rousseau por el estado de perversión de la vida en sociedad. Son las ciencias y las artes resultado del ocio y del lujo, que a su vez no sólo son la consecuencia de la desigualdad, sino que al mismo tiempo son encubridoras de las inequidades en las que tienen origen. El ocio y el lujo sólo son posibles consecuencias de una sociedad que no es justa, es decir, que no es igualitaria. La conclusión es que el tan glorificado progreso no sólo conduce a la corrupción

10. ROUSSEAU, J-J., *Discurso sobre las ciencias y las artes*, Madrid, El Ateneo, 2001, p. 42.

moral, porque promueve el ocio y no la laboriosidad, el lujo y no la austera humildad, sino que además funcionan, ciencias y artes, como un enmascaramiento de esas asimetrías en las que se han originado, que aparentan una mejora para la vida humana, pero que no son sino la señal de su degradación y de su infelicidad.

Acerca de un hombre ya no se pregunta si es honrado, sino si tiene talento; ni acerca de un libro si es útil, sino si está bien escrito. Las recompensas se prodigan a los espíritus brillantes y la virtud queda sin honores. (...) Tenemos físicos, geómetras, astrónomos, poetas, músicos, pintores; ya no tenemos ciudadanos; y si todavía nos quedan algunos, están dispersos en nuestros campos, abandonados, donde mueren, indigentes y despreciados.<sup>11</sup>

Así también en las *Cartas a Sofía*,<sup>12</sup> Rousseau señala la decadencia en la que se han sumido los hombres que viven en sociedad, que frecuentan los salones, preocupados por sus trajes y juzgando a los otros solamente por su apariencia, motivados por la envidia y la competencia, propias de una convivencia no igualitaria. La serie de cartas comienza con la afirmación de que el objeto de la vida humana es la felicidad, y de esa manera se inscribe en la línea de las éticas teleológicas y eudemonistas, como la ética aristotélica. La diferencia estará dada con el pensamiento de Aristóteles en cuanto al medio de acceder a ella. Dejará de lado el intelectualismo que dominó la ética clásica –y que luego se consagrará con la ética kantiana– indicando claramente que no será a través de la razón que se acceda a ella, porque la felicidad no consiste en el resultado de un cálculo, porque esa capacidad de evaluación es cuantitativa y no cualitativa; tampoco el dar rienda suelta al desenfreno de las pasiones será la manera de ser feliz, porque ellas son inconstantes y una vez satisfechas se desvanecen.

El objeto de la vida humana es la felicidad del hombre, pero ¿quién la consigue? [...] No encontramos regla invariable, ni en la razón que carece de apoyo, de asidero y de consistencia, ni en las pasiones que se suceden y se autodestruyen incesantemente. [...] En el inmenso laberinto de los razonamientos humanos aprendéis a hablar de la felicidad sin conocerla, aprendéis a discurrir y no a vivir, os perdéis en las sutilezas metafísicas.<sup>13</sup>

11. ROUSSEAU, J-J., ob. cit., p. 43.

12. ROUSSEAU, J-J., *Cartas a Sofía. Correspondencia filosófica y sentimental*, Madrid, Alianza, 1999. La correspondencia mantenida con la Condesa d'Houdetot suele denominarse Cartas Morales, y es escrita por Rousseau en circunstancias de haberse convertido en “maestro de virtud” de la Condesa, en gesto de amor sublimado, por no haber sido correspondido.

13. ROUSSEAU, J-J., ob. cit., pp. 92-93.

La *via regia* que nos va a permitir alcanzar la felicidad, será la introspección. Será el recogimiento, la reflexión en soledad, lo que nos permitirá acceder al fondo de nuestro corazón. El consejo no quiere ser del filósofo (porque no es la razón la protagonista), sino que quiere ser el de un amigo: si quiere ser feliz tiene que examinarse a sí misma, para así poder saber qué es lo que piensa, en qué cree, cuáles son sus sentimientos. Tiene que poder pensar desde sí misma, para así tomar distancia de la racionalidad que la lleva a ponderar lo conveniente en relación con los otros, en términos comparativos y de competencia.

Cuando Sofía –y todos los hombres– logren liberarse de los condicionamientos mezquinos de su entorno social y consigan abandonarse a sí mismos, acallando las voces de falsos guías, entonces podrán escuchar “la voz de la Naturaleza”,<sup>14</sup> que se halla en nuestra conciencia. Allí descubriremos las verdades primitivas que son el fundamento de todas las demás, pero no tendrán la forma de un razonamiento, sino de un sentimiento, porque éste enseña mejor y permanece en los corazones de los hombres, ya que fue puesto allí por la Naturaleza. El sentir es anterior al pensar. Lo primero que experimentamos como seres vivos, son las emociones y no la razón, y nuestra felicidad dependerá de que logremos poder escuchar esa tenue voz, más allá del ruido ensordecedor del progreso.

En la *Quinta Carta*, señala que ese sentimiento enseña que nos honra más la felicidad ajena que su desgracia, y que a pesar de todos los prejuicios, de la educación y de las desnaturalizaciones de la vida social, los hombres lo guardan en el fondo de su corazón, y cuando enmudece la razón mezquina, logran escuchar este principio de moralidad. Estos principios innatos tienen la forma de fuerzas, amoraes en la soledad del estado natural, que son el amor de sí, como una fuerza vital, y el temor al dolor ajeno, que se corresponde con la piedad. Ambas fuerzas buscan satisfacer el deseo de bienestar. Pero una vez acontecida la sociedad, fuera ya del estado de naturaleza, en la relación con el otro toman la forma de un sistema moral innato que podría resumirse en el precepto: *Obligarse a hacer las cosas que nos gusta ver hacer a los otros*.<sup>15</sup> Como vemos, la moral que propone Rousseau, no es una moral de contenidos deducidos de instancias metafísicas ni de ideas trascendentes, sino que la fuerza de ese sentimiento (para el que las palabras no pueden ser sino un medio inadecuado para expresarlo), radica en la reciprocidad.

La misma visión que Rousseau tiene del hombre en estado natural, es decir, que no ha sido corrompido por la vida en sociedad, es aplicable al niño recién nacido, que se encuentra al igual que aquel hombre originario, incontaminado por la civilización, ni viciado por las costumbres. Por ello las características de aquél son

14. ROUSSEAU, J-J., ob. cit., p. 94.

15. ROUSSEAU, J-J., ob. cit., p. 127.

aplicables a éste: no será ni bueno, ni malo, sino que podrá ser lo que elija ser. Por eso considera necesario escribir un tratado sobre la manera correcta de educar a los niños, de modo tal que puedan mantener lo más intangible posible esos sentimientos humanitarios con los que se nace, a tal fin, su obra *Emilio o de la educación*. Este tratado de pedagogía fue editado en el mismo año que *El Contrato Social*, y en el siguiente fragmento se evidencia la conexión que existe entre ambas obras, tanto que podemos afirmar que son parte del mismo proyecto.

Si las leyes de las naciones pudieran poseer, como las de la Naturaleza, una flexibilidad que ninguna fuerza humana ha podido vencer, la dependencia de los hombres volvería a ser la de las cosas; se reunirían en una república todas las ventajas del estado natural a las del estado civil; se uniría, a la libertad del hombre exento de vicios, la moralidad que le levanta hacia la virtud.<sup>16</sup>

La voz de la Naturaleza suena más fuerte en la conciencia del niño, tanto que para él todos los hombres son iguales, las diferencias que ven los hombres corrompidos, acostumbrados a llevarse por las apariencias y las posesiones, están ausentes en el niño. Y si desde sus primeros años se le enseña a respetarla y no es acallada por los refinamientos y ornamentos de la civilidad ficticia, tendremos a un hombre que habrá aprendido a ser libre y feliz con los otros. Y como la moral no es natural en el hombre, sino que hay que aprender a reconocerla como tal en la vida en sociedad, sólo será posible a través de una educación. Por eso esta teoría política contractualista, con aspecto e implicancias de teoría ética formalista, concluye en una pedagogía que propicia el aprendizaje autónomo, la introspección y el autoconocimiento.

#### IV. EL CONTRATO MORAL

En el *Discurso sobre economía política*, Rousseau llama a que no nos detengamos demasiado en lo que se ha hecho, sino que nos concentremos en lo que se debe hacer, rechazando las vilezas de las autoridades mercenarias que no intentan más que convertir a los hombres en esclavos, malvados e infelices.<sup>17</sup> Y es que los órdenes políticos hasta entonces diseñados sólo habían tenido en cuenta un aspecto del hombre, lo consideraban en su estado presente, es decir, ya pervertido por la sociedad. En consecuencia, estos órdenes lograban sólo una adhesión parcial, ya que su cohesión se fundaba en su egoísmo racional –partiendo de una escisión de

16. ROUSSEAU, J-J., *Emilio o de la Educación*, Barcelona, Biblioteca de los grandes pensadores, 2002, pp. 83-84.

17. ROUSSEAU, J-J., *Discurso sobre la Economía Política*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 69.

las esferas que componen la complejidad de la existencia— y renunciaban así, a un compromiso moral que uniera a los hombres íntegramente a la totalidad de la comunidad a la que pertenecen. Se obtiene de esta manera la obediencia exclusivamente como medio para evitar la fuerza del castigo. Si persiste el orden basado en la razón como cálculo, persisten los intereses particulares, la desconfianza, el egoísmo, es decir que se renuncia a una ciudadanía virtuosa.

“El hombre ha nacido libre y en todas partes se halla prisionero”,<sup>18</sup> quizá podríamos resumir el problema que Rousseau plantea, en esta expresión. Los hombres nacen libres, pero esa libertad parece insostenible, por su perfectibilidad y por el camino de sofisticación que se volvió un obstáculo para la preservación. Puesta en riesgo la subsistencia los hombres se asocian para protegerse. Entonces el problema fundamental se da en estos términos: ¿Cómo hacer para que cediendo mis medios de preservación, obtenga a cambio garantías para mi preservación? o ¿cómo hacer para someternos a un orden y aún así obedecemos a nosotros mismos? El problema fundamental es la conciliación entre libertad y obediencia.

Para ello Rousseau encuentra la solución en el contrato, cuyo objetivo es proteger a los asociados y permitir el ejercicio de la libertad. Pero para que este objetivo sea posible las condiciones requeridas tienen su inspiración en una total alienación. La cláusula protocolaria dice: *Que todos cedan todo al todo*. La enajenación es total, dado que no hay instancia no renunciable, y si así fuera, persistiría en el orden la primacía de lo privado por sobre lo público, si los hombres se reservan algo para sí, perpetúan la desigualdad. Sólo una absoluta y estricta consideración mutua puede garantizar un orden político justo, un orden donde *todos* abandonen sus deseos privados en bien de *todos*, logrando de esa manera el equilibrio de los intereses conflictivos. La relación política no es psicológica, ni mecánica, ni paternal, es normativa y su fundamento no será trascendente, sino que se fundará en la inmanencia del *todo*, resultante del consenso, como expresión de la autonomía de quienes se comprometen libre y mutuamente.

A diferencia de la libertad negativa que dice: soy libre mientras nadie interfiera con la realización de mis intereses, esto significa que la libertad política es el ámbito en el que puedo actuar sin ser obstaculizado por otros, entendida así por los representantes de la Teoría Política Predominante; Rousseau, en cambio, entiende la libertad en sentido positivo, la que resulta del deseo por parte de alguien de ser su propio dueño: —quiero que mi vida y mis decisiones dependan de mi mismo y no de fuerzas exteriores, quiero obedecer mi voluntad y no la de otros—. En términos políticos, ser libres implica participar en las decisiones y no ser sometidos bajo el dominio de otra voluntad, que no sea la voluntad general<sup>19</sup> de la que formo parte.

18. ROUSSEAU, J-J., *El contrato social*, Madrid, El Ateneo, 2001, p. 178.

19. Es necesario señalar la filiación con el concepto de “razón” en Spinoza: “comprensión genética de

Descartadas las instancias de dominio por la fuerza, es el consentimiento la forma de la legitimación de la autonomía, que se expresa en una voluntad general, que como voluntad del cuerpo promoverá el bienestar del mismo. A diferencia de los órdenes cuestionados por Rousseau, que dan lugar a un orden basado en la heteronomía, garantizados por la fuerza pública. En esta alienación total del contrato social está garantizada la igualdad de derecho y en su carácter de acuerdo voluntario, recíproco y de pertenencia a la voluntad general, también está garantizada la libertad. Los hombres son libres e iguales por Naturaleza, pero éstas propiedades se han perdido cuando los hombres salieron del estado natural, y sólo un orden civil que sea reflejo de tal condición puede lograr hacer felices a los hombres. Es falso que Rousseau promoviera una vuelta al estado natural, por el contrario, consideraba que la libertad natural no es preferible a la libertad civil ya que la primera no es auto-consciente, ni voluntaria, en cambio sí lo es en la república.

Por ello la voluntad general no es equivalente a la voluntad de todos. Se opera en el contrato un cambio sustancial, no cuantitativo, y la multitud se torna sujeto colectivo que se da a sí mismo la ley que tiende al bien común. Lo que define a la voluntad general es el propósito que persigue, que debe ser el del interés común. Es posible que la voluntad de todos coincida, pero no hay expectativa de unanimidad, porque no es la unanimidad lo que caracteriza esencialmente la voluntad general. Tanto la voluntad de todos como la voluntad de la mayoría, pueden ser expresiones de voluntades particulares, que no tienen como objetivo promover el bien común, sino sólo el sectorial. La voluntad de la mayoría, si no persigue un interés común, no es más que una voluntad particular. Lo mismo vale para la voluntad de todos: si su propósito no es el interés general, no es otra cosa que una suma de voluntades individuales sin objeto común. En ambos casos prevalecería lo particular sobre lo general.

La voluntad general cuenta en suma coherencia con la analogía del artificio político entendiendo al todo como cuerpo, que en tanto existencia orgánica está dotado de voluntad. El contrato social es fuente de legitimidad de una república y ésta resulta de la consensuada convivencia política cuando se convierte en un Yo común, en un macro-sujeto y por ello también, es poseedor de una moral, en tanto voluntad que mueve. Este cuerpo está compuesto por todos los ciudadanos y su alma, la voluntad general, es la forma de este consenso. La idea de cuerpo se evidencia en la contraposición entre voluntad general y voluntad particular que son conceptos opuestos, el primero tiene como objetivo la igualdad, su propósito es el bien común;

---

la realidad, percepción de las realidades singulares en relación con el conjunto del cual forma parte y la captación de que dichas realidades son necesarias". Es estrecha la relación entre la noción de Spinoza de "razón" y la "voluntad general" de Rousseau, donde la particularidad de la voluntad individual se percibe como parte de un todo, al que subordina su particularidad. Cf. D'AURIA, A., *El pensamiento político*, Buenos Aires, Depalma, 1999, pp. 50-53.

el segundo corresponde a una parte y es la de cada hombre con sus preferencias; la voluntad general es siempre recta, pero más débil; la voluntad particular es facciosa, pero más fuerte. En tanto ciudadanos nuestra voluntad es la voluntad general, en tanto hombres nuestra voluntad es particular, por lo que la autonomía queda garantizada. El problema político consiste en sujetar a la voluntad general<sup>20</sup> las voluntades particulares, entendidas como expresiones de la desigualdad.

Habría una diferencia cognitiva entre la voluntad de la mayoría, la voluntad de todos y la voluntad general. A modo de una moral socrática, en la que si no se realiza el bien, es porque no se lo conoce, y sólo basta conocerlo para quererlo. La ley que ella expresa está asentada en el consentimiento y es auto-impuesta porque está dirigida al interés común. La ley es lo que la voluntad general del pueblo determina teniéndose a sí mismo como propósito, pero será el resultado de un salirse de sí de cada hombre, para poder ver las cosas desde el punto de vista del interés general. Es una relación de mando y obediencia pero sin intermediarios, donde el pueblo virtuoso dispone la ley como soberano que luego obedecerá como súbdito. Esto coloca a los ciudadanos en un estadio superior de una moral colectiva, en el puro carácter formal de la reciprocidad del contrato y de la ley auto-impuesta, que hace posible ser libres obedeciendo la ley de la que son autores.

Por eso la introspección, como forma de auto-conocimiento, es importante para poder hallar en cada uno de nosotros ese estado incontaminado, que Rousseau instalará en la infancia, en el que la voz de la naturaleza es conciencia de igualdad, porque la vida natural no admite desigualdad. Se evoca un estado previo a la sociedad, previo a las desigualdades que ha producido el progreso y el afán egoísta de los hombres, previo a los prejuicios adquiridos de las instituciones, la educación y las nacionalidades (que no hacen sino particularizar). Y ante la igualdad natural perdida, se accede no sólo a la igualdad de derecho lograda por el contrato, sino que además, apelando a la voz de nuestra conciencia, podremos acceder a la evidencia de la igualdad de los hombres, y sólo podremos querer para los otros lo que hemos de querer para nosotros y hemos de querer para nosotros lo que queremos para los demás.

Para ello sería necesario que la suma de los intereses particulares no fuese mayor que el interés común y que cada cual creyera ver en el bien de todos el mayor bien que pudiese esperar para sí mismo.<sup>21</sup>

20. En la crítica a la representación política de Rousseau, no admite que la voluntad pueda ser representada, dado que sólo se expresa en 1º persona, la voluntad es siempre un Yo quiero. Es posible percibir en este cuestionamiento un rasgo clásico, ya que es un punto de contacto con su crítica estética al teatro y a su vez ligada a la crítica a las morales heterónomas. En D'AURIA, A., *El pensamiento político*, Buenos Aires, Depalma, 1999.

21. ROUSSEAU, J.-J., *Discurso sobre la Economía Política*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 42.

Es Rousseau un moralista: la unión moral del cuerpo político, es la voluntad general que logra que prevalezca el bien común por sobre los intereses particulares. Esta es la norma suprema que orienta el obrar del ciudadano virtuoso. Es la virtud el paradigma de la conducta política. Rousseau repudia el progreso, y en la búsqueda de un orden político virtuoso y austero, encuentra en el pasado histórico la autonomía y la austeridad de la *polis* griega y en el pasado antropológico, la igualdad del estado de naturaleza. Rousseau considera que teniendo en cuenta el carácter inacabado del hombre como un ser perfectible, un ser que responde a su medio, es posible que mediante el ejercicio activo de la voluntad general en la práctica política y la orientación por la educación, sería posible lograr que la voluntad de la ciudadanía hiciera que el egoísmo se tornara virtud.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ARMSTRONG, Arthur H., *Introducción a la Filosofía Antigua*, Buenos Aires, Eudeba, 1966.
- BERLIN, Isaiah, *Libertad y Necesidad en la Historia*, Madrid, Revista de Occidente, 1986.
- BLOOM, Alan, “Jean-Jacques Rousseau”, en STRAUSS, Leo y CROUSEY, Joseph (comp.), *Historia de la Filosofía Política*, México, FCE, 1993.
- BOBBIO, Norberto, *Estudios de historia de la Filosofía: de Hobbes a Gramsci*, Madrid, Debate, 1991.
- D’AURIA, Aníbal, *El pensamiento político*, Buenos Aires, Depalma, 1999.
- , *Rousseau: su crítica social y su propuesta política*, Buenos Aires, La Ley, 2007.
- D’AURIA, Aníbal y BALERDI, Juan, *Estado y Democracia*, Buenos Aires, Docencia, 1996.
- HOBBS, Thomas, *Leviathan*, México, FCE, 1994.
- DE LA BOÉTIE, Étienne, *Discurso sobre la servidumbre voluntaria*, Buenos Aires, Libros de la Araucaria, 2006.
- LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Buenos Aires, Prometeo, 2005.
- MAQUIAVELO, Nicolás, *El príncipe*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1984.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Emilio o de la Educación*, Barcelona, Biblioteca de los grandes pensadores, 2002.
- , *El contrato social*, Madrid, El Ateneo, 2001.
- , *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Madrid, Ed. El Ateneo, 2001.
- , *Discurso sobre las ciencias y las artes*, Madrid, El Ateneo, 2001.
- , *Sueños de un paseante solitario*, Buenos Aires, Nuevo Siglo, 1977.
- , *Escritos sobre la paz y la guerra*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982.

- , *Cartas a Sofía. Correspondencia filosófica y sentimental*, Madrid, Alianza, 1999.
- , *Discurso sobre la Economía Política*, Madrid, Tecnos, 1991.
- SPINOZA, Baruch, *Tratado teológico-político*, México, Porrúa, 1982.
- , *Ética*, México, Porrúa, 1982.

## SOBRE EL CRITERIO DE DISTINCIÓN ENTRE LA INTERRUPCIÓN DE CURSOS CAUSALES SALVADORES INICIADOS POR TERCEROS O PROVENIENTES DE LA NATURALEZA Y LA CAUSACIÓN DIRECTA\*

MARCELO D. LERMAN\*\*

**Resumen:** La doctrina penal suele distinguir entre supuestos de causación directa y aquellos que han sido denominados como interrupción de cursos causales salvadores. Sin embargo, la aproximación a este último grupo de casos se ha producido mayormente mediante ejemplos, lo que genera una serie de inconvenientes a nivel sistemático. En este artículo se intentará mostrar que la tradicional distinción resulta altamente problemática; para ello se analizarán con particular atención aquellos casos en los que se interrumpe un curso causal salvador iniciado por un tercero o proveniente de la naturaleza, comparándolos con los supuestos usualmente aceptados de causación directa.

**Palabras clave:** interrupción de cursos causales salvadores – delitos de omisión – causalidad – imputación objetiva – comisión por omisión.

**Summary:** Criminal law theory tends to distinguish between direct causation and interruption of causal salvation courses. The latter category, nonetheless, has been analyzed on a case-by-case basis which has given rise to a series of systematic difficulties. Accordingly, in this article I will try to demonstrate that this traditional distinction is highly problematic. For that purpose, I will focus on cases of interruption of causal salvation courses –in which the salvation course may come from a third person action as well as from nature- and I will compare them with those usually accepted as cases of direct causation.

**Keywords:** interruption of causal salvation courses – crimes of omission – causation – legal causation – commission by omission.

\* Recepción del original: 03/11/2014. Aceptación: 26/12/2014.

\*\* Doctor (UBA), Magister Legum (Universität Regensburg), Abogado (UBA). Ex becario de la fundación Alexander Von Humboldt (Programa Georg Forster; Albert-Ludwig-Universität Freiburg). Ex becario DAAD (Albert-Ludwig-Universität Freiburg). Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Director del proyecto UBACyT 20020120300021BA “La posición de garante del funcionario policial”.

Las ideas centrales de este texto fueron introducidas preliminarmente como una cuestión colateral en mi tesis doctoral “La omisión por comisión” (Abeledo-Perrot, 2013). Agradezco la importante colaboración de Leandro Dias, Juan Nascimbene, Carla Salvatori y Fernanda Prack.

## I. INTRODUCCIÓN

La doctrina suele utilizar el concepto de interrupción de cursos causales salvadores para casos de delitos activos en los que no se produce una causación directa de un modo meramente intuitivo, explicando su significado mediante ejemplos. Entre estos últimos, tienen particular relevancia ilustrativa aquellos en los cuales la vida o la integridad corporal de una persona se encuentra ante un peligro (en general proveniente de la naturaleza, pero no necesariamente, pues también puede provenir de la acción de un tercero), otra se dispone a impedir ese resultado lesivo y comienza a desarrollar una actividad que tendría el resultado de salvamento (esta persona, en principio, también podría ser reemplazada por un evento –salvador– de la naturaleza),<sup>1</sup> y un tercero (o cuarto), el autor, realiza una conducta activa que frustra el salvamento.

Pero, por cierto, no es posible asimilar el alcance de un concepto al contenido de un ejemplo (o de un grupo de ejemplos). De lo contrario, no se contaría con una idea exacta de lo que se quiere significar con esa noción.

El objetivo de este trabajo estará centrado, en primer lugar, en señalar los inconvenientes que pueden derivarse de un acercamiento casuístico a la distinción entre causación directa y supuestos de interrupción de cursos causales salvadores, lo que se llevará a cabo analizando los distintos criterios de clasificación que pueden extraerse de los ejemplos usualmente utilizados, intentando así encontrar pautas de diferenciación (apartado 2). En segundo término, se argumentará que no existen buenas razones para justificar el tratamiento diferenciado del supuesto que se vincula con la interrupción de aquellos cursos causales salvadores que han sido iniciados por un tercero (apartado 3). Por otro lado, se abordará la relación que existe entre la categoría de interrupción de cursos causales salvadores y la dogmática del delito omisivo, suponiendo una distinción entre acciones y omisiones basada en la existencia de un movimiento corporal (apartado 4).<sup>2</sup> Finalmente, se ofrecerá una síntesis de las posiciones aquí defendidas (apartado 5).

1. Basta con ver los ejemplos –compilados de muchos autores– con los que Roxin introduce el tema en su tratado, los que incluyen a quien frena a un perro que va a socorrer a quien estaba ahogándose, o quien destruye una medicina que era la única que podía salvar a un enfermo, para advertir que en ninguno de esos casos hay un tercero “salvador” que es interrumpido por el autor, sino tan solo un animal y una cosa. Cf. ejemplos en ROXIN, C., *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Munich, C.H. Beck, 2006, 4 ed., §11, n° 33.

2. La elección de un criterio para diferenciar entre acciones y omisiones ofrece problemas adicionales que no pueden ser abordados en este trabajo. Sobre el tema, vid. LERMAN, M., *La omisión por comisión*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, segunda parte, capítulo I.

## II. LA INTERRUPCIÓN DE SALVAMENTOS QUE PROVIENEN DE LA NATURALEZA, EN LOS QUE NO EXISTE UN TERCERO “SALVADOR”

### II.A. Cuestiones iniciales

En los ejemplos asumidos como supuestos de interrupción de cursos causales salvadores, como se dijo, la figura de quien comienza la acción de salvamento (el salvador) parece no ser imprescindible. En efecto, si *A* está a punto de ahogarse en un río y la corriente está llevando una tabla hacia un lugar próximo al que se encuentra, de modo tal que podrá asirla y salvarse, pero *B* arroja una piedra y desvía el curso de aquélla, estaríamos también ante un caso que es entendido como una interrupción de un curso causal salvador.

Analicemos ahora el siguiente caso sencillo a los fines de compararlo con el ejemplo recién señalado: *A* asfixia a *B* colocándole una bolsa de nylon en su cabeza.

Pareciera ser ese un ejemplo claro de delito de comisión por causación directa. Sin embargo, ¿no se podría entender que se priva a alguien de un medio de salvamento si se le impide recurrir al aire que lo salvará de una muerte por ahogo?<sup>3</sup> ¿Hay una verdadera diferencia entre impedir el arribo de aire e impedir la llegada de la tabla?

Cabe preguntarse si no deberíamos acaso considerar a la vida (por tomar sólo un ejemplo) como un bien permanentemente sometido a peligros que es “salvado” por determinados cursos salvadores que normalmente están al alcance del sujeto.<sup>4</sup> Si se sigue este criterio, el que llegue aire, agua, alimentos, y todo lo que resulte indispensable para mantenerse con vida, debería ser entendido como un curso causal salvador de un bien que permanentemente se encuentra en peligro. Cada vez que se priva a alguien de alguno de esos elementos, se estaría interrumpiendo un curso causal salvador y no causando directamente la muerte. Es decir que quien asfixiase, en rigor de verdad, interrumpiría un curso causal salvador: la llegada de aire. Y aquél debería ser considerado como un caso idéntico al de quien destruye un tubo de

3. Al respecto señala Jakobs: “En toda conclusión de un proceso orgánico, especialmente en toda muerte, se condiciona el resultado mediante la interrupción de cursos salvadores (el metabolismo, la circulación sanguínea, la respiración espontánea, etc.)”. JAKOBS, G., *Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, 2da. ed., Madrid, Marcial Pons, 1997, 29/124, p. 1037. Ver también 7/22, p. 234 (donde se afirma la causalidad de las interrupciones activas de cursos causales salvadores).

4. Eso se puede decir desde otra perspectiva en los siguientes términos: en casos considerados como de comisión directa siempre está implicada la hipótesis de que seguirán presentes todos los requisitos para la permanencia del bien en cuestión. Esa hipótesis está incluida en la cláusula *ceteris paribus* que se entiende siempre implícita en el análisis de un caso. Así, al estudiarse un supuesto de homicidio por asfixia, se supone que el oxígeno iba a seguir llegando a la víctima si no fuera por la acción del autor.

oxígeno extra que había llevado un buzo para reemplazar al que tenía puesto en su incursión en las profundidades del océano y que sólo le duraría unos instantes más.

## II.B. La habitualidad del riesgo

Ahora bien, es claro que en los textos sobre la materia se efectúa una distinción, que parece hacerse de modo intuitivo y tácito, y que lleva a los autores a pensar que el primero de los casos recién mencionados (asfixiar con una bolsa) resulta ser de causación directa y el segundo (romper el tubo del buzo) una interrupción de un curso causal salvador. Pero, ¿cuál es la noción que se encuentra detrás de ese criterio de distinción intuitivo?

La primera nota de diferenciación entre un ejemplo y otro parece ser que en un caso existe una situación de peligro permanente y en el otro una ocasional. Si un bien jurídico, para su subsistencia, requiere siempre de determinados insumos o de la existencia de ciertas condiciones, la acción de privar de esos insumos o modificar esas condiciones sería vista como una causación activa directa y no como la interrupción de un curso causal salvador. De manera tal que el concepto de interrupción de un curso causal salvador se reservaría exclusivamente para los casos en que existiera un riesgo no habitual al que está sometido un bien.

Pero resulta problemático que lo distintivo sea la habitualidad del riesgo. Así, si el buzo se sumergiese todos los días por muchas horas en las profundidades, de manera tal que, también todos los días agotase su primer tubo de oxígeno en una zona en la que moriría si no accediera al de reemplazo, la conducta de quien destruyera el tubo ¿dejaría de ser vista como una interrupción de un curso causal salvador y pasaría a considerarse una causación lisa y llana? El ejemplo parecería mostrar que esta conclusión no puede sostenerse. La habitualidad no es, entonces, una circunstancia que lleve a la posibilidad de efectuar una distinción.

## II.C. Necesidades características del bien

Podría afirmarse que lo que hay detrás del criterio intuitivo de distinción entre aquello que llamamos interrupción de un curso causal salvador y una causación directa es más bien lo siguiente: para que hablemos de una interrupción de un curso causal salvador, debe existir un riesgo que afecte al bien jurídico en una situación particular, que se derive de algún factor diferente a las propias características y necesidades de subsistencia permanentes del bien jurídico en cuestión en condiciones normales. Si el bien jurídico, en condiciones normales, necesita de ciertos factores para subsistir, la evitación de que esos factores lleguen a destino sería considerada como una causación directa. En cambio, si el bien jurídico, por su situación particular, precisa un determinado elemento o una prestación, y alguien evita que éstos lleguen a destino, se dirá que esa persona interrumpió un curso causal salvador. El

criterio de distinción sería entonces el de diferenciar según si se produce una privación de necesidades *características de un bien en condiciones normales*, o si se priva de *una necesidad propia de una situación particular* en la que se encuentra.

Esa resultaría ser una regla que permitiría afirmar que el asfixiar a alguien sea visto como una causación directa de su muerte, mientras que el perforar el tubo de un respirador artificial, que era el único que podía utilizar quien enfrenta una neumonía, sea considerado como una interrupción de un curso causal salvador.

Como puede advertirse, la diferencia sería así mucho más sutil de lo que suele pensarse en primera instancia. Los casos que habitualmente se consideran como interrupciones de cursos causales salvadores que provienen de la naturaleza no parecen ahora diferenciarse tanto de casos que son considerados como de causación directa.

Pero esa forma de diferenciación puede ser, de todos modos, problemática. Los problemas se presentan en el caso de que, por algún motivo determinado, el bien en cuestión requiera normalmente de prestaciones adicionales al común de los bienes de esa clase. Por ejemplo, si consideramos el bien vida humana y pensamos en el supuesto de que a la persona concreta la afecte una enfermedad crónica cuyo tratamiento necesite del insumo de una determinada medicación (sin la cual se produciría la muerte), corresponde preguntarse si el acto de quitar esa medicación de las manos de la víctima es un caso de causación directa o la interrupción de un curso causal salvador. En otros términos: una determinada situación (p.ej. una enfermedad crónica respecto del bien vida) puede transformar a una necesidad no característica del bien en una permanente respecto de ese bien en concreto.

Vale decir que, si se aplica el criterio de diferenciación antes descrito, si un medicamento pasa a ser tan esencial para la supervivencia de una persona como la ingesta de alimentos, su privación deberá ser entendida como la causación directa de un homicidio (como lo sería si se lo privara de alimentos) y no como la interrupción de un curso causal salvador. Pero así la frontera entre ambos conceptos vuelve a tornarse realmente difusa. Y no parece tener ningún sentido el diferenciar entre necesidades innatas y adquiridas, o entre las generales y las particulares de un individuo o bien individual para tratar de refinar el criterio ahora analizado.

En suma, conforme a lo analizado hasta aquí, no parece haber un criterio que permita realizar una distinción certera entre los casos habitualmente entendidos como comisión directa y los entendidos como interrupciones de cursos causales salvadores que no provienen de un tercero. El hecho de que en los casos de causación directa siempre entren en consideración “salvamentos” respecto de bienes que tienen necesidades permanentes, da cuenta de que la diferencia entre éstos y los casos entendidos como de interrupciones de cursos causales salvadores no resulta ser tan nítida como parece en primera instancia. Por lo tanto, ni la habitualidad del riesgo al que está sometido el bien ni el concepto de riesgos característicos del bien, parecen poder brindar un criterio de diferenciación certero.

## II.D. La existencia de un salvamento “en curso”

Ahora bien, todas las reflexiones realizadas en los puntos anteriores, que parten del reconocimiento del hecho de que los bienes suelen estar en permanente peligro y son habitualmente salvados, y de que muchas veces lo que entendemos por dañarlos (causar) está dado por privarlos de un elemento o una prestación que les resulta esencial, dan cuenta de que no es factible encontrar un criterio de distinción certero entre lo que denominamos causación directa y lo que consideramos como interrupción de un curso causal salvador, haciendo hincapié en la idea de interrupción de un *salvamento*. Esta conclusión se sustenta en que según los parámetros que se ofrecen en estos intentos de distinción se debe admitir que en la causación directa también se incluyen supuestos que pueden considerarse bajo ciertos puntos de vista como interrupciones de salvamentos. Por lo tanto, interrupción de un salvamento y causación devienen conceptos que no resultan tan claramente distinguibles.

Pero pueden hallarse diferencias más claras explorando otro aspecto incluido en la noción de interrupción de cursos causales salvadores: el hecho de que el salvamento se encuentre *en curso*.

En efecto, aquellos casos en los que claramente toda la doctrina estaría de acuerdo en la existencia de una comisión directa, a pesar de que se está privando a un bien de un elemento que puede pensarse como salvador (p.ej. colocar una bolsa de nylon en la cabeza de una persona, evitando así que le llegue aire), tienen como característica que el medio de salvamento ya está a disposición de la víctima. Por el contrario, en los casos claramente entendidos como interrupciones de cursos causales salvadores, en cambio, el salvamento está *en curso*, está llegando.

Ello puede generar una diferencia atendible sólo si la probabilidad de que el salvamento *en curso* se concrete no sea del cien por ciento. Pues el riesgo creado por la acción debe componerse no sólo con la probabilidad de que ésta logre el resultado buscado (p.ej. la probabilidad de que el tiro alcance el salvavidas que se acerca a quien está ahogándose), sino también por la probabilidad hipotética de que el medio de salvamento habría seguido su curso salvador (la probabilidad de que el salvavidas hubiera llegado a manos de la víctima).

Por ello es que los supuestos en los que el autor destruye un medio salvador que la víctima ya tiene en su poder, como el de quien tira el contenido de la única cantimplora que la víctima había llevado al desierto, o destruye el tubo de oxígeno que el buzo tenía atado a su traje, no tienen esta particularidad que los diferencia de la causación directa. Y al no poder diferenciarse de la causación directa en algún otro aspecto debe aceptarse que *son* casos de causación. Se subsumen sin más aclaraciones en el tipo comisivo correspondiente.

Ahora bien, la diferencia indicada para los casos en los que el salvamento está *en curso* cuando es interrumpido por el autor (esto es: que el riesgo se componga también por la probabilidad de que el medio de salvamento complete su curso

salvador) tampoco implica una distinción sustancial respecto del delito comisivo. Pues simplemente se trata de una diferencia que hace a la forma en la que se integra la probabilidad de concreción del riesgo de producción del resultado lesivo. En otros términos, entre causar una muerte privando a una persona del aire que le está llegando y que necesita para no morir (es decir, asfixiándola), y ocasionarla privando a una persona de un salvavidas que le está por llegar y necesita para no ahogarse, la única diferencia relevante está dada por el hecho de que la hipótesis de la llegada de aire para el caso de que el autor no actuase *se presentaba como segura* (y por eso ni siquiera se la suele mencionar en los enunciados), mientras que la llegada del salvavidas puede ser *segura o meramente probable*.<sup>5</sup>

5. En definitiva, es por ello correcta en las consecuencias la postura de la doctrina dominante, pues ésta tampoco realiza diferencias en la punibilidad de los casos de interrupciones de cursos causales salvadores, y termina imputando el delito comisivo correspondiente. Al respecto ver FRISTER, H., *Derecho penal, parte general*, trad. Sancinetti, Buenos Aires, Hammurabi, 2011, p. 190 (una crítica respecto de la posición sostenida minoritariamente por Silva Sánchez consistente en considerar a las interrupciones de cursos causales salvadores en general como delitos impropios de omisión en LERMAN, M., *La omisión por comisión*, pp. 79 y ss.). Es de destacar aquí una inconsistencia que radica en que la doctrina dominante, al tiempo que niega la relevancia de los cursos causales hipotéticos en la comisión directa, acepta que un curso causal hipotético pueda ser fundamental para la determinación causal de delitos comisivos al considerar que las interrupciones de cursos causales salvadores constituyen supuestos de delitos de comisión. Pues en esas constelaciones de casos la misma doctrina dominante considera relevante un curso causal hipotético: aquel que lleva a concluir que, de haberse omitido la acción del autor, el curso causal salvador habría evitado el resultado lesivo. El motivo por el cual un curso causal hipotético pasa a ser relevante en un delito comisivo, cuando, según esos mismos autores, en la comisión sólo importa el curso causal concreto, no es explicado de manera suficiente. Así, Roxin, pretende clasificar el caso como una excepción, mas el motivo por el cual se fundamenta tal excepción no queda claro en absoluto. Lo cierto es que mantener el dogma “los cursos causales hipotéticos son irrelevantes” para la comisión, al mismo tiempo que se sostiene que los casos de interrupciones de cursos causales salvadores son supuestos de comisión y que en ellos el curso causal hipotético sí es relevante, es una intolerable contradicción. Roxin argumenta en contra de la existencia de una contradicción, diciendo que el aceptar a las interrupciones de cursos causales salvadores como comisiones no implica una refutación de la regla que dice que no deben considerarse cursos causales hipotéticos en la causalidad comisiva, sino que sólo implica dar una precisión a esa regla. Así, entiende que, en esos casos excepcionales (interrupciones de salvamentos), para afirmar la causalidad sólo se *complementa* la actuación del sujeto mediante un curso causal añadido mentalmente; cf. ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, 2006, §11 n° 34 (en la traducción de la segunda edición alemana, realizada por Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y de Vicente Remesal, Madrid, ed. Civitas, 1997, ver p. 359, §11 n° 30). Sin embargo, esa afirmación no conviene: una excepción de ese tipo debería llevar o bien a abandonar la regla, o bien a tratar de otro modo al caso. Ambas cosas no son compatibles. Por cierto la contracara del problema de la relevancia del curso causal hipotético en los casos de interrupciones de salvamentos, es decir el de la supuesta irrelevancia de los cursos causales hipotéticos en materia de delitos comisivos corrientes, se ve conmovida si se repara en ciertas constelaciones de casos en las que el curso causal hipotético sí es relevante en el ámbito del delito de la comisión. Sancinetti ha dedicado recientemente varios artículos a demostrar la relevancia de los cursos causales hipotéticos en la imputación de resultados. Al respecto, pueden verse tres artículos de ese autor, publicados en el compendio *Causalidad, riesgo e imputación, 100 años de contribuciones críticas, sobre la imputación*

Esa única distinción puede ser relevante en el ámbito del dolo, en el que la representación de un riesgo que implique una probabilidad inferior de producción del resultado puede dar cuenta de que estamos ante la representación de un síndrome de riesgo más abstracto y, por lo tanto, de un ilícito menor.<sup>6</sup> Pues el dolo de quien interrumpe un *curso* causal salvador no sólo implica la representación del riesgo de que su acción lo interrumpa, sino también la representación de que éste habría salvado. Las cuestiones vinculadas a la consciencia insegura que se estudian en el ámbito del dolo se verían, así, duplicadas. En materia de interrupción de cursos causales salvadores podrá haber alguien que se represente que su acción interrumpirá de modo seguro un salvamento sólo probable, y quien se representa que su acción interrumpirá de modo probable (acaso *poco* probable) un salvamento también probable (acaso también poco probable). De manera tal que en este ámbito de casos la cuestión de la consciencia insegura se presenta como doblemente compleja.

---

*objetiva y subjetiva*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, titulados “Principio de disminución del riesgo versus relevancia del disvalor de resultado en la teoría del ilícito”, pp. 549 y ss. (el texto fue publicado primeramente en alemán con traducción de Cancio Meliá bajo el título “Risikoverringerungsprinzip versus Relevanz des Erfogsunwertes in der Unrechtslehre”, en *Festschrift für Günther Jakobs* (Libro homenaje a Günther Jakobs), Colonia, ed. Carl Heymanns, 2007); “¿Son irrelevantes los cursos causales hipotéticos para la responsabilidad penal?”, pp. 601 y ss. (el texto fue originalmente publicado en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Madrid, Edisofer, 2008); y “Cursos causales hipotéticos y teoría de la diferencia”, pp. 639 y ss. (texto publicado originariamente en Alemán, con traducción de Thomas Kliegel, bajo el título “Hypothetische Kausalverläufe und die Differenztheorie”, en la revista *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. 120, 2008). Un cuarto artículo de Sancinetti sobre el tema, con resumen panorámico y particular referencia a las reglas del derecho civil que presuponen la relevancia de los cursos causales hipotéticos, es “La influencia de los cursos causales hipotéticos en la responsabilidad civil y penal”, publicado en PIAGGI, Ana I. (dir.), *Tratado de la empresa*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, t. I, pp. 775-813; también en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, dirigida por Bertolino/Ziffer, Abeledo Perrot, abril de 2010, pp. 583-605.

6. Que el ilícito puede graduarse según el riesgo representado y que ciertos riesgos, a pesar de ser objeto de la representación del autor, no son aptos para que pueda hablarse de una conducta dolosa, ha sido sólidamente desarrollado por Sancinetti, quien sigue un criterio de distinción entre dolo e imprudencia basado en el grado de concreción del riesgo representado. Tanto dolo como imprudencia son concebidos como representación de un riesgo, radicando la diferenciación entre ambos en la clase de riesgo representado, esto es, en el tipo objetivo. Vid. SANCINETTI, M., *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991, p. 200. En sentido similar señalaba ya Max Ludwig Müller: “... me parece digna de consideración la idea de admitir dolo sólo cuando la puesta en peligro objetiva, subjetivamente conocida, del fin propuesto en la norma es tan grande que la conducta generadora del peligro se constituye, desde el punto de vista de la prognosis objetiva, en medio para el fin contrapuesto”. MÜLLER, M. L., “La significación de la relación causal en el Derecho Penal y en el de reparación de daños”, en SANCINETTI, M. (comp.), *Causalidad, Riesgo e Imputación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, p. 89. En la misma dirección se pronuncia PUPPE en: PUPPE, I., en NEUMANN, U., PUPPE, I. y SCHILD, W., *Nomos Kommentar zum StGB*, 1era. Edición, Baden-Baden, Nomos, 1995, § 16, n° 90.

Esa complejidad particular no existe en los ejemplos que se entienden como de causación directa. Claro que siempre será posible calcular cuál es la probabilidad representada de lograr el resultado dañoso como una combinatoria de las probabilidades representadas de salvamento e interrupción de éste, de modo de llegar a una suerte de “número final”, que no necesariamente será inferior al de un caso de causación directa. Ello muestra que esta diferencia no implica que los supuestos de interrupciones de cursos causales salvadores representen siempre un ilícito menor, sino que sólo tiene como consecuencia que la determinación de la probabilidad de concreción del riesgo creado y la representación de ese riesgo<sup>7</sup> presentan un problema adicional que requiere ser analizado en particular.

### III. LA INTERRUPCIÓN DE SALVAMENTOS QUE PROVIENEN DE UN TERCERO “SALVADOR”

Ahora bien, cuando existe un tercero salvador, la cuestión puede presentar matices diferentes.<sup>8</sup> Sobre el tema, debe decirse que distinguir entre cursos salvadores iniciados por personas respecto de los cursos iniciados por la naturaleza resulta en principio interesante, pero es necesario realizar una serie de observaciones.

En primer lugar, si el tercero ya ha puesto el curso causal salvador en marcha y se ha desentendido de éste, la circunstancia de que esa cadena causal se haya iniciado por la conducta de una persona, y no en la naturaleza misma, no debería tener ninguna relevancia. Para decirlo en términos técnicos, si el tercero ya ha realizado una tentativa acabada de salvamento al momento en que el autor interrumpe el curso causal generado por él, no habría ninguna diferencia respecto de una intervención sobre un curso causal iniciado por la naturaleza. Esos casos de interrupción de cursos causales iniciados por terceros no presentan entonces ninguna particularidad

7. Por supuesto que esto genera mayores complicaciones al momento de analizar un eventual error del autor. Por ejemplo: la probabilidad de que el curso salvador alcance a la víctima era casi del 100%, pero el autor, al interrumpir el curso salvador, se lo representó como imposible. O a la inversa, *ex post* se determina que el curso causal no iba a llegar nunca a ser “salvador”, pero el autor se representaba lo contrario y lo interrumpió. Si bien uno podría responder rápidamente: error de tipo en el primer caso, tentativa en el segundo, lo cierto es que podrían ser planteados problemas más complejos. Por ejemplo, en el primer caso, el autor se representa una probabilidad del 1% de que el curso causal salvador interrumpido llegue a su meta. La solución de esta problemática, de todos modos, está por fuera del objeto de este trabajo.

8. Axel Winter considera que el concepto de interrupción de causalidad salvadora debe reservar su uso más propio para los casos en los que sea un tercero quien haya iniciado el curso causal salvador. Así, entiende que debe distinguirse de la interrupción de todo curso causal que desde el ámbito natural haga a la mantención del bien jurídico. Cf. WINTER, A., *Der Abbruch rettender Kausalität*, Frankfurt, Peter Lang, 2000, p. 9.

y deben ser considerados supuestos en los que se configura el delito comisivo correspondiente, existiendo sólo la particularidad señalada en el título precedente en lo que hace a la determinación de la probabilidad de concreción del riesgo y a su representación.

En cambio, si el tercero no ha emprendido aún el salvamento y el autor lo detiene porque cree advertir que va a hacerlo, tenemos a la vista un supuesto que puede ser considerado de manera diferenciada. No parece ser idéntico el impedir el desenlace de un curso causal salvador que ya se “*encontraba en el mundo*” que el inmovilizar a una persona que, se cree, iba a poner en marcha un curso causal salvador. Si juzgamos al comportamiento humano como libre podríamos llegar a pensar que el *plus* de inseguridad respecto del modo en que se iba a comportar el sujeto supuestamente salvador debe jugar a favor del autor de la interrupción de su actuar. Las mismas consideraciones podrían intentar ser efectuadas respecto de un tercero que ha empezado un salvamento pero no lo ha concluido, pues depende de su voluntad el llevar la tentativa inacabada de salvamento hasta su punto de acabamiento.

Sin embargo, ese modo de razonar no sería correcto. Pues en abstracto debe considerarse que los terceros ajustarán su conducta a las normas y cumplirán con el mandato de salvamento (ya sea que estén compelidos a hacerlo en función de una posición de garante o por un deber de solidaridad). Así como en materia de imputación objetiva rige el principio de confianza, que implica que el autor tiene derecho a confiar en que todo otro sujeto se comportara conforme al orden jurídico, aquí sólo puede regir un principio idéntico (aunque de signo inverso, pues en este ámbito se trata de un principio que grava al autor): su comportamiento debe considerar que todo tercero obligado a actuar, cumplirá con su mandato.<sup>9</sup>

Por vía de este principio, que podría denominarse *deber de confianza* (por oposición al principio de confianza analizado en la imputación objetiva que opera como un derecho a confiar), las diferencias entre los cursos causales salvadores provenientes de la naturaleza y los iniciados (o a iniciarse) por terceros se acotan. En éstos como en aquéllos, entonces, se debe aplicar el delito comisivo correspondiente, por iguales fundamentos.

También ello lleva a que deba considerarse irrelevante si lo que se impide es el salvamento iniciado o a iniciarse por un tercero garante,<sup>10</sup> o el de un no garante

9. Es dudoso si ese principio no debería acaso ceder cuando hay indicios ciertos de que el tercero no cumplirá con el mandato que lo obliga a actuar. Se trata de un tema que requiere mayores discusiones.

10. El supuesto de la interrupción de un salvamento iniciado por un garante es tratado brevemente por Bacigalupo en su obra “Delitos impropios de omisión”, quien entiende que se trata de un caso de autoría directa por comisión: “el caso de quienes, mediante intoxicación alcohólica del garante, impiden que éste cumpla con su deber de garante, tal como lo expresa Jiménez de Asúa, comporta una autoría directa por actos positivos, por lo cual no ofrece aquí ninguna particularidad”. BACIGALUPLO, E., *Delitos impropios de omisión*, Buenos Aires, Pannedille, 1970, p. 152, con referencias.

obligado a actuar sólo por el deber de solidaridad mínima. Pues la premisa de la que debe partirse consiste en que los demás cumplirán con los mandatos que les impone el orden jurídico, y no depende de la sanción prevista por dicho orden para el caso de incumplimiento. Esto implica lo siguiente: el autor de una interrupción de un salvamento de un tercero debe comportarse como si ese tercero fuera a cumplir el mandato, tanto si éste último es garante, como si no lo es.<sup>11</sup> De manera tal que quien interrumpe un salvamento de un no garante responde por el tipo comisivo correspondiente.

La solución se presenta como intuitivamente correcta si se la aprecia desde la perspectiva de la eliminación de un salvamento para la víctima, pues es indiferente si la acción que la iba a salvar proviene de un garante o un no garante. Si la acción que puede realizar un no garante fuera más efectiva que la de un garante que también tiene posibilidades de actuar, el cumplimiento del mandato por parte del no garante incluso sería para la víctima más conveniente que el del garante. Piénsese en un caso en el que tanto un no garante como un garante ven a la víctima en peligro y tienen posibilidades de ayudarla. Pero el garante tiene un 10% de posibilidades de concretar un salvamento exitoso y el no garante un 100%. Si el autor de una interrupción del curso salvador debe partir de que ambos cumplirían su mandato, obviamente será más grave la conducta de quien detiene al no garante del ejemplo, que la de quien detuviera al garante.<sup>12</sup>

Claro que la cuestión relativa a la posible inexistencia de certeza de que el curso de salvamento llegue a ser efectivo, ya tratada respecto de los casos de cursos causales provenientes de la naturaleza, también se presenta en casos de cursos causales salvadores a iniciarse o iniciados por personas. Pero esa falta de certeza

11. Una diferencia que, de todos modos subsiste, se puede advertir en aquellos casos en los que la posición de garante tiene una función permanente (no ocasional) de evitación de peligros. Porque, en esos casos, puede saberse que el peligro se avecina antes de que comience, y “neutralizar al garante” puede ser una forma segura de definir que nadie impedirá ese peligro. Dicho a modo de ejemplo: no parece ser lo mismo atar al guardabarreras antes de que pase el primer tren, que atar a un transeúnte que suele pasar por el lugar. Ahora, si el transeúnte ya había empezado a socorrer o se disponía concretamente a hacerlo (por ejemplo, si él tomó los controles de la barrera cuando vio que el guardabarreras estaba atado) neutralizarlo a él es igual que neutralizar a un garante. Dicho resumidamente: en los casos de garante con funciones de garantía que suponen la realización de permanentes acciones debidas, la inutilización del garante puede valer como acto típico *tiempo antes* de que se pueda emprender el salvamento, lo que no ocurriría con el no garante. El punto a partir del cual el neutralizar a un no garante resulta ya típico es dudoso y su determinación compleja.

12. Por ello es errada la solución de quienes entienden, como Gimbernat, que el supuesto en el que ni quien inicia el salvamento, ni quien lo interrumpe son garantes, no puede ser asimilado a matar mediante una conducta activa, ni a omitir salvar siendo garante. Cf. GIMBERNAT ORDEIG, E., *La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión*, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, pp. 80-81.

posible no se relaciona con la inseguridad de que ellos cumplan su mandato (lo que debe solucionarse mediante el principio jurídico antes apuntado: el deber de confianza), sino que lo que puede ser inseguro es que, desde el punto de vista fáctico, ellos *logren* concretar el salvamento. Así, es posible que la acción de salvamento de un sujeto tenga, por ejemplo, sólo un 40% de probabilidad de ser exitosa. Por ello, también en estos casos, el riesgo creado por quien interrumpe el salvamento debe componerse con esa probabilidad y la de que su conducta logre frenar el salvamento.

Pero eso, al igual que en los casos de interrupción de cursos causales provenientes de la naturaleza, no implica una diferencia sustancial con el delito de comisión directa, que también en estos supuestos se vería configurado. Sólo existen diferencias en cuanto al modo en que debe analizarse el riesgo creado y la representación de ese riesgo.

La diferencia entre los casos de interrupciones de cursos causales salvadores iniciados por la naturaleza y los iniciados por terceros están dadas, finalmente, sólo por el hecho de que en los últimos existe un problema adicional. Pero si se aplica el mencionado principio del deber de confianza la diferencia se diluye.

#### IV. INTERRUPTIONES DE CURSOS CAUSALES SALVADORES Y OMISIÓN

En todos los ejemplos analizados hasta ahora, el autor de la interrupción de un curso causal salvador realiza un movimiento corporal. En los puntos anteriores han sido relativizadas las diferencias entre esos movimientos y los habitualmente clasificados como causaciones directas. De esa forma se ha concluido que los casos de interrupciones de cursos causales iniciados por la naturaleza y los de interrupciones de cursos causales salvadores iniciados por terceros (garantes o no) deben ser subsumidos en el delito comisivo correspondiente, siendo sólo relevante analizar algunos problemas adicionales que no se presentan en la causación directa, porque se derivan de que en ellos existe un salvamento *en curso*. En particular, resultan de interés todos los problemas que surgen de la inseguridad de que el curso salvador se concrete en un efectivo salvamento, lo que siempre permanecerá como hipótesis pues es una circunstancia de hecho que no se dio en la realidad (y merece consideraciones particulares cuando la inseguridad proviene del hecho de que no se sabe cómo se comportará una persona).

Ahora bien, si se repara en un criterio de distinción entre acción y omisión basado en la existencia –o no– de un movimiento corporal,<sup>13</sup> se advierte que la cla-

13. Siguiéndose a Struensee, este criterio podría ser caracterizado de la siguiente forma: “Siempre que se dé un movimiento corporal voluntario (contracción muscular) existirá, por tanto una acción. El criterio de la contracción muscular voluntaria posibilita, según esto, una delimitación clara unívoca entre

sificación de las conductas en acciones u omisiones es en realidad compleja de articular con la cuestión de si estamos ante la interrupción de un salvamento en curso.

Así, se podrá interrumpir un salvamento en curso por acción o por omisión. Mientras que los casos de interrupción de cursos causales salvadores mediante una acción son ampliamente conocidos, en materia de omisión, el concepto de interrupción de un curso causal salvador parece ser a primera vista inaplicable. Sin embargo esa visión es equivocada. Lo cierto es que pueden darse casos con la configuración de la interrupción de un salvamento en curso en los que el autor no realiza movimiento alguno, sino que omite realizar uno debido.

Quien permanece sin moverse en un lugar que le impide el paso a quien iba a socorrer, omite. Piénsese ahora que él no tenía la posibilidad física de socorrer por sí mismo y tendremos así un caso en el que la única conducta relevante es la de una omisión que impide un salvamento. Lo mismo puede ocurrir si lo que se impide al no moverse es el paso de un elemento salvador conducido por un curso natural hacia la víctima: por ejemplo un bañista que no puede salvar por sí mismo a quien estaba ahogándose y no se mueve, advirtiendo que así obstruye el paso de un tronco que está siendo arrastrado por la corriente hacia la víctima y que la salvaría de la muerte.<sup>14</sup>

---

actuar y omitir”. STRUENSEE, E., “Actuar y omitir, delitos de comisión y de omisión”, en *Cuadernos de conferencias y artículos*, Nro. 10, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 27.

14. Si se siguiera algún otro de los criterios antes mencionados para distinguir entre causación directa e interrupción de cursos causales salvadores, también podría pensarse en la problemática que se genera en materia de omisión. Así, por ejemplo, si se aceptase la afirmación de que la distinción entre la causación directa y la interrupción de un curso causal salvador está dada simplemente por la privación al bien jurídico de una de sus necesidades permanentes (causación directa) o una ocasional (interrupción de un curso causal salvador), en la omisión deberá concluirse que quien omite realizar un movimiento que consista en satisfacer una necesidad permanente del bien jurídico estaría en una situación análoga a lo que consideramos causación directa y quien omite solucionar una necesidad ocasional del bien jurídico estaría en una situación asimilable a lo que denominamos interrupción de un curso causal salvador. De ese modo, quien omitiera alimentar a otro estaría en una situación semejante a la de quien privase a otro de alimentos, y quien omitiera arrojar un salvavidas a alguien que se está ahogando, se encontraría en un contexto paralelo al de quien pinchase el salvavidas que le estaba llegando por acción de la corriente. Cabe señalar que la distinción entre ambos grupos de casos parece irrelevante cuando los autores son garantes de evitar riesgos de la clase correspondiente. Así, los padres son garantes de alimentar (de satisfacer una necesidad permanente), los guardavidas de socorrer a quien se ahoga (satisfacer una necesidad ocasional). La omisión de ambos de cumplir con sus respectivos mandatos no parece ser por ello diferente. Las dudas comienzan, sin embargo, cuando el mismo garante tiene obligación de realizar ambos tipos de prestaciones. Así, los padres son garantes de alimentar y también de socorrer a sus hijos si se caen ocasionalmente al río. Sin embargo, no toda la doctrina entiende que es tan claro que sea equivalente el omitir alimentar y el omitir socorrer a un hijo que se cae a un río. A modo de ejemplo, ROXIN sostiene que en el segundo caso correspondía aplicar la atenuación de la pena prevista para la omisión impropia en el Código Penal alemán (13.2 StGB), Vid. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, T° II*, 2003, § 31, n° 239, y más allá de que esa posición resulta seriamente cuestionable, el caso que da como

Si hemos concluido que en los casos de interrupción de cursos causales salvadores por acción deben aplicarse las reglas del delito comisivo, entonces respecto de estos casos de interrupción de cursos causales por omisión cabe aplicar las reglas que rigen a toda omisión: sólo se considerará que la conducta se subsume en un tipo derivado del texto que describe el delito comisivo correspondiente si el autor de la omisión es garante. Eso pareciera implicar que quien al no moverse impide el paso del tronco que salvaría a quien estaba ahogándose respondería por homicidio por omisión impropia si fuera garante respecto de la evitación de ese resultado, y por omisión de auxilio si no lo fuera. Sin embargo, se puede sostener que se es garante por los daños que se produzcan por la interposición del propio cuerpo, pues de ello cada uno es en principio competente. Entonces tendríamos que afirmar que en esta clase de casos de omisión, la posición de garante es la regla.

Pero por cierto, también debe pensarse en aquellos supuestos en los que lo omitido es interrumpir una conducta que interrumpe un curso causal salvador. Aparece, entonces, el caso problemático, que no es habitualmente tratado por la doctrina, de quien omite impedir una acción que interrumpe un curso causal salvador. Así, si un policía, garante de impedir delitos,<sup>15</sup> advierte que un sujeto está realizando una conducta ilícita, y omite refrenarlo pudiendo hacerlo, estaríamos ante un caso en el que un omitente garante no detiene la realización de una conducta consistente en la interrupción de un curso causal salvador.

Si, como afirmamos, la conducta de quien interrumpe el curso causal salvador debe ser entendida como un delito comisivo, quien omite impedirla estará en la misma condición que todo omitente que impida la realización de una conducta delictiva de otro. Si es garante de impedir hechos ilícitos, responderá por el delito impropio de omisión correspondiente,<sup>16</sup> si no, en su caso, por omisión de auxilio.

---

ejemplo resulta ilustrativo para reflexionar sobre el tema que nos ocupa ahora (distinción entre riesgos permanentes y ocasionales). Tampoco parece tan claro que sean equivalentes ambas circunstancias cuando el omitente no es garante. Pues no parece poder decidirse inmediatamente si es igual que un transeúnte omite alimentar a quien sabe que padece hambre frecuentemente, o que omite asistir a quien está perdiendo sangre por una herida que acaba de sufrir.

15. Sobre la posición de garante para impedir delitos del funcionario policial cf. PAWLIK, M., "Der Polizeibeamte als Garant zur Verhinderung von Straftaten", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, Verlag Walter de Gruyter, vol. 111, 1999, pp. 335 ss. Hay traducción al español bajo el título: "El funcionario policial como garante de impedir delitos", realizada por Marcelo Sancinetti y Marcelo D. Lerman, publicada en PAWLIK, M., *La Libertad institucionalizada*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 181-205 y en Internet en la revista *Indret, Derecho penal*, 1.08.

16. Si, y en su caso cuándo, lo hará en carácter de autor es un tema que requiere de mayores consideraciones que las que se pueden realizar en este texto.

## V. CUESTIONES PENDIENTES Y CONCLUSIÓN

Para agotar los supuestos relevantes en materia de interrupciones de un salvamento, uno debería referirse a los casos en los que éste proviene de la propia víctima (p.ej. la víctima a punto de ahogarse nada hacia un tronco que está quieto y el autor le impide llegar a destino agitando la corriente con su lancha), o del propio autor (los ejemplos de interrupciones de cursos salvadores que el propio sujeto había iniciado). Sin embargo, estos son supuestos requieren de un tratamiento pormenorizado, vinculado al problema de la llamada omisión por comisión, que excede los límites de este trabajo.<sup>17</sup>

En lo que respecta a los problemas analizados en este artículo, se ha arribado a las siguientes conclusiones:

En principio, no parece existir un criterio que permita realizar una distinción clara y valorativamente relevante entre los casos habitualmente entendidos como de causación directa y aquellos que formarían parte de la categoría de interrupción de cursos causales salvadores. En ese sentido, ni la habitualidad del riesgo o las necesidades características del bien ofrecen variables determinantes. Sólo existiría una diferencia en los casos habituales de interrupción de cursos causales salvadores en los que el salvamento se encuentra “en curso”. Se trataría de todos modos de una diferencia no esencial, de una mera particularidad en lo que se refiere a la determinación de la probabilidad de concreción del riesgo creado y su representación por parte del autor.

Asimismo, las interrupciones de un curso causal salvador iniciado por un tercero, tampoco implican una diferencia sustancial con los casos de causación directa. Nuevamente, las diferencias se presentan en una cuestión accesorio, particularmente en el análisis del riesgo creado y la representación de ese riesgo.

Por último, a partir de lo expuesto, y partiendo de un criterio entre acción y omisión basado en la existencia –o no– de un movimiento corporal, la clasificación de las conductas en una u otra categoría es independiente de si se está en presencia de una interrupción de un salvamento en curso. Se podrá interrumpir un curso salvador por acción o por omisión.

Con este trabajo se ha pretendido solo sumar una serie de reflexiones en lo que respecta a la habitual distinción entre causación directa y casos de interrupción de cursos causales salvadores. Desde ya que la cuestión cuenta con importantes matices y problemas puntuales, por lo que se trata de un debate que necesariamente debe continuar.

17. Sobre el tema, en profundidad, *vid.* LERMAN, M., *La omisión por comisión*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

## BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Enrique, *Delitos impropios de omisión*, Buenos Aires, Pannedille, 1970.
- FRISTER, Helmut, *Derecho penal, parte general*, 4ª ed. traducida por Marcelo Sancinetti, Buenos Aires, Hammurabi, 2011.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión*, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003.
- JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, 2da. ed., Madrid, Marcial Pons, 1997.
- LERMAN, Marcelo, *La omisión por comisión*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2013.
- MÜLLER, Max Ludwig, “La significación de la relación causal en el Derecho Penal y en el de reparación de daños”, en SANCINETTI, Marcelo (comp.), *Causalidad, Riesgo e Imputación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009.
- PAWLIK, Michael, “Der Polizeibeamte als Garant zur Verhinderung von Straftaten“, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, Verlag Walter de Gruyter, vol. 111, 1999, pp. 335 ss.
- PUPPE, Ingeborg, en NEUMANN, Ulfrid, PUPPE, Ingeborg y SCHILD, Wolfgang, *Nomos Kommentar zum StGB*, 1era. Edición, Baden Baden, Nomos, 1995.
- ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil, t. I*, 4 ed., Munich, C.H. Beck, 2006 y t. II, 2003.
- SANCINETTI, Marcelo A., *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991.
- , “Principio de disminución del riesgo versus relevancia del disvalor de resultados en la teoría del ilícito”, en SANCINETTI, Marcelo (comp.), *Causalidad, riesgo e imputación, 100 años de contribuciones críticas, sobre la imputación objetiva y subjetiva*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, pp. 549 y ss.
- , “¿Son irrelevantes los cursos causales hipotéticos para la responsabilidad penal?”, en SANCINETTI, Marcelo (comp.), *Causalidad, riesgo e imputación, 100 años de contribuciones críticas, sobre la imputación objetiva y subjetiva*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, pp. 601 y ss.
- , “Cursos causales hipotéticos y teoría de la diferencia”, en SANCINETTI, Marcelo (comp.), *Causalidad, riesgo e imputación, 100 años de contribuciones críticas, sobre la imputación objetiva y subjetiva*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, pp. 639 y ss.
- , “La influencia de los cursos causales hipotéticos en la responsabilidad civil y penal”, en PIAGGI, Ana I. (dir.), *Tratado de la empresa*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, t. I, pp. 775-813; también en *Revista de Derecho Penal y*

*Procesal Penal*”, dirigida por Bertolino/Ziffer, Abeledo Perrot, abril de 2010, pp. 583-605.

STRUENSEE, Eberhard, “Actuar y omitir, delitos de comisión y de omisión”, en *Cuadernos de conferencias y artículos*, Nro. 10, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

WINTER, Axel, *Der Abbruch rettender Kausalität*, Frankfurt, Peter Lang, 2000.



## LA EJECUCIÓN DE LAUDOS ANULADOS EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL\*

DIEGO MONGRELL GONZÁLEZ\*\*

**Resumen:** El presente trabajo pretende introducir al lector en la problemática de la ejecución, en un país distinto al de la sede del arbitraje, de los laudos anulados. En el capítulo I realizaremos una sucinta pero necesaria mención acerca de la importancia de la sede arbitral hoy en día, analizando las consecuencias derivadas de según se adopte una postura territorialista o universalista. En el capítulo II, entraremos de lleno en la cuestión de la anulación de los laudos y sus causales según la Ley Modelo de la CNUDMI, para después contrastarlas con las causales de denegación para el reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros que se establecen en la Convención de Nueva York y la misma Ley Modelo. Por último, en el capítulo III, tomaremos como punto de partida las discusiones doctrinales sobre los artículos V y VII de la Convención de Nueva York, para luego adentrarnos en la interpretación jurisprudencial de los mismos, marcando especial énfasis en los tribunales franceses (donde se analizarán casos como “Hilmarton”, “Bechter”, y “Putrabali”), estadounidenses (“Chromalloy”, “Termorio”, “Castillo Bozo” y “Commisa”) y holandeses (“Yukos Capital” y el reciente “Maximov”). Finalmente, expondremos nuestra opinión acerca de la procedencia de la ejecución de los laudos anulados en la sede.

**Palabras clave:** arbitraje – ejecución laudos anulados – denegación de ejecución de laudos anulados.

**Summary:** The aim of this paper is to introduce the reader to the problem of enforcement of annulled awards in a country other than the seat of the arbitration. In Chapter I we will have a brief but necessary mention of the importance of the seat. Further, in the same chapter, we will briefly analyze the consequences of adopting the territorialist and the universalist thesis of the seat. The erga omnes effect

\* Recepción del original: 09/10/2014. Aceptación: 24/10/2014.

\*\*Ayudante de segunda del Departamento de Derecho Económico y Empresarial UBA. Aspirante a Profesor Adscripto de Derecho Comercial UdelaR (Uruguay). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UdelaR - Uruguay), Máster en Derecho de la Empresa (Universidad de Navarra - España) y LL.M. in Global Business Law (La Trobe University - Australia). Diplomado en arbitraje comercial internacional (Cámara de Comercio de Bogotá).

derived from the annulment of the award, as well as the current system of “dual control” of the arbitral award, are the lines of discussion between advocates of one and another thesis. In Chapter II we will fully address the issue of annulment of arbitral awards and their causes under the UNCITRAL Model Law, comparing them with the grounds for refusal of recognition and enforcement of foreign awards set out in the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards and the Model Law itself. We will specially distinguish between causes which can be alleged exclusively by the parties, and those that can be considered ex officio, to finally focus on the analysis of the ground for non-enforcement of a foreign award established in art. V.1. (e) of the Convention. To this end, in Chapter III we will take, as starting point, doctrinal discussions on Articles V and VII of the New York Convention in order to enter into the judicial interpretation thereof, making special emphasis on French courts (analyzing cases such as “Hilmarton”, “Bechter” and “Putrabali”), U.S. (“Chromalloy”, “Termorio”, “Castillo Bozo” y “Commisa”) and Dutch (“Yukos Capital” and the more recent “Maximov”). To finish with, we will present our personal opinion concerning the enforcement of annulled awards, relying on an ingenious proposal of Professor Paulsson.

**Keywords:** arbitration – enforcement of annulled awards – refusal of enforcement of annulled awards.

## I. INTRODUCCIÓN

Cada día se acrecienta la controversia respecto de si un laudo anulado<sup>1</sup> puede ser reconocido y ejecutado en un país distinto al de la sede arbitral, sea con base en la Convención de Nueva York (CNY), sea en base a la legislación nacional del Estado donde se busca la ejecución, o, como ha ocurrido en algunos casos, en base a consideraciones de orden público por los tribunales del lugar de la ejecución. Opiniones divergentes han enfrentado a autores de la talla de Van Den Berg<sup>2</sup> y

1. Por tal debe entenderse, a los efectos del presente trabajo, como aquel laudo final que ha sido impugnado de nulidad en forma exitosa, ante los tribunales competentes del país sede de dicho arbitraje, por la parte perdedora o agravada en el procedimiento arbitral.

2. Ha defendido fervientemente su postura acerca del efecto *erga omnes* que conlleva la anulación de un laudo arbitral, y por tanto la imposibilidad de los demás países de ejecutar y/o reconocer este tipo de laudos. Algunos de sus trabajos más sobresalientes son: “The Enforcement of Annulled Awards?” en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 9, n° 2, Paris, ICC Services, 1998; “Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia” en *Journal of International Arbitration*, vol. 27, n° 2, Kluwer Law International, 2010; “Is the Setting Aside of the Award in the Country of Origin a Necessary Ground for Refusal of Enforcement?” en *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Kluwer Law International, 1981.

Paulsson,<sup>3</sup> y a tribunales de países con riquísima trayectoria en materia de arbitraje comercial internacional, como Francia,<sup>4</sup> Holanda<sup>5</sup> o los Estados Unidos.<sup>6</sup> Sin embargo, y contrariamente a la conclusión que alcanzaríamos con un razonamiento superficial en la materia, entendemos que el problema de fondo no versa –únicamente– sobre una controversia semántica respecto de los arts. V y VII de la CNY, sino que, la discusión acerca de la ejecución de laudos anulados debería tener, como punto de partida, la también polémica discusión acerca del verdadero rol de la sede del arbitraje. Esto último nos obligará a referirnos al llamado “doble control” del

3. Quien, contrario a van den Berg, opina que es posible interpretar la CNY en el sentido de permitir el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales que han sido anulados. Para ello, esgrime básicamente dos argumentos de texto: el primero alude a la redacción del art. V de la CNY que al decir “*may*” brinda discreción a los jueces nacionales para reconocer un laudo anulado; y el segundo, a la disposición de derecho más favorable del art. VII de la CNY, donde se establece que “Las disposiciones de la presente Convención no (...) privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque”.

4. Cuyos tribunales han interpretado y siguen haciéndolo, con base en la aplicación de su derecho nacional más beneficioso para la ejecución de laudos no dictados en Francia, que pueden ejecutarse en ese país laudos que han sido anulados. El caso paradigmático en Francia, es “Hilmarton”, donde los tribunales nacionales franceses ejecutaron un laudo que había sido previamente anulado en Suiza.

5. Cuya postura actual parece ser la de respetar el efecto *erga omnes* de la declaración de nulidad del laudo, salvo cuando dicha anulación contrarie el orden público holandés, en cuyo caso podrá prescindirse de la decisión anulatoria del tribunal nacional de la sede, transformando el laudo ejecutable. Tal fue lo acontecido en el caso “Yukos Capital v. Rosneft”, donde los tribunales holandeses, aludiendo que el laudo había sido anulado –en Rusia– por razones que van en contra del orden público holandés –argumentos que se analizarán en profundidad más adelante–, decidieron prescindir de la anulación, para proceder a reconocer y ejecutar el laudo. Sin embargo, posteriormente, en el caso “Maximov v. Novolipetsky”, los tribunales holandeses denegaron el reconocimiento y posterior ejecución de otro laudo, también anulado en Rusia, sobre la base de que, *en principio*, un laudo anulado no puede ser posteriormente ejecutado en otro país, dado que ese laudo ya no existe, salvo que dicho proceso de anulación hubiere violado, sea en su contenido, sea en su procedimiento, el orden público holandés.

6. En donde luego del fallo “Chromalloy v. Arab Republic of Egypt” parecía que la jurisprudencia norteamericana iba a seguir los pasos de los tribunales franceses, de ejecutar laudos anulados en base a su legislación local más beneficiosa, en lugar de aplicar directamente el art. V CNY. Esto porque la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia aplicó, en el caso en cuestión, la ley nacional norteamericana (FAA), luego de interpretar el art. VII de la CNY como una norma imperativa. Sin embargo, en los fallos posteriores “Alghanim, Pertamina” (aunque en este caso, el laudo anulado en un país distinto del de la sede, fue efectivamente confirmado por las cortes estadounidenses), “Baker Marine y Termorio”, la postura de los tribunales estadounidenses mutó al extremo opuesto, aplicando una interpretación sumamente restrictiva del art. V (1) (e) de la CNY, lo que hacía sumamente difícil, sino imposible, el obtener la ejecución en los Estados Unidos, de un laudo anulado en la sede hasta 2013, año en que, nuevamente, la jurisprudencia norteamericana parece haber vuelto a encaminarse en la senda de la ejecución de los laudos anulados, a través de fallos como “Castillo Bozo y Commsa”, aunque por razones diversas a las explicitadas en “Chromalloy”.

laudo arbitral y a preguntarnos acerca de la verdadera necesidad —o no— del mismo. Posteriormente, nos adentraremos en la discusión troncal del presente trabajo, intentando determinar la procedencia, con base en distintos argumentos, de la ejecución de los laudos anulados. Cabe señalar que, por razones de espacio, el presente trabajo no abarcará un gran número de legislaciones nacionales sobre arbitraje, ni copiosa doctrina y jurisprudencia en la materia, sino que tomará principalmente en cuenta la Ley Modelo de la CNUDMI (Ley Modelo), la CNY, la jurisprudencia principalmente de Francia, Estados Unidos y Holanda, así como la opinión doctrinaria de un puñado de autores relevantes en la materia.

## II. EL ROL DE LA SEDE DEL ARBITRAJE

Como acabamos de señalar, la discusión sobre la posibilidad de ejecutar laudos anulados, no puede ser honestamente abordada sin, al menos, hacer una somera referencia a la discusión acerca del verdadero rol de la sede del arbitraje. Existen, respecto de esto —y como en casi todo lo relativo al derecho—, dos opiniones dominantes, a la vez que antagónicas.

### II.A. Concepción territorialista

Esta corriente de pensamiento coloca a la sede del arbitraje en un lugar determinante y esencial. Como bien señala Correa Ángel,<sup>7</sup> la idea subyacente de esta teoría es que el arbitraje encuentra en su sede el lazo que lo une a un ordenamiento jurídico interno, el cual le permitirá ser válido y al mismo tiempo efectivo. De hecho, para los defensores de esta concepción —dentro de los que se encuentran grandes autores como Poudret—,<sup>8</sup> la autonomía de la voluntad puede encontrarse en el origen del arbitraje internacional, siempre y cuando ésta se encuentre encuadrada en un orden jurídico que le confiera existencia, validez y eficacia, ya que en sí, la misma no podría nunca dar lugar a un arbitraje y a un laudo obligatorio entre las partes. Para esta concepción, las partes, al elegir la sede arbitral, están asimismo eligiendo deliberada y principalmente la *lex fori* de ese país para aplicarla al procedimiento arbitral. Lo mismo puede decirse respecto de los tribunales nacionales de la sede. Las partes, motivadas por razones tales como las garantías legales, judiciales y procedimentales que un determinado ordenamiento jurídico ofrece, eligen la sede

7. CORREA ÁNGEL, D., “El reconocimiento y la ejecución de un laudo internacional anulado en el país de la sede arbitral”, en *Revist@ e-Mercatoria*, vol. 7, n° 2, 2008, p. 5, consultado en [<http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN7/PDF02/reconocimiento.pdf>] el 5/5/2013.

8. POUDRET, J-F., apud. CORREA ÁNGEL, ob. cit., p. 6.

correspondiente a los efectos de quedar sometidas, tanto a la *lex fori* de la misma, como a los tribunales nacionales.<sup>9</sup>

A nuestro modo de ver, sostener lo anterior equivale a decir que las partes, al elegir la sede, lo hacen con el fin de someterse a los jueces nacionales y a la *lex fori* de ese lugar, y no realmente a los árbitros y al procedimiento arbitral por ellas pactado, sea directamente –a través del convenio arbitral–, sea indirectamente –por tratarse del procedimiento elegido por los árbitros–. Entendemos que esta concepción territorialista acerca de la importancia de la sede es incompatible con el verdadero propósito del arbitraje.

## II.B. Concepción universalista

La concepción contraria, con la cual coincidimos plenamente, es aquella que sostiene que la importancia de la sede es poco más que la de un lugar con la logística y las comodidades necesarias para llevar a cabo un proceso arbitral de manera eficiente. Por supuesto que damos por descontado ciertos requisitos básicos<sup>10</sup> que toda sede competente debe cumplir y, sin los cuales, por más comodidades que existan, no se nos ocurriría plantearnos su elección como sede arbitral. Para esta corriente de pensamiento, es evidente que la sede del arbitraje no significa mucho más que un lugar neutral, al que se ha llegado de común acuerdo con la contraparte, pero que ha sido designado, no con el objeto de someterse a la voluntad de sus tribunales nacionales, sino de, a lo mucho, contar con el apoyo de éstos durante la realización del procedimiento arbitral. Las partes no eligen una sede para quedar sometidas a

9. A este respecto, cabe señalar que el proyecto inicial de Convención de Nueva York, preparado por la CCI, hacía referencia a un laudo internacional. Es decir, los redactores de la Convención (y su intención) propugnaban por un arbitraje verdaderamente internacional y “deslocalizado”, es decir, sin nexo particular con un ordenamiento jurídico nacional. Fue con posterioridad, y ante la reticencia de ciertos países que hace 50 años todavía estaban fuertemente influenciados por una práctica arbitral en la que las reglas de conflicto de leyes, la noción de *lex arbitri* y la sede del arbitraje eran los elementos determinantes de la regulación del arbitraje, que los redactores de la Convención optaron por hacer referencia a laudo extranjero (o sentencia extranjera, que es la expresión impropia consagrada en el texto oficial en español) para denotar así, como se deduce del articulado de la Convención, la importancia que la misma quiere otorgar al lugar donde el laudo fue dictado y al ordenamiento jurídico de ese Estado. Sin embargo, 54 años más tarde, la importancia del lugar del arbitraje se ha tornado relativa. MANTILLA-SERRANO, F., “Algunos apuntes sobre la ejecución de laudos anulados y la Convención de Nueva York”, en *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n° 15, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, p. 19.

10. Dichos requisitos son tres: el primero, una legislación pro-arbitraje, en lo posible, basada en la Ley Modelo de la CNUDMI; el segundo, contar con un poder judicial con cierta trayectoria y cultura arbitral, así como con abogados expertos en la materia; el tercero, la existencia del algún tratado en vigor –como puede ser la CNY– entre el Estado sede y los Estados donde presumiblemente haya de ejecutarse el laudo.

la voluntad de los tribunales de ese país, sino que la competencia de los mismos –en lo que aquí importa, respecto del recurso de anulación– es una consecuencia insalvable que plantean la mayoría de las legislaciones nacionales. A diferencia de lo que ocurre con la concepción territorialista, aquí la aplicación de la *lex fori* no es la “causa” de la elección por las partes de una sede, sino una “consecuencia” inevitable. En palabras de Matthieu De Boissésón:<sup>11</sup> “La sede del arbitraje no crea lazos sustanciales con la controversia, e incluso, a veces, ésta es escogida por encontrarse geográfica y jurídicamente por fuera con respecto al litigio mismo”. La verdadera voluntad de las partes es someterse a la decisión única y definitiva del árbitro o del tribunal arbitral, pero, como inevitablemente debe elegirse una sede,<sup>12</sup> esto dará ciertas competencias –en forma de “efectos colaterales”– a los tribunales nacionales de la sede, para, entre otras cosas, anular el laudo en base a la *lex fori*.<sup>13</sup>

11. DE BOISSÉSON, M. apud. CLAY, T., “La importancia de la sede del arbitraje en el arbitraje comercial internacional” en MANTILLA-SERRANO, F. (coord.), *Arbitraje Internacional: tensiones actuales*, Bogotá, Legis, 2007, t. 1, p. 200.

12. Dado que, como sostiene Clay –uno de los principales exponentes de la *multilocalización* del arbitraje–: “El tribunal arbitral no puede encontrarse en un espacio no gravitacional, no puede residir en un espacio sideral, siendo inevitable que él se encuentre en el espacio territorial de un país, y en este caso se puede concluir que él tiene una sede” (ob. cit. p. 195).

13. De la misma manera que lo prevé el Derecho francés, numerosas legislaciones prevén que la sede del tribunal arbitral que ha proferido el laudo es el lugar en el cual ha de ser intentado el recurso de anulación (art. 1504 del Nuevo Código de Procedimiento Civil). Este sistema, instaurado en 1981, rompe con la jurisprudencia anterior –con la cual nosotros concordamos y estimamos más propicia– que negaba el recurso de anulación –promovido ante los tribunales franceses– de laudos que no tuviesen ningún punto de conexión con Francia, incluso cuando ellos hubiesen sido proferidos en Francia. Esta jurisprudencia, emitida por la Corte de Apelaciones de París el 21 de febrero de 1980 en el caso “Götaverken Arendal AB v. Libyan General National Maritime Transport Company”, declaró inadmisibles el recurso de anulación interpuesto en contra de un laudo proferido en Francia (en un arbitraje CCI) bajo el argumento de que éste no contenía ningún punto de contacto con la Ley francesa (la ley aplicable al procedimiento era otra distinta a la francesa). Esta concepción de la Corte francesa, sin embargo no perduró, por un lado, debido a la preocupación por armonizar las soluciones internacionales, y por otro, por la concepción unánimemente aceptada sobre la repartición de competencias entre los diferentes Estados interesados en el laudo arbitral. Según esta concepción, el Estado sede del arbitraje es el único competente para conocer de un recurso de anulación contra el laudo.

## II.C. Consecuencias prácticas de la adopción de una u otra postura

### A) Adopción de la tesis territorialista de la sede

Si se considera, como lo hacen los territorialistas, que la sede del arbitraje equivale a una especie de “jurisdicción municipal del foro”, entonces cabe concluir que la *lex fori* regula el convenio arbitral, así como la formación y composición del tribunal arbitral, el procedimiento arbitral, y las formalidades del laudo. Según este punto de vista, los tribunales nacionales deben supervisar el correcto funcionamiento de los aspectos procesales del arbitraje y, por tanto, tendrán el poder, al final del proceso arbitral, de confirmar o anular el laudo. Para esta corriente de pensamiento, el arbitraje se encuentra anclado al ordenamiento jurídico del Estado sede.

#### a) El “doble control” unilateral del laudo arbitral

El peso excesivo asignado a la sede arbitral por la gran mayoría de los actores del mundo del arbitraje actual, determina que, hoy en día, el sistema judicial de control del laudo arbitral, se pueda enmarcar dentro de lo que denominaremos, sistema de “doble control unilateral”. El concepto del doble control del laudo arbitral es bien sabido y ha sido estudiado y desarrollado por varios autores<sup>14</sup> de prestigio. A saber: el laudo arbitral cuya ejecución se pretende en un país distinto del de la sede, podrá ser controlado, tanto por los tribunales nacionales de la sede, durante el procedimiento de anulación del mismo (este es el llamado “control primario”), como por los tribunales del país donde se pretende ejecutar dicho laudo, durante el procedimiento de *exequatur* (es el llamado “control secundario”). Hasta ahora, –si bien el hecho de que el laudo tenga dos instancias de control nos parece excesivo– parece no existir problema alguno. Sin embargo, el sistema del “doble control” no es tan eficiente como parece, dado que sólo funciona unilateralmente. ¿Qué significa esto? Significa que, si un laudo es impugnado de nulidad por la parte perdedora y el juez de la sede decide confirmarlo, existe todavía una piedra más en el camino de la parte victoriosa en ambos procedimientos –el arbitral y el de nulidad–, que es el análisis inevitable, obligatorio, independiente y genuino que debe realizar el juez del país donde dicho laudo se pretende ejecutar (en los países del Cono Sur: procedimiento de *exequatur*). Casi seguramente, la parte que resultó perdedora en el procedimiento arbitral y que luego impugnó el laudo de nulidad –sin éxito–, intentará esgrimir ante el juez del *exequatur*, los mismos –y tal vez nuevos e injustificados– argumentos

14. En nuestro país, ver *et. al.*, CAIVANO, R. J., *Control Judicial en el Arbitraje*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2011, 1ª edición, pp. 399 y ss.

que alegó ante el juez de la nulidad. Si esto ocurre, la decisión del juez de la sede –de no anular el laudo– no vincula al juez del lugar del *exequatur*, lo cual parece lógico, dado que las razones por las cuales el juez de la sede decidió confirmar el laudo, pueden no ser de recibo en el país donde dicho laudo busca ser ejecutado. Sin embargo, lo más lógico sería que esto fuera igual, también en el sentido inverso, es decir, que cuando un laudo sea anulado por el juez de la sede, esta decisión no vinculara de manera alguna al juez del *exequatur*, en el sentido de que éste pudiese optar libremente por ejecutar dicho laudo –no anulado en su territorio–, siempre que ello no fuere contrario a las reglas de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros de su país, o al orden público nacional. Sin embargo, en la práctica, esto no funciona así, dado que, salvo Francia –cuya jurisprudencia ha sido constante en el sentido de prescindir de la anulación de un laudo en la sede siempre y cuando dicho laudo pueda ser ejecutado de acuerdo con la ley nacional francesa–, todas las demás jurisdicciones coinciden en otorgar un efecto *erga omnes* a la nulidad de un laudo, haciendo casi imposible su ejecución en dichos países.<sup>15</sup>

#### b) El efecto “*erga omnes*” de la anulación del laudo

Es la postura seguida por la inmensa mayoría de la jurisprudencia actual, así como por autores de la talla de Van Den Berg, principal defensor de la misma. Este autor considera que si un laudo arbitral ha sido anulado por la autoridad competente del país en que, o conforme cuya ley se dictó, ningún otro Estado podrá reconocerlo o ejecutarlo al amparo de la CNY, por lo que la anulación tendrá efectos extraterritoriales.<sup>16</sup> El laudo anulado, en opinión de Van Den Berg, deja de existir como tal, y por tanto ningún juez puede volverlo a la vida (*ex nihilo nihil fit*).

Por otro lado, esta parece ser la postura seguida por la propia Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), quien ha entendido que “La anulación de un laudo en el país en que ha sido dictado impide su ejecución en todos los demás países, conforme al inc. e) del párr. 1º del art. V

15. Las contadas excepciones a esta realidad, pueden observarse en jurisdicciones como Estados Unidos –ver “Chromalloy” y más recientemente “Commisa”– y Holanda –ver “Yukos Capital v. Rosneft”–, cuyos tribunales, muy aisladamente, han ejecutado laudos anulados sobre la base de que la anulación ha constituido una flagrante violación al orden público de esos países.

16. “La regla generalmente aceptada con respecto a los laudos anulados es que si ha sido anulado en el país de origen (generalmente el lugar de la sede del arbitraje), no puede ser ejecutado en otro (...) La ventaja de esta regla es que si el laudo fue anulado en el país de origen, el juego terminó. La parte [vencedora en el laudo, pero perdedora en el juicio posterior de nulidad] se abstendría de intentar su ejecución en otros, si supiera que la ejecución le será denegada”. VAN DEN BERG, A. J., “Enforcement of Annulled Awards?”, en *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 9, nº 2, París, ICC Services, 1998, p. 15 y ss.

de la Convención de Nueva York y al apart. v) del inc. a) del párr. 1º del art. 36 de la Ley Modelo”.<sup>17</sup> Así también se señala que durante los trabajos preparatorios que culminaron con la redacción del texto final de la Convención, fue claro para todas las delegaciones que la anulación del laudo por los tribunales del lugar sede del arbitraje tendría efectos universales.<sup>18</sup>

### *B) Adopción de la tesis universalista de la sede*

El hecho de concebir a la sede del arbitraje como un simple vínculo jurídico cuya elección por las partes lo es únicamente por meros factores de conveniencia, conlleva la conclusión de que los poderes de los árbitros no derivan –al menos únicamente– del Estado que oficia como sede, sino de la voluntad de las partes, así como de la totalidad de los ordenamientos jurídicos que reconocen la validez del convenio arbitral y, por tanto, también del laudo. Por ello, puede sostenerse –bajo esta concepción universalista– que los árbitros no tienen foro nacional *per se* y, consecuentemente, las decisiones de los tribunales nacionales de la sede del arbitraje no deberían tener demasiada influencia en la determinación de la validez de los laudos dictados por aquellos.

#### a) La crisis del efecto “*erga omnes*” de la anulación del laudo

La consecuencia principal de adoptar la postura universalista respecto de la importancia de la sede del arbitraje –siempre hablando en referencia al objeto del presente trabajo–, es la crisis del efecto *erga omnes* que los territorialistas le atribuyen a la anulación del laudo. Es el caso, por ejemplo, de la conocidísima jurisprudencia “Hilmarton”,<sup>19</sup> en donde los tribunales franceses estimaron que, no por el hecho de que el laudo haya sido anulado por las jurisdicciones del Estado en el cual él fue proferido (Suiza en este caso), debe necesariamente rechazarse su *exequátur* en Francia. La Corte de Casación francesa entendió que el sólo hecho de que el laudo hubiere sido proferido en Suiza, no conlleva que se trate de un laudo de esa nacionalidad, sino que, por el contrario, se trata de un laudo internacional. Por consiguiente, dicho laudo sigue existiendo aún luego de su anulación en el país de la sede. Asimismo, en el caso “Putrabali”,<sup>20</sup> la misma Corte de Casación francesa, además de afirmar el principio establecido en “Hilmarton”, estableció que un

17. UNCITRAL, “Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional”, nota de la Secretaría (A/CN.9/309), *Anuario* 1988, vol. XIX, pp. 130 y 131.

18. SAMPLINER, Gary. H., apud. CAIVANO, Roque J., ob. cit., pp. 420-421.

19. Caso que se analizará más en profundidad *infra*.

20. “PT Putrabali Adyamulia v. Rena Holding”, apud. CAIVANO, Roque J., ob. cit., p. 448.

laudo internacional no está vinculado a ningún orden jurídico estatal y, por tanto es una decisión de justicia internacional, cuya regularidad es examinada conforme las reglas aplicables en el país donde se procura su reconocimiento –en este caso, Francia–, no importando el hecho de que dicho laudo hubiese sido anulado en el país de la sede. Esta jurisprudencia ha sido continuamente confirmada en Francia, e incluso una sentencia de la Corte de Apelaciones de París del 29 de setiembre de 2005 ha afirmado que el principio de que “Las sentencias dictadas en un procedimiento de anulación, a semejanza de las dictadas en un procedimiento de *exequatur*, no producen efectos internacionales, ya que ellas no se refieren más que a una facultad soberana sobre el territorio en el cual se ejerce” se trata de un “principio fundamental del arbitraje en el derecho francés”.<sup>21</sup> Como se pregunta entonces Clay:<sup>22</sup> ¿Qué puede ser más determinante que la ejecución de un laudo anulado en el Estado de la sede del arbitraje para demostrar que ésta no tiene tanta importancia como la tenía otrora?

En resumen, la regla que podría derivarse de los casos “Hilmarton” y “Chromalloy”, es que, la anulación, por un tribunal nacional, de un laudo proferido en esa sede, no acarrea efectos internacionales y, por ende, no obliga a un tribunal de otra jurisdicción. Es decir, ante la disyuntiva entre otorgar un mayor peso a la ejecución de un laudo arbitral extranjero o una sentencia judicial que lo anula, lo primero debe prevalecer.

#### b) Hacia la eliminación del “doble control” unidireccional

Dadas las razones explicitadas *supra*,<sup>23</sup> entendemos innecesaria la doble instancia de control unidireccional del laudo (para los casos en que el mismo deba ser ejecutado en un país distinto al de la sede), a saber: la instancia de anulación ante los tribunales nacionales de la sede arbitral, seguida de la instancia de oposición al reconocimiento y ejecución del laudo en un país distinto al de la sede.

Teniendo en cuenta que el juez del lugar de ejecución del laudo siempre realizará el control del mismo, entendemos superfluo o innecesario el control judicial del laudo en el país de la sede. El control realizado por el juez del país de la ejecución, será el genuino control, dado que será en ese país –y no en el de la sede–, donde el laudo desplegará sus efectos.

21. *Cour d'Appel de Paris*, en el caso *Direction Générale de l'aviation civile de l'Emirate de Dubai v. Société Internationale Bechtel en Revue de l'Arbitrage*, 2006, n° 3, pp. 695 y ss.

22. CLAY, T., ob. cit., p. 202.

23. Entre ellas, la más importante es que la decisión del juez nacional de la sede de confirmar un laudo no tiene efecto alguno respecto de la revisión que realizan los jueces del lugar de la ejecución. Asimismo, la decisión de anulación del juez de la sede debiera pesar de igual forma que la decisión contraria de confirmarlo, por las razones que se analizarán *infra*.

Lo anterior nos lleva entonces, a dos conclusiones: la primera, es la absoluta procedencia de la renunciabilidad a las causales de anulación que establecen algunas de las jurisdicciones más avanzadas en materia de arbitraje comercial internacional.<sup>24</sup> La segunda, que compone la idea central del presente trabajo, es el deber –ya no la posibilidad, lo cual está expresamente contemplado en la Convención de Nueva York– de los jueces ante los cuales se busca el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales, de prescindir del hecho de que el laudo hubiere sido anulado por un juez nacional de la sede. Esta prescindencia, entendemos, debiera ser absoluta, dado que el juez del lugar de la ejecución, al enfrentarse con un laudo anulado –si bien creemos que sería diligente y de buena técnica judicial tomar conocimiento acerca de las razones de la anulación–, deberá realizar un control independiente y con base en su propia ley nacional, sin tomar en cuenta la *lex arbitri* en cuanto al procedimiento, la arbitrabilidad de la materia sometida, o el orden público. La decisión que debe tomar el juez de la ejecución respecto de estos temas, deberá realizarse a la luz de la propia ley del lugar de la ejecución, única ley que el juez de dicho lugar tiene el deber de proteger y respetar. Y si bien es cierto que el mismo deber pesa sobre el juez de la sede, también es cierto que el sólo hecho de que un laudo sea dictado en su país pero no ejecutado en él, no podrá significar jamás, en nuestra opinión, una verdadera violación de sus leyes.

En nuestra opinión, si bien debería tender a eliminarse el control primario (control de nulidad del laudo por los tribunales de la sede), entendemos que dicho extremo está lejos de lograrse, debido a que no existe aún –ni de parte de los Estados, ni de parte de los comerciantes– una cultura de “control único” (secundario, es decir, en el lugar de la ejecución). Por tanto, lo máximo a lo que podría aspirarse tomando en cuenta las actuales regulaciones y concepciones conservadoras, sería a establecer, como ya lo han hecho las legislaciones más audaces,<sup>25</sup> la opción de renunciar a la acción de nulidad. En todo caso, un paso aún más audaz que este, pero menos que el primero, podría ser el de adoptar un sistema de *optin* de impugnaciones, es decir, establecer en las legislaciones nacionales, como principio general, la imposibilidad de impugnar de nulidad los laudos definitivos dictados en dichos países, salvo que las partes hayan acordado otra cosa, para lo cual, subsidiariamente, se deberán establecer una serie de motivos tasados de impugnación, sin que las partes tengan la posibilidad de ampliarlos.

24. Varios países han adoptado esta solución, algunos, condicionándolo a que, por ejemplo, las partes del arbitraje no sean nacionales de dicho país. Algunos ejemplos son: Suiza, Túnez, Bélgica, Suecia, Perú, Panamá y Francia.

25. Ver nota al pie anterior.

### III. ANULACIÓN, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS

#### III.A. Concepto de anulación

La acción<sup>26</sup> de anulación del laudo es aquella iniciada por la parte que resulta vencida en el procedimiento arbitral. Ella es ejercida ante los tribunales judiciales de la sede, que son, en la inmensa mayoría de los casos, los únicos competentes para entender sobre la anulación de los laudos proferidos en su territorio. El objetivo de dicha acción de anulación será, la mayoría de las veces, que el tribunal nacional en cuestión declare que el laudo impugnado deba ser dejado sin efecto (es decir, que sea “anulado”), o al menos, que modifique alguno de los aspectos del laudo.

La acción de anulación contra un laudo final, de acuerdo a lo establecido en la Ley Modelo, deberá fundarse en uno de los motivos concretos que dicha ley enumera.<sup>27</sup> Su carácter tasado cierra el paso a interpretaciones analógicas, pero, lamentablemente, no es obstáculo para que, la generalidad con que muchas veces se encuentran formulados algunos de ellos, permita cobijar en su seno causas que no están expresamente previstas en la Ley o lo están en otros preceptos de su articulado, o se deducen de ellos. Pero, salvo puntuales excepciones, el alcance del control judicial del laudo no se extiende a la revisión de la cuestión de fondo. El tribunal nacional, al resolver sobre la acción de anulación, no debe asumir el pleno conocimiento de los aspectos fácticos y jurídicos de la controversia resuelta por los árbitros a modo de revisión completa de esa resolución, sino que, limitando su cognición al motivo

26. Entendemos más propicio llamarlo de esta manera, dado que el término “recurso” empaña la idea de un “laudo final”. En España, por ejemplo, la nueva Ley de Arbitraje 60/2003 del 23 de diciembre ha suprimido el término “recurso de anulación” que figuraba en la Ley anterior 36/1988 de 5 de diciembre y lo ha suplantado por “acción de anulación”, adaptándolo a la realidad de lo que el instrumento es: no un recurso sino un proceso judicial autónomo de naturaleza rescindente, iniciado mediante demanda en la que se ejercita una acción independiente. Lo que se intenta contra el laudo para rescindir su eficacia, no se logra por el vehículo del recurso, dado que en el arbitraje no estamos en presencia de actos jurisdiccionales estatales que generen resoluciones jurisdiccionales susceptibles de recurso. Esto nos lleva a la necesaria conclusión de que el laudo es “irrecurrible”; la acción de nulidad no es un recurso que abre una segunda instancia judicial, dando lugar a un procedimiento híbrido (arbitral-judicial) que sólo podría entenderse (y a duras penas) desde una concepción radicalmente jurisdiccionalista del arbitraje, que hoy nadie defiende, sino un instrumento autónomo para dar satisfacción al derecho a la tutela judicial efectiva que siguen conservando las partes en el procedimiento arbitral. CORDÓN MORENO, F., *Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*, Cizur Menor, Aranzadi, 2010, p. 64-65.

27. El art. 34 de la Ley Modelo establece que “Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los párrafos 2) y 3) del presente artículo...” Otro ejemplo es la Ley Española de Arbitraje 60/2003 del 23 de Diciembre, cuyo artículo 41.1 establece que “el laudo sólo podrá anularse...”

de anulación alegado en la demanda, decidirá si la posible infracción cometida debe llevar aparejada o no la sanción de anulación del laudo.

### **III.B. Causales de anulación de un laudo establecidas en la Ley Modelo**

Más allá de que el eje del presente trabajo es el reconocimiento y la ejecución de los laudos en un país distinto al de la sede, y dentro de ellos, los que han sido anulados, se nos hace necesario hacer una somera referencia respecto de las causales de anulación que establece la Ley Modelo,<sup>28</sup> dado que, como se verá más adelante, será vital el hecho de distinguir, a la hora de determinar si procede la ejecución de un laudo anulado, la causa de dicha anulación.

#### *A) Causales de anulación que pueden ser alegadas únicamente por las partes en el proceso*

Básicamente, la Ley Modelo establece seis “motivos” en base a los cuales procederá que la parte perdedora en el procedimiento arbitral, impugne el laudo ante los tribunales competentes del país de la sede. Los primeros cuatro motivos<sup>29</sup> son aquellos cuya declaración corre por cuenta del interés de la parte que lo alega, mientras que los dos últimos,<sup>30</sup> son declarables de oficio, porque, en teoría, su declaración interesa a la sociedad en su conjunto, más allá de que las partes puedan o no alegarlos.

El artículo 34.2).a) de la Ley Modelo, establece que el laudo “sólo” podrá ser anulado (...) cuando la parte que interpone la petición pruebe: i) Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje (...) estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a ese respecto, en virtud de la ley de este Estado [sede del arbitraje]; o ii) Que [la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral] no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos [de defensa]; o iii) Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje (...); o iv) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes (...) o a falta de dicho acuerdo, que [la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral] no se han ajustado a esta Ley.

28. Las mismas están establecidas en el art. 34.2.

29. Art. 34.2).a).

30. Art. 34.2).b).

De la observación de dicho artículo, se concluye que los cuatro primeros motivos para impugnar un laudo arbitral según la ley modelo, se basan en cuestiones de “invalidez” del convenio arbitral (art. 34.2.a.i), violación del debido proceso (art. 34.2.a.ii), falta de jurisdicción de los árbitros (art. 34.2.a.iii) y otras cuestiones procesales (art. 34.2.a.iv). Dichas causas deberán ser probadas por el solicitante.

*B) Causales que pueden ser relevadas de oficio por el juez de la anulación*

No obstante lo anterior, existen dos causas adicionales que pueden ser consideradas por un tribunal nacional de oficio, es decir, sin necesidad de que las mismas sean alegadas, y mucho menos probadas por las partes. Estas son: la inarbitrabilidad de la cuestión sometida a la decisión de los árbitros, y la violación del orden público.

El art. 34.2).b) de la Ley Modelo, establece que el laudo arbitral podrá ser anulado de oficio (...) cuando el tribunal compruebe: i) Que, según la ley de este Estado [sede], el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o ii) Que el laudo es contrario al orden público de este Estado [sede].

Parece lógico y absolutamente atendible que un juez nacional del Estado en donde el laudo ha sido proferido tenga la potestad de dejarlo sin efecto cuando dicho laudo verse sobre una materia no arbitrable en dicho Estado –lo cual generalmente afecta al orden público–, o cuando el contenido<sup>31</sup> de lo laudado sea contrario al orden público nacional, sobre todo, si existen posibilidades de que dicho laudo sea ejecutado en el país de la sede. Sin embargo, y a los efectos del presente trabajo, resulta relevante realizar una observación: dado que la Ley misma se encarga de establecer que estos dos supuestos (inarbitrabilidad y violación al orden público) deben considerarse a la luz de la legislación del Estado sede, creemos que los efectos de una declaración de nulidad de un laudo con base en alguno de estos supuestos, deben ser, en principio, meramente territoriales y no *erga omnes*. Si con motivo de un posterior intento de ejecución en un país distinto al de la sede, los tribunales encargados del reconocimiento y ejecución de este país consideran que el laudo versa sobre una materia no arbitrable o que su contenido lesiona el orden público del país donde el laudo pretende ejecutarse, entonces deberán denegar su ejecución. Pero dicha denegación, no será como consecuencia de la imposibilidad del tribunal del *exequatur* de ejecutar un laudo anulado, sino producto de una valoración independiente –tomando en cuenta sus propias leyes nacionales y no las de la sede– que llevó a este tribunal a entender la no procedencia de la ejecución. Por

31. Entendemos que las razones *procedimentales* que pueden llegar a afectar al orden público de la sede no están comprendidas dentro del numeral en análisis, dado que, por más que la Ley no lo diga expresamente, estos motivos de anulación son los contemplados en los numerales ii) y iv) del apartado a) del art. 34.

lo dicho, entendemos que estas dos causales de anulación señaladas tienen sentido siempre que el laudo vaya a ejecutarse en el país de la sede del arbitraje, pero carecen absolutamente de aquél a la hora de que un tribunal de un país distinto al de la sede arbitral sea requerido para reconocer y ejecutar dicho laudo.

### **III.C. Conceptos de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros**

Reconocimiento y ejecución son dos cosas distintas, pero el uno es condición de la otra: mientras el reconocimiento tiene por objeto otorgar a la sentencia o laudo extranjero el carácter de acto jurisdiccional válido y eficaz en el ordenamiento nacional en el cual se persigue su invocación como fuente de derechos u obligaciones, la ejecución, por su parte, consiste en el cumplimiento forzado de una sentencia o laudo extranjero, previamente reconocido por el Estado. Sin embargo, y por una razón de pura practicidad, de ahora en adelante utilizaremos el término “ejecución” para referirnos al procedimiento de reconocimiento y ejecución de un laudo en un país distinto al de la sede del arbitraje.

Los Estados –en donde el laudo pretende hacerse ejecutar– generalmente se reservan el derecho de ejercer un determinado control del laudo, a través del conocido *exequátur*, cuya función es controlar que ese laudo haya sido producto de un procedimiento en donde se hayan respetado las garantías básicas, y que su contenido no vulnere principios considerados esenciales en el ordenamiento jurídico del país donde el laudo pretende ser ejecutado.

### **III.D. Causales establecidas en la CNY para la denegación de la ejecución de un laudo extranjero**

Como anunciábamos en la introducción del presente trabajo, tomaremos en cuenta principalmente las causales expresadas en la CNY, por tratarse del tratado de mayor alcance y el que más adhesiones ha tenido en materia de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.

Las mencionadas causales que habilitan la denegación del reconocimiento de un laudo extranjero, se encuentran en el art. V de la CNY. Existe consenso a nivel mundial en cuanto a la taxatividad de las causales, lo cual significa que no habrá espacio para agregar otro supuesto de denegación al reconocimiento de una sentencia arbitral extranjera (laudo en el lenguaje de la CNY) a aquellos que prevé el art. V. Sin embargo, no es tal el consenso cuando se trata de afirmar el carácter potestativo

que otorga la CNY a los jueces del reconocimiento para decidir ante la efectiva configuración de alguno de los supuestos del art. V.<sup>32</sup>

Al igual que ocurre con las causales que establece la Ley Modelo para la anulación del laudo,<sup>33</sup> el art. V de la CNY distingue, entre las causales para denegar el reconocimiento y la ejecución, aquellas que deberán ser alegadas y probadas por la parte que la invoque –buscando así la denegación de la ejecución del laudo–<sup>34</sup> y aquellas que serán –o “podrán” ser– consideradas de oficio, por más de que también puedan ser alegadas por las partes.<sup>35</sup>

*A) Causales que deben se alegadas únicamente por las partes en el proceso de reconocimiento y ejecución*

El mencionado artículo V establece que: “Sólo se podrá denegar el reconocimiento y ejecución de la sentencia [arbitral], a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esa parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: (a) Que las partes (...) estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la Ley que le es aplicable [al convenio arbitral] o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la Ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado (...), en virtud de la Ley del país en que se haya dictado la sentencia; o (b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o (c) Que la sentencia [laudo] se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso [convenio arbitral] (...), o contiene decisiones que exceden los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria [convenio arbitral] (...); o (d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento [arbitral] no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la Ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o (e) Que la sentencia [laudo arbitral] (...) ha

32. En lo que nos importa a los efectos del presente trabajo, autores como van den Berg han sostenido la imposibilidad de que un laudo afectado por la causal del art. V.1. (e) [que el laudo haya sido anulado por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictado] pueda ser ejecutado por un juez en un Estado distinto al de la sede. VAN DEN BERG, A. J., “Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia”, en *Journal of International Arbitration*, vol. 27, n° 2, Kluwer Law International, 2010, p. 8.

33. Art. 34.2) comentado *supra*.

34. Son las contempladas en el art. V.1. (a), (b), (c), (d) y (e).

35. Son las contempladas en el art. V.2. (a) y (b).

sido anulada (...) por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada esa sentencia [laudo arbitral]”.

Como se aprecia, estas causales son prácticamente idénticas a las establecidas en los arts. 34.2.a) y 36.1.a) de la Ley Modelo, que refieren a las causales de anulación de los laudos y a las de denegación de la ejecución y reconocimiento de los mismos, que sólo podrán ser alegadas por las partes. Esta armonía entre los dos instrumentos más importantes en lo que a arbitraje comercial internacional se refiere –aunque, en puridad, la Ley Modelo no es un instrumento internacional, ya que no permite a los países suscribirla, pero la idea es que sea adoptada como norma interna por cada país–, es digna de celebración, y permite que los países signatarios de la CNY, al adoptar una Ley nacional de arbitraje basada en la Ley Modelo, no puedan denegar la ejecución un laudo extranjero –a lo cual, en principio, están obligados por la CNY–, basándose en normas internas sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. La mencionada armonía, además, cobra especial relevancia cuando hablamos de países no signatarios de la CNY, dado que su “omisión” quedaría “salvada” si han adoptado la Ley Modelo, al menos en lo que respecta al régimen de ejecución de laudos extranjeros.

Una importante conclusión que podemos inferir a los efectos del presente trabajo es que en el –extraño pero posible– caso de que la parte que pretenda evitar la ejecución del laudo anulado no alegue dicho extremo (es decir, omita alegar que dicho laudo ha sido anulado), el juez del *exequátur* no podrá relevar esta causal de oficio, y por lo tanto, deberá proceder a la ejecución del laudo si es que estima que el mismo no adolece de alguno de los demás vicios descritos en los restantes numerales del art. V.1 y 2.

#### *B) Causales que pueden ser consideradas de oficio en el proceso de reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros*

Simétricamente a lo que ocurre en los también ya mencionados arts. 34 y 36 de la Ley Modelo, el numeral 2 del art. V establece las dos causales que podrán ser consideradas de oficio por el juez del lugar de la ejecución, más allá de que ellas no haya sido alegadas por la parte que intenta la denegación de la ejecución.

El art. V.2 de la CNY establece que “También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba: (a) Que, según la Ley de ese país [se refiere al país de la ejecución], el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o (b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia [arbitral] serían contrarios al orden público de ese país”.

Como podemos apreciar, estas causales adicionales que pueden ser apreciadas de oficio, también coinciden con las establecidas en los arts. 34.2.b) y 36.1.b) de

la Ley Modelo referentes a la anulación y reconocimiento y ejecución de los laudos respectivamente.

#### IV. ¿PUEDE UN PAÍS DISTINTO AL DE LA SEDE EJECUTAR UN LAUDO ANULADO?

##### IV.A. La discusión en torno a la Convención de Nueva York de 1958

La CNY debe ser el punto de partida<sup>36</sup> de cualquier discusión concerniente a la ejecución de laudos arbitrales anulados. Si bien existen otros instrumentos regionales que hacen referencia al tema,<sup>37</sup> ninguno de ellos tiene la importancia y el peso de la CNY, que ha sido adoptada por 148 países.

###### *A) Los arts. V.I y VII de la CNY*

El hecho de que un laudo anulado<sup>38</sup> pueda o no ser ejecutado en otra jurisdicción, en principio está regulado en el art. V.I. (e), que establece –como ya expresamos– que un juez “podrá” denegar el reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral cuando “...la sentencia [arbitral] (...) ha sido anulada (...) por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada esa sentencia [arbitral]”.

Como es cada vez más aceptado, entendemos con Paulsson<sup>39</sup> que es posible interpretar la CNY en el sentido de permitir el reconocimiento y ejecución de laudos

36. Si bien *supra* señalamos que el punto de partida sobre la discusión de la ejecución de laudos anulados era la importancia otorgada a la sede, esto es así desde el punto de vista ideológico, mientras que desde el punto de vista positivo-legal, estimamos que la CNY debe ser el punto de partida.

37. Por ejemplo la Convención de Panamá de 1975, o la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961, cuyas normas acerca del reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros son más “permisivas” que las de la CNY, dado que, por ejemplo, no incluyen como causal de denegación a la ejecución de laudos extranjeros el hecho de que el mismo hubiere sido anulado en la sede. Por tanto, un juez de un Estado firmante de dicha Convención deberá dar ejecución a un laudo anulado en otro Estado firmante, siempre que dicho laudo no adolezca de algún vicio que la Convención establezca expresamente como causal de no reconocimiento.

38. El texto del art. V.I. (e) de la CNY también hace referencia a los laudos que no son obligatorios para las partes, o que hayan sido suspendidos en el Estado sede del arbitraje, pero estas consideraciones son irrelevantes a los efectos del presente trabajo, donde pretende estudiarse la ejecución de los laudos anulados.

39. PAULSSON, J., “Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding a Local Standard Annulment”, en *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 9, n° 1, París, ICC Services, 1998, p. 14.

que han sido anulados. Sin embargo, el Profesor van den Berg<sup>40</sup> disiente de aquel, argumentando que un laudo anulado está legalmente muerto y es *ex nihilo nihil fit* (de la nada, nada adviene). Y prosigue el autor agregando que, siendo un laudo el producto de un sistema jurídico que está comprendido tanto por el derecho local como por las decisiones de los tribunales domésticos –y aquí puede apreciarse la clara concepción territorialista de van den Berg–, los órganos mejor dotados para decidir sobre la regularidad del arbitraje conllevado de conformidad con sus reglas son los tribunales del lugar del arbitraje. Por consiguiente, sostiene, los tribunales de otros países –tribunales donde se pide el reconocimiento y ejecución del laudo anulado– deberán dar referencia a la anulación por los tribunales del lugar del arbitraje y abstenerse de reconocer/ejecutar los mismos.

No obstante, en nuestra opinión, y más allá del respeto que nos debe la opinión de van den Berg, el art. V.1. (e) de la CNY es claro en el sentido de que permite, más no exige, el no reconocimiento o ejecución de un laudo extranjero.<sup>41</sup> Al utilizar la palabra “podrá” –en contraposición a “deberá”– se obtiene una redacción potestativa, otorgando al tribunal que conozca de una solicitud de reconocimiento y/o ejecución la discreción de ejecutar o no el laudo.<sup>42</sup> Por tanto, en nuestra opinión es claro que el art. V.1. (e) de la CNY permite la ejecución de laudos anulados en el extranjero.<sup>43</sup>

Cabe acotar sin embargo, que la versión francesa del art. V de la CNY difiere un tanto de las demás versiones, en el sentido de que parece estar redactada de forma más imperativa que el “*may*” de la versión inglesa o el “podrá” de la versión en español. Esto ha llevado a autores como Fouchard<sup>44</sup> a sostener que “es discutible que el art. V de la Convención de Nueva York no impone al juez rechazar el *exe-*

40. VAN DEN BERG, A. J., “Enforcement...”, p. 15.

41. El mencionado artículo dispone: “Sólo se *podrá* denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia [arbitral]... si... la sentencia [arbitral] ha sido anulada...”

42. GONZÁLEZ DE COSSÍO, F., *Ejecución en México de laudos anulados en el extranjero*, consultado en [http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/EJECUCION%20LAUDOS%20ANULADOS.pdf] el 5/5/2013, p. 3.

43. Sin embargo, esta opinión no es unánime. Como hemos señalado, van den Berg (“Enforcement...”, p. 8) sostiene que siempre que el laudo haya sido anulado por una autoridad competente del país donde el laudo fue dictado o conforme a cuya ley ha sido dictado, el juez de la ejecución debe rechazarla. Su argumento es que un laudo correctamente anulado en el país de origen ya no existe como laudo, y por tanto no puede volver a la vida durante el proceso de ejecución. El autor agrega, citando al Profesor Sanders, uno de los fundadores de la CNY, que: “Los tribunales [del lugar de la ejecución]... rechazarán la misma dado que ya no existe laudo arbitral alguno, y ejecutar un laudo inexistente sería imposible, o, al menos, iría en contra del orden público del país de la ejecución”.

44. FOUCHARD apud. MOURRE, A., “May or must? Las causales de no reconocimiento de laudos previstas, en el artículo V de la Convención de Nueva York, ¿Son ellas facultativas?” en TAWIL, G. S. y ZULETA, E. (dir.), *El Arbitraje Comercial Internacional: estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, p. 364.

*quatur* en los casos por él previstos”. Entendemos que esta no es la interpretación correcta, dado que es desde todo punto de vista impensable que la Convención pueda ser interpretada de manera diferente según las variaciones lingüísticas que resulten de una u otra de las versiones oficiales. Más allá del hecho de que cuatro de las cinco versiones oficiales emplean términos que hacen referencia al poder del juez de no reconocer un laudo extranjero que no cumpla con las condiciones del art. V.1, lo cual implica que no se trata de un deber, las reglas de interpretación de los tratados conducen a interpretar la versión francesa de manera compatible con las otras. El art. 33.3 de la Convención de Viena del 23/5/1969 sobre el derecho de los tratados dispone que “Se presume que los términos de un tratado tienen el mismo sentido en sus diversas versiones oficiales”.

Otro argumento de peso a la hora de inclinar la balanza a favor de que el art. V.1 no obliga al juez del *exequatur* a rechazar la ejecución cuando se dan los supuestos de dicho artículo, es la interpretación teleológica de la CNY.<sup>45</sup> Dicha Convención fue establecida a los efectos de facilitar el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros (y no-nacionales), y no para negar el reconocimiento de los mismos. Su propósito es el de favorecer la efectividad del arbitraje. Por ello existe lo que se denomina la “presunción de validez de los laudos”, debiendo ser la excepción, la invalidez de los mismos.

Como si esto fuera poco, el art. VII de la CNY establece que “Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados Contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque”.

Estas dos normas, han dado lugar al surgimiento –dentro de quienes admiten la posibilidad de ejecutar un laudo que ha sido anulado– de dos “escuelas de pensamiento” en lo que refiere a la ejecución de laudos anulados en el país de origen.<sup>46</sup> La primera –basada en el art. V.1. (e)–, es la que Koch<sup>47</sup> llama “el estándar de ejecución de la Convención de Nueva York”,<sup>48</sup> mientras que la segunda –basada en el

45. El párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969 establece que: “Un tratado deberá interpretarse (...) teniendo en cuenta su objetivo y fin”.

46. KOCH, C., “The Enforcement of Awards Annulled in Their Place of Origin: The French and U.S. Experience”, en *Journal of International Arbitration*, vol. 26, n° 2, Kluwer Law International, 2009, p. 268.

47. *Ibid.*

48. Traducción nuestra.

art. VII– es la que Paulsson<sup>49</sup> denomina “estándar local de ejecución”<sup>50</sup> o LSA (por su sigla en inglés).

En efecto, es el art. VII de la CNY –y no el artículo V– el invocado por los tribunales franceses a la hora de ejecutar laudos que han sido anulados en la sede. A través de su aplicación, dichos tribunales, a la hora de decidir acerca de la ejecución de un laudo que ha sido anulado, se remiten a su propia ley, más favorable que la de la propia CNY, dado que ella no contempla, como causal para denegar la ejecución de un laudo extranjero, el hecho de que el mismo hubiere sido anulado.<sup>51</sup>

Por tanto, y luego de este breve análisis de los arts. V y VII de la CNY, podemos coincidir con Mantilla-Serrano<sup>52</sup> que en ella se consagran tres principios fundamentales a los efectos de facilitar el reconocimiento y la ejecución de los laudos extranjeros: el primero de ellos es la presunción de validez y ejecutoriedad del laudo arbitral (arts. III y V de la Convención); el segundo es que sólo excepcionalmente podría negarse dicho reconocimiento o ejecución, ya que el uso de la forma potestativa demuestra que ni siquiera en presencia de los casos previsto en el art. V de la Convención está el juez obligado a rechazar el reconocimiento y ejecución del laudo; y en tercer lugar, en el art. VII se consagra el principio de favorabilidad, el cual permite obviar la aplicación de la Convención cuando exista una norma jurídica más favorable al reconocimiento y ejecución del laudo.

#### **IV.B. La discusión de la ejecución de los laudos anulados en la jurisprudencia**

Diversas jurisdicciones se han ocupado de la cuestión y lo han hecho con resultados diferentes, lo cual amerita examinar esas posiciones e identificar sus rasgos característicos. Para ello, hemos seleccionado las dos jurisdicciones que han liderado la discusión a este respecto (Francia y Estados Unidos), más una breve mención al interesante caso holandés.

##### *A) Caso francés*

Francia es el caso paradigmático de país dispuesto a ejecutar laudos anulados. Durante más de 25 años la Corte de Casación ha sostenido de manera constante que la anulación de un laudo arbitral en la sede del arbitraje es irrelevante para determinar cuándo una corte debe reconocer y ejecutar el laudo.

49. PAULSSON, J., ob. cit., p. 29.

50. Traducción nuestra.

51. Ver *infra* caso *Hilmarton*.

52. MANTILLA-SERRANO, F., “Algunos apuntes...”, p. 21.

Si bien el tema se viene planteando en Francia desde principio de los 80 con el caso “Norsolor”,<sup>53</sup> fue con el caso “Hilmarton v. OTV”<sup>54</sup> que la posibilidad de desconocer las decisiones judiciales que declaran nulos los laudos adquiere carta de naturaleza. En “Hilmarton” –en cuyos hechos no nos podemos detener por temas de extensión–,<sup>55</sup> la Corte de Casación francesa reconoció la validez de un laudo proferido en Ginebra y anulado por las cortes ginebrinas, quienes sostuvieron que la decisión del árbitro “constituía una violación evidente del derecho suizo...”<sup>56</sup> Sin embargo, la Corte de Casación Francesa confirmó que OTV (quien había triunfado en el arbitraje pero perdido el juicio de anulación) podía, con base en las normas francesas sobre reconocimiento de laudos dictados en el extranjero y en especial en el artículo 1502 del Nuevo Código del Procedimiento Civil francés –el cual, al contrario de la CNY, no contempla como motivo para denegar el reconocimiento de un laudo el hecho de que éste haya sido anulado en el país de origen–, perseguir el reconocimiento y ejecución del laudo en Francia. Pero como bien indica Mantilla-Serrano, la Corte de Casación fue aún más lejos al desligar el laudo del sistema jurídico del lugar donde fue dictado al afirmar que “El laudo dictado en Suiza es un laudo internacional que no se encuentra integrado al sistema jurídico de ese Estado, de tal manera que su existencia permanece establecida pese a su anulación, y su reconocimiento en Francia no es contrario al orden público internacional...”<sup>57</sup>

Años después, en el caso “Bechtel” la Corte de Apelaciones de París del 29 de setiembre de 2005 afirmó que el principio de que “Las sentencias dictadas en un procedimiento de anulación, a semejanza de las dictadas en un procedimiento de *exequatur*, no producen efectos internacionales, ya que ellas no se refieren más que a una facultad soberana sobre el territorio en el cual se ejerce” se trata de un “principio fundamental del arbitraje en el derecho francés”.<sup>58</sup>

Finalmente cabe hacer mención al más reciente caso “Putrabali”,<sup>59</sup> al cual también ya nos hemos referido *supra*, donde la Corte de Casación francesa, además de afirmar el principio establecido en “Hilmarton”, estableció que un laudo interna-

53. “Société PabalkTicaret Ltd. Sirketi v. Société Norsolor”. Corte de Casación de París, 9 de octubre de 1984.

54. “Hilmarton v. Omnium de Traitement et de Valorisation”, OTV. Corte de Casación, 23 de marzo de 1994.

55. Para un relato completo de los hechos puede consultarse la *XX Year book Commercial Arbitration, YCBA*, 663, 1995 o la *Revue de l'Arbitrage*, vol. 1, 994, 327, 1994.

56. Corte de Justicia del Cantón de Ginebra, apud. MANTILLA-SERRANO, F., ob. cit., p. 24.

57. Corte de Casación, 23 de marzo de 1994 apud. MANTILLA-SERRANO, F., ob. cit., p. 24.

58. “Courd’ Appel de París, en el caso Direction Générale de l’aviation civile de l’Emirate de Dubai v. Société Internationale Bechtel” en *Revue de l'Arbitrage*, n° 3, 2006, pp. 695 y ss.

59. “PT Putrabali Adyamulia v. Rena Holding”, apud. CAIVANO, R. J., ob.cit., p. 448.

cional no está vinculado a ningún orden jurídico estatal, y por tanto es una decisión de justicia internacional cuya regularidad es examinada conforme las reglas aplicables en el país donde se procura su reconocimiento, no importando el hecho de que dicho laudo hubiese sido anulado en el país de la sede.<sup>60</sup>

Coincidimos nuevamente con Mantilla-Serrano,<sup>61</sup> en el sentido de que, en Francia, pareciera que el laudo tiene vida propia, y que el mismo emana, tanto de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, como de todos aquellos sistemas jurídicos que estén dispuestos a reconocer esa voluntad y el laudo que se genere. Y todo ello, sin preocuparse siquiera por la posición que puedan asumir los tribunales judiciales del lugar sede del arbitraje, cuyas decisiones y sus efectos sólo tienen relevancia dentro del territorio nacional del juez que las profiere. Se acerca así Francia al reconocimiento de la existencia de un “*ordre juridique arbitral*”.<sup>62</sup>

Coincidimos con la jurisprudencia francesa en justificar la ejecución de laudos anulados con base en el art. VII de la CNY, prescindiendo absolutamente del controvertido art. V y sus posibles interpretaciones semánticas. Esta aplicación del derecho nacional –art. 1502 del NCPC francés– a través del art. VII de la CNY es perfectamente consistente con los fines de la misma.<sup>63</sup> Sin embargo, cabe notar que este “lujo” –de prescindir del art. V (1)(e) a la hora de justificar la ejecución de un laudo anulado– sólo podrán dárselo aquellos países cuya ley aplicable al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros sea “más permisiva” que la propia CNY.<sup>64</sup>

60. La Corte de Casación, el 29 de junio de 2007 estableció que: “El laudo internacional, que como tal no hace parte de ningún sistema jurídico estatal, es una decisión de justicia de carácter internacional cuya validez debe ser apreciada según las normas aplicables en el país en el cual se pide su reconocimiento o ejecución; (...) en aplicación del artículo VII de [la Convención], la compañía *Rena Holding* tenía derecho a invocar en Francia el laudo de 10 de abril de 2001 dictado en Londres, en aplicación del convenio arbitral y del reglamento de la IGPA, y a prevalecerse de las disposiciones del derecho francés de arbitraje internacional que no contempla la anulación del laudo en el país de origen como motivo de rechazo del reconocimiento y ejecución del laudo dictado en el extranjero...”. Corte de Casación apud. MANTILLA-SERRANO, F., ob.cit., p. 27.

61. *Ibid.*

62. GAILLARD, apud. MANTILLA-SERRANO, F., ob.cit., p. 28.

63. “La posición francesa, al dejar de lado la Convención de Nueva York, cumple con su objetivo primordial: Favorecer la circulación internacional de los laudos arbitrales”. MALINVAUD, C., “Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales anulados. La experiencia francesa”, en TAWIL G. S. y ZULETA, E. (dir.), *El Arbitraje Comercial Internacional: estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, p. 563.

64. Para PAULSSON, J., ob. cit., p. 28, es siempre preferible que los jueces utilicen, como base para fundamentar la ejecución de laudos anulados, el “más amable” art. VII de la CNY [cuya explicación sería: “*Nuestra ley nos obliga a ejecutar este laudo a pesar de que tu juez lo haya anulado*” –traducción nuestra–], antes que el art. V de la CNY [cuya explicación vendría a ser: “A pesar de haber denegado varias veces la ejecución de laudos anulados por jueces de otros países, vamos a ejercer nuestro poder discrecional para ejecutar un laudo anulado por tus jueces, dado que no nos convence su trabajo” –

Si la ley nacional de un país que pretende ejecutar un laudo anulado en la sede contempla como causal de denegación a la ejecución de un laudo extranjero el hecho de que dicho laudo hubiere sido anulado en el país de origen –al igual que lo hace la CNY– no podría dicho juez nacional basar su decisión de ejecutar dicho laudo anulado, en el art. VII de la CNY, dado que su ley nacional –al menos en lo que refiere a la ejecución de laudos anulados– no resulta más beneficiosa o permisiva para la parte que pretende ejecutar el laudo respecto de la CNY. Por tanto, en estos casos, los jueces nacionales deberán remitirse al –para algunos– polémico art. V, e interpretar la palabra “*may*” como lo que es una simple “potestad” para rechazar o denegar el reconocimiento de un laudo anulado en la sede. Coincidimos entonces plenamente con Alexis Mourre,<sup>65</sup> para quien la cuestión del carácter facultativo de las causales de rechazo de reconocimiento establecidas en el art. V.1 de la CNY toma una gran importancia dentro del contexto de los instrumentos que no dispongan de una regla de máxima eficacia parecida a la del art. VII.

De todas maneras creemos, junto con Donovan & Prager,<sup>66</sup> que el art. VII ofrece los medios para que, por ejemplo, un grupo de Estados Contratantes [de la CNY] que compartan una misma orientación en pro de la ejecución de laudos arbitrales adopten una convención complementaria que elimine la anulación de un laudo como posible causal para rechazar su ejecución. Esta convención complementaria dejaría intacta la CNY para los Estados que no apoyen dicha iniciativa. Otra posibilidad sería que las legislaciones nacionales de estos países siguieran el ejemplo francés, estableciendo criterios de ejecución de laudos extranjeros donde no se observe como causal para denegarla la anulación en el país de origen.

### *B) Caso estadounidense*

Al igual que la jurisprudencia francesa, la estadounidense también ha reconocido la validez de un laudo anulado. El caso paradigmático es “Chromalloy”,<sup>67</sup> en el cual un laudo proferido en Egipto y anulado por las cortes egipcias –por haber entendido que los árbitros aplicaron equivocadamente el Derecho civil egipcio en lugar del Derecho administrativo de ese país– fue reconocido como ejecutable bajo la legislación de Estados Unidos por la Corte del Distrito de Columbia. Utilizaron

---

traducción nuestra–].

65. MOURRE, A., ob. cit., p. 363.

66. DONOVAN, D. F. y PRAGER, D. W., “El impacto del art. VII”, en TAWIL G. S. y ZULETA, E. (dir.), *El Arbitraje Comercial Internacional: estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, p. 644.

67. Para un relato más detallado de los hechos, ver: “Chromalloy Aeroservices Inc. v. The Arab Republic of Egypt”, Corte del Distrito de Columbia, 1996, *Revue de l'Arbitrage*, 723, 1998.

el mismo argumento que el de las cortes francesas, es decir, la directa aplicación del derecho nacional estadounidense más beneficioso, con base en el principio de favorabilidad del art. VII de la CNY. Según este tribunal, como la FAA, al igual que el NCPC francés, no contempla entre sus causales para denegar la ejecución de un laudo extranjero el hecho de que dicho laudo haya sido anulado en el país de origen, reconoció el derecho de *Chromalloy Aeroservices Inc.* a obtener la ejecución del laudo que lo favorecía en territorio estadounidense. Asimismo, y al igual que también lo han hecho las cortes francesas, la corte norteamericana afirmó que no estaba obligada a reconocer el efecto de cosa juzgada a la decisión de anular el laudo de la corte egipcia, precisando que las partes habían renunciado a los recursos contra el laudo, por lo que no podía, la Fuerza Aérea egipcia, pretender escapar a dicho pacto.<sup>68</sup> Hasta ese momento, parecía que las cortes estadounidenses iban a adoptar el mismo criterio que las francesas, dado que no sólo se habían pronunciado en favor de la aplicación del derecho nacional más favorable, sino que también se habían expedido –en “Chromalloy”– en favor del efecto puramente territorial y no *erga omnes* de la anulación del laudo. Sin embargo, todas las decisiones que siguieron a este caso –en donde se debatió la posibilidad de ejecutar un laudo que ha sido anulado– fueron en sentido contrario, es decir, en ninguna de ellas se reconoció el laudo anulado que se pretendía ejecutar.<sup>69</sup> Ejemplos de esto último son

68. En “Chromalloy”, si bien la Corte del Distrito de Columbia no hizo demasiado hincapié en este último argumento, en fallos posteriores de solución contraria –es decir en los que no reconocerá el derecho de la parte perdedora en el juicio de anulación a ejecutar el laudo en los Estados Unidos–, justificará la misma Corte su apartamiento respecto del fallo “Chromalloy”, fundamentando que en aquella ocasión lo determinante fue el hecho de que las partes habían renunciado a los recursos contra el laudo, y afirmando en estos nuevos fallos, como por ejemplo en el caso “Termorio”, que, además de no darse esa circunstancia, “sólo se debe desconocer una decisión de anulación de un laudo arbitral, cuando esa decisión constituya una violación del orden público de Estados Unidos”. Sin embargo, a partir del año 2013 con el fallo “Commisa”, los tribunales norteamericanos parecen haber revertido la postura restrictiva mostrada en “Termorio”.

69. Una salvedad debe hacerse con respecto del caso “Pertamina (Karah Bodas Company v. Preusan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara)”, donde la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito en el año 2003 estableció que la decisión de anulación en Indonesia de un laudo proferido en Suiza, carecía de total valor ante las jurisdicciones de Estados Unidos, justamente, porque la nulidad no provenía de la única y verdadera sede, es decir, Suiza. En este caso, la Corte de Apelaciones no fundamentó su decisión en el art. VII de la CNY, sino en la discrecionalidad que le otorga el art. V, expresando que “Bajo la Convención [de Nueva York] está a la discreción del juez ejecutar un laudo arbitral aún cuando se encuentre pendiente una acción de anulación en el país donde el laudo fue proferido...”, agregando que las cortes de Estados Unidos “gozan de discreción, bajo la Convención para ejecutar un laudo independientemente de que haya sido anulado en otro país, discreción que ya han ejercido en el pasado...” –por referencia al caso “Chromalloy”–.

los fallos en “Baker Marine”,<sup>70</sup> “Spier”,<sup>71</sup> y el más preocupante de todos (al menos para los partidarios de la deslocalización), dictado por la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, el de “Termorio”.<sup>72</sup> No sólo no menciona el art. VII de la CNY, sino que destaca la “localización” del arbitraje como elemento crítico según la CNY. Establece además que para obligar al juez a no ejecutar, basta con: a) Que el juez que anuló el laudo sea competente; b) Que se haya respetado el debido proceso; y c) Que el fallo aportado sea “auténtico” (que no se trate de un documento falso). Satisfechos estos requisitos, “la decisión del juez del lugar del arbitraje debe ser respetada”. Como si esto fuera poco, la Corte omite pronunciarse acerca de la renuncia a los recursos que claramente consagra el art. 28.6 del Reglamento de arbitraje de la CCI (se trataba de un arbitraje CCI). Como bien señala Mantilla-Serrano,<sup>73</sup> bajo los criterios fijados por la Corte de Apelaciones en “Termorio”, un laudo arbitral –dictado en un arbitraje institucional en cuyo reglamento (pero no en un convenio arbitral propiamente dicho) las partes hayan renunciado a recurrir el laudo –que haya sido anulado por el motivo más nimio (por ejemplo, por no haberle tomado juramento a los testigos, o incluso podríamos imaginar un caso más absurdo como no haber utilizado los árbitros toga y peluca en las audiencias, o como en “Termorio”, por no reconocerse la libertad de las partes de acudir a un arbitraje institucional), no debería ser reconocido/ejecutado en Estados Unidos si la anulación fue decretada por un juez competente y como fruto de un procedimiento en el que se haya respetado el debido proceso.

Afortunadamente, la jurisprudencia norteamericana parece haberse reencontrado con la senda de la lucidez, a través de la *U.S. Court for the Southern District of New York*, que en agosto de 2013 decidió confirmar y ejecutar un laudo que había sido anulado mediante un fallo que cumplía con los tres “requisitos” establecidos en “Termorio” para obligar al juez de ejecución a no ejecutar. Se trata del caso “Commisa”,<sup>74</sup> donde: a) la nulidad fue dictada por un órgano competente del país donde el laudo fue inicialmente dictado (a diferencia de lo que ocurrió en “Pertamina” y en el caso que mencionaremos a continuación: “Castillo Bozo”, donde se dictaron nulidades, pero por órganos de países distintos al de la sede arbitral);

70. “Baker Marine Ltd. (Nigeria) v. Chevron Ltd. (Nigeria)”. Corte de Apelaciones para el Segundo Circuito de Estados Unidos, 1999.

71. “Martin Spier v. Calzanturificio Tecnica SpA”. Corte del Distrito Sur de Nueva York, 1999.

72. “Termorio S.A. ESP and Leaseco Group LL.C., Demandantes v. Electranta S.P.” Caso N° 06-7058, Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, mayo 25 de 2007.

73. MANTILLA-SERRANO, F., ob. cit., p. 34.

74. “Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S de R.L. de C.V. v. Pemex-Exploración y Producción”, (1:10-cv-00206-AKH), Corte de Distrito de Estados Unidos, Distrito del Sur de New York, 27 de agosto de 2013.

b) respetando el debido proceso; y c) tratándose de un fallo “auténtico”. Aunque se retorna al resultado de “Chromalloy”, se llega a través de un razonamiento distinto, es decir, no aplicando el Derecho interno más favorable en virtud del art. VII de la CNY (como lo hacen también los tribunales franceses, prescindiendo del contenido de la sentencia anulatoria), sino analizando el mérito –o falta del mismo– de la propia sentencia de anulación. Se trata de la primera vez en la historia de la jurisprudencia norteamericana –luego de las experiencias adversas de “Baker Marine” y “Termorio”– que se decide ejecutar un laudo anulado tomando como argumento la falta de mérito de la sentencia de anulación. En este caso, el juez americano determinó que el tribunal (judicial) mexicano aplicó de forma incorrecta y retroactivamente una norma posterior al contrato celebrado entre las partes (Ley de Adquisiciones y Obras de 2009, que prohíbe la arbitrabilidad de las rescisiones administrativas) que habría transformado al tribunal arbitral en incompetente, por inarbitrabilidad de la materia sometida a arbitraje.

Por último, cabe referenciar al caso “Castillo Bozo”,<sup>75</sup> acontecido unos meses antes que “Commisa”, a los efectos de reafirmar el retorno a la senda de la ejecución de los laudos anulados por la jurisprudencia norteamericana. Aquí, si bien el Juez de Distrito también procedió a confirmar y ejecutar un laudo anulado en Venezuela, lo hizo no en base al análisis del demérito de la sentencia anulatoria, ni mucho menos en base a la aplicación del Derecho norteamericano más favorable (art. VII de la CNY), sino directamente ignorando la existencia de la sentencia anulatoria (similar al caso “Pertamina” y, en cierta manera, al caso “Yukos”, que mencionamos *infra*) por no provenir de un tribunal competente (del país sede del arbitraje, que era Estados Unidos), sino Venezuela, un país en el cual el laudo no había sido dictado, ni cuyas leyes procesales se habían utilizadas para ello.

### C) Caso holandés

Holanda es otro país cuyos tribunales han sabido ejecutar laudos anulados. Por decisión del 18 de abril de 2009, la Corte de Apelaciones de Ámsterdam,<sup>76</sup> aplicando la CNY, concedió el *exequatur* a cuatro laudos que habían sido anulados por los tribunales competentes en Rusia.<sup>77</sup> Aunque la principal razón para no tener en cuenta la decisión de los tribunales rusos de anular los laudos fue haber considerado como demostrado que las decisiones de anulación fueron proferidas

75. “Juan José Castillo Bozo v. Leopoldo Castillo Bozo and Gabriel Castillo Bozo”, (1:12-cv-24174-KMW). Corte de Distrito de Estados Unidos, Distrito del Sur de Florida, 23 de mayo de 2013.

76. En decisión muy criticada por VAN DEN BERG en “Enforcement...”.

77. “Yukos Capital v. Rosneft”, caso N° 200.005.269/01. Corte de Apelaciones de Ámsterdam, 28 de abril de 2009.

por un tribunal parcial y falta de independencia, la Corte de Apelaciones hizo dos manifestaciones importantes, a saber: a) dejó sentado que la Convención se refiere exclusivamente al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales y no a las decisiones judiciales de anulación de dichos laudos (extremo que aparentemente no fue comprendido por la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia en el caso “Termorio”); b) expresó claramente que nada en la Convención obliga a los tribunales holandeses del *exequatur* a reconocer, sin más, las decisiones del juez de la anulación. En este caso, la Corte de Apelaciones expresó que la anulación del laudo por los tribunales rusos (parciales y faltos de independencia) va en contra del orden público holandés, y que por lo tanto dichas anulaciones deberán ser tenidas como inexistentes. Sin embargo, y como vemos que se desprende de los dichos de la Corte de Apelaciones, los tribunales holandeses, si bien en este caso reconocieron y ejecutaron los laudos anulados en Rusia, no siguen la línea de razonamiento de los tribunales franceses, es decir, no basaron su decisión en la CNY (art. V.1 o VII), sino en razones de orden público. Esto se confirmó recientemente en el fallo “Maximov v. Novolipetsky”<sup>78</sup> donde la Corte de Distrito de Ámsterdam rechazó el pedido de ejecución de un laudo anulado en Rusia sobre la base de que: “En el sistema de la Convención de Nueva York la autoridad competente (...) decide sobre la acción de anulación de los laudos arbitrales. De regla, los tribunales del país donde se busca la ejecución, no deberían revisar esa decisión. El punto de partida es que el laudo ha sido anulado por la autoridad competente en Moscú, y por tanto no existe más como tal. En principio, esta decisión (confirmada por la Corte Federal de Apelaciones de Moscú) debe ser respetada. Decimos en principio, porque esta Corte considera que el sólo hecho de que un laudo haya sido anulado en el país de origen no implica el rechazo automático de la ejecución (...). La Convención permite a los tribunales del país de la ejecución, delimitar su propio orden público (art. V.2. (b)) (...). Esta Corte únicamente se negará a reconocer la decisión de los tribunales de Moscú, si el reconocimiento de la decisión de anulación conllevara una violación al orden público holandés, por ejemplo, porque la sentencia anulatoria fue fruto de un procedimiento que no se ajusta a los estándares holandeses del debido proceso”.

En suma, la posición holandesa, a pesar de lo que algunos sostienen por haber ejecutado los cuatro laudos anulados en “Yukos”, dista mucho de asemejarse a la francesa, o a la estadounidense de “Chromalloy”. El principio general para los tribunales holandeses es la no ejecución de los laudos anulados en origen, salvo que dicha anulación no pueda ser reconocida en Holanda, por razones de orden público. Únicamente de ser este el caso, no existiría, para los tribunales holandeses, anulación y, por tanto, procedería la ejecución.

78. Del 17 de noviembre de 2011, LJN: BV5646.

## V. CONCLUSIÓN: HACIA LA EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS ANULADOS

Como hemos podido apreciar, Francia por un lado, Holanda por otro, y Estados Unidos en el medio, constituyen el panorama de los países que han ejecutado laudos anulados. La solución francesa de deslocalizar el laudo, no dándole importancia alguna a la anulación y aplicando directamente su derecho nacional, es completamente opuesta a la deferencia excesiva que otorgan las jurisdicciones holandesas y, en algunos casos, las norteamericanas, a las decisiones de anulación, otorgándole un efecto extintivo *erga omnes*.

A los efectos de lograr una solución uniforme, el Profesor Paulsson<sup>79</sup> propone distinguir entre lo que él llama los “estándares locales de anulación” (LSA por su siglas en inglés), de los “estándares internacionales de anulación” (ISA por su sigla en inglés). El primer concepto, lo utiliza para ilustrar los casos en que un laudo es anulado por razones que no son internacionalmente aceptables, sino meramente locales, como por ejemplo, la anulación de un laudo sólo por el hecho de que no esté firmado por alguno de los árbitros. Cuando el juez de la ejecución se encuentra ante un laudo anulado por un “estándar local de anulación”, será su deber prescindir de dicha decisión. El segundo concepto (“estándares internacionales de anulación”), lo utiliza Paulsson para referirse a las primeras cuatro causales para denegar la ejecución de laudos extranjeros del art. V.1 de la CNY (obviamente excluye la causal de que habla de los laudos anulados como causal de denegación de ejecución) y a las causales del art. 36.1(a) de la Ley Modelo. Todo lo demás, sería un “estándar local de anulación”, y por tanto no deberá ser tomado en cuenta por el juez del lugar de la ejecución. Notemos que, al igual que señalamos *supra* en este trabajo, Paulsson deja fuera de los “estándares internacionales de anulación” las causales referentes a la inarbitrabilidad de la cuestión y al orden público. Esto es lógico, dado que, como mencionamos, se trata de conceptos puramente locales: lo que no es materia arbitrable en un país, puede serlo en otro, y viceversa. Lo mismo ocurre con el concepto de orden público.

Compartimos la inteligente propuesta del Profesor Paulsson. El sistema actual de doble control unidireccional ha demostrado numerosas falencias y un gran desequilibrio en favor del peso de la declaración de nulidad por sobre la petición de ejecución. Esto no puede ni debe ser así. Entendemos que lo ideal sería prescindir –o mejor dicho eliminar– la instancia de “control primario” –acción de nulidad– de los jueces nacionales de la sede y centrar toda la atención en una única instancia de revisión del laudo –que vendría a ser la instancia actualmente llamada de “control secundario”– en el país donde dicho laudo pretende ser ejecutado. Esto debido a que estimamos que el verdadero control del laudo debe ser ejercido por el juez de

79. PAULSSON, J., ob. cit., p. 291.

aquel país donde el laudo desplegará sus efectos. Este juez —el del *exequatur*— es quien tiene el deber de defender las leyes y proteger al orden público de su país, ante la eventual ejecución de un laudo que vaya en contra de los mismos. No vemos justificación en cambio, para que el juez de la sede pueda tomar cartas en un asunto que de ninguna manera puede afectar al país cuyas leyes y orden público debe protección. Para colmo, la situación se agrava cuando, a dicha declaración de nulidad, se le asigna el efecto *erga omnes* de cosa juzgada que, como vimos, muchas de las más importantes jurisdicciones en materia arbitral apoyan,<sup>80</sup> así como influyentes autores en la materia.<sup>81</sup>

Sin embargo, y como la apreciación de la realidad nos obliga, debemos admitir que, al menos en el corto y mediano plazo, será casi imposible transformar la mentalidad de los legisladores y de la jurisprudencia internacional, persuadiéndolos de las ventajas de eliminar el recurso o acción de nulidad, y concentrar el control del laudo en un solo procedimiento, dotado con todas las garantías, en el lugar donde dicho laudo pretenda ser ejecutado. Estimamos que el principal obstáculo para que dicho cambio de mentalidad se produzca es el hecho de concebir a la sede desde el punto de vista de la tesis territorialista, es decir, como una especie de “jurisdicción municipal del foro”, en donde los tribunales nacionales deben supervisar el correcto funcionamiento de los aspectos procesales del arbitraje y, por tanto, tendrán el poder, al final del proceso arbitral, de confirmar o anular el laudo.

Por tanto, y mientras este cambio evolutivo no ocurra, estimamos que la mejor manera de garantizar la validez y la circulación efectiva de los laudos dictados en el marco de un arbitraje comercial internacional es que los jueces del país de la ejecución prescindan, tomando en cuenta los “estándares locales e internacionales de anulación”, del resultado del juicio de nulidad del laudo. El control del mismo en sede de ejecución debe ser independiente y no estar vinculado por las razones —por lo general basadas puramente en el derecho de la sede— de una eventual anulación del laudo. Por supuesto que esto debe jugar para ambos lados, es decir, tampoco el hecho de que un laudo haya sido confirmado en la sede vinculará a los tribunales nacionales del lugar de la ejecución —tal como ocurre en la actualidad—. Lo dicho equivale a establecer un verdadero sistema de “doble control”, no de carácter unidireccional, ni tampoco dependiente el uno del otro, sino al mejor estilo “primera instancia” (juicio de nulidad) y “segunda instancia” (procedimiento de *exequatur*), lo cual significará, sin duda, un paso evolutivo respecto del actual sistema de “doble control unidireccional”, en donde la declaración de nulidad vincula al juez de la ejecución, pero no a la inversa (salvo en honrosas jurisdicciones como Francia).<sup>82</sup>

80. Como Estados Unidos, Inglaterra y Holanda, entre otras.

81. Como Albert J. van den Berg, Jean-François Poudret, entre otros.

82. “Las sentencias dictadas en un procedimiento de anulación, a semejanza de las dictadas en

Para finalizar, hago más las palabras de Thomas Clay: “Allí donde un Jean François Poudret o un Albert Jan van den Berg vilipendian la originalidad del derecho francés del arbitraje internacional, se puede también ver su grandeza, su espíritu innovador y, vayamos más allá y digámoslo, su genio. Hay de hecho algo extraordinario para un derecho nacional: el hecho de defender y promover una concepción del arbitraje verdaderamente internacional, a-nacional”.<sup>83</sup>

## BIBLIOGRAFÍA

- CAIVANO, Roque J., *Control Judicial en el Arbitraje*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011.
- CLAY, Thomas, “La importancia de la sede del arbitraje en el arbitraje internacional: ¿Es todavía relevante?”, en MANTILLA-SERRANO, Fernando (ed.) *Arbitraje internacional. Tensiones actuales*, Bogotá, Legis, 2007, t. 1.
- CORDÓN MORENO, Faustino, *Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*, Cizur Menor, Aranzadi, 2010.
- CORREA ÁNGEL, Diana, “El Reconocimiento y la ejecución de un laudo internacional anulado en el país de la sede arbitral”, en *Revist@ e-Mercatoria*, vol. 7, n° 2, 2008, consultado en [<http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN7/PDF02/reconocimiento.pdf>] el 5/5/2013.
- DONOVAN, Donald F. y PRAGER, Dietmar W., “El impacto del artículo VII”, en TAWIL, Guido S. y ZULETA, Eduardo (ed.), *El Arbitraje comercial internacional. Estudio de la Convención de New York con motivo de su 50° aniversario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.
- GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco, *Ejecución en México de Laudos Anulados en el extranjero*, consultado en [<http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/EJECUCION%20LAUDOS%20ANULADOS.pdf>] el 5/5/2013.
- KOCH, Christopher, “The Enforcement of Awards Annulled in their Place of Origin. The French and U.S. experience”, en *Journal of International Arbitration*, vol. 26, n° 2, Kluwer Law International, 2009.
- MALINVAUD, Carole, “Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales anulados. La experiencia francesa”, en TAWIL, Guido S. y ZULETA, Eduardo (ed.), *El Arbitraje comercial internacional. Estudio de la Convención de New York con motivo de su 50° aniversario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.

---

procedimientos de exequátur, no producen efectos internacionales, ya que ellas no se refieren más que a una facultad soberana sobre el territorio en el cual se ejerce”. *Courd'Appel de Paris, 29/9/2005*, en *Direction Générale de l'aviation civile de l'Emirat de Dubai v. Société Internationale Bechtel*.

83. CLAY, Thomas, ob. cit., p. 206.

- MANTILLA-SERRANO, Fernando, “Algunos apuntes sobre la ejecución de los laudos anulados y la Convención de Nueva York”, en *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n° 15, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2009.
- MOSES, Margaret L., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Nueva York, Cambridge University Press, 2012.
- MOURRE, Alexis, “May or must? Las causales de no reconocimiento de los laudos previstas en el artículo V de la Convención de Nueva York, ¿Son ellas facultativas?”, en TAWIL, Guido S. y ZULETA, Eduardo (ed.), *El Arbitraje comercial internacional. Estudio de la Convención de New York con motivo de su 50° aniversario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.
- PAULSSON, Jan, “Enforcing arbitral awards notwithstanding a local standard annulment (LSA)”, en *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 9, n° 1, Paris, ICC Services, 1998.
- REDFERN, Alan, HUNTER, Martin, BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, Avellaneda, La Ley S.A.E. e I., 2007.
- VAN DEN BERG, Albert J., “Enforcement of Annulled Awards?”, en *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 9, n° 2, Paris, ICC Services, 1998.
- VAN DEN BERG, Albert J., “Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia: case comment on Court of Appeal of Amsterdam, April 28, 2009”, en *Journal of International Arbitration*, vol. 27, n° 2, Kluwer Law International, 2010.

# ENSAYOS



## LA COSTUMBRE EN EL DERECHO INTERNACIONAL (Precedentes judiciales del derecho interno como medios de prueba)\*

KEVIN KILLIAN\*\*

**Resumen:** En presente trabajo se exponen los resultados de una investigación, que tiene por objetivo, demostrar la influencia que poseen los precedentes jurisprudenciales internos, para constatar la existencia de una costumbre en el derecho internacional. En virtud de ello se propone asentar un reconocimiento, respecto del valor probatorio que pueden adquirir las sentencias nacionales, consideradas como parte de la expresión de la conciencia jurídica de los Estados. Cuando las resoluciones jurídicas de carácter doméstico presenten una analogía evidente con el desarrollo normativo-consuetudinario en el plano internacional, la invocación de dichas sentencias deviene necesariamente vinculante, en razón de la preponderancia de los órganos de los cuales emanan.

**Palabras clave:** costumbre internacional – sentencias internas – elemento de prueba – obligaciones de los estados – análisis jurisprudencial.

**Summary:** In this paper the results of an investigation aimed exposed, is showing the influence that domestic case law has to determine the existence of customary international law. In light of this it is proposed to settle an acknowledgment regarding the evidentiary value can national judgments acquire, considered as a part of the expression on the legal consciousness of States. When the legal decisions of domestic character present an obvious analogy with the development of customary-law-normative at an international level, reliance on such statements necessarily becomes binding, because of the preponderance of the bodies which issue.

**Keywords:** international custom – international sentences – test item – obligations of states – jurisprudential analysis.

\* Recepción del original: 16/09/2014. Aceptación: 26/11/2014.

\*\* Estudiante de Abogacía (UBA).

El presente Trabajo de Investigación, surge como resultado de mi cursada en la materia “Las Fuentes del Derecho Internacional”, curso reconocido como orientado a la investigación, a cargo de la Prof. Claudia G. Gasol Varela (*Cátedra: Prof. Dra. Lilian del Castillo*).

Agradezco a los integrantes de la Cátedra, tanto por el incentivo a la investigación académica, como por sus comentarios críticos respecto de este ensayo. Asimismo agradezco a la Licenciada Luisa Royano por sus sinceras observaciones.

## I. INTRODUCCIÓN

*“La costumbre ha pasado a constituir hoy una forma más de creación voluntaria y consciente de normas internacionales, como lo son los tratados...”<sup>1</sup>*

En la primera sección de este trabajo se llevará a cabo un estudio focalizado en la costumbre como fuente del derecho internacional, haciendo énfasis en los distintos aspectos que refieren al surgimiento de la costumbre, su ubicación y relevancia dentro de la clasificación general de las fuentes del derecho internacional, así como a las distintas modalidades a través de las cuales puede manifestarse la fuente consuetudinaria para derivar en la creación de normas jurídicas. Una vez efectuado el desarrollo de las mencionadas consideraciones, me avocaré a un desarrollo analítico, referido a la premisa que constituye al objeto principal de este trabajo de investigación: La realización de un análisis valorativo de la jurisprudencia interna, y la demostración del efecto jurídico y la importancia fáctica que ella posee, a los fines de constatar la existencia de una costumbre internacional.

Para comenzar con el estudio de la costumbre, resulta conveniente esbozar una noción correspondiente a las fuentes del derecho en general, para luego a partir de ello poder interpretar la fuente que hace al desarrollo de este trabajo en particular y poder comprender el rol fundamental que cumple en la conformación del derecho internacional. Explica Llambías (a modo ejemplificativo) al referirse a la palabra “fuente”, que en su primera acepción alude a un manantial de donde surge o brota el agua de la tierra, pero en lo que concierne al carácter jurídico de la palabra, que es el que aquí nos interesa, *se utiliza el término en un sentido figurativo para designar el origen de donde proviene eso que llamamos “derecho”*;<sup>2</sup> en los mismos términos se expresan Lévy-Bruhl<sup>3</sup> y Ruiz Moreno; este último al referirse al concepto de *fuentes* incorporado por nuestra Corte Suprema.<sup>4</sup> En virtud de lo anterior resulta de gran importancia determinar cuáles son aquellos medios mediante los cuales se elabora

1. BARBERIS, J., *Formulación del derecho internacional*, Buenos Aires, Ábaco, 1994, p. 68.

2. LLAMBÍAS, J. J., *Tratado de Derecho Civil: parte general*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, t. I (Nociones fundamentales, personas), pp. 45-46. Menciona el destacado jurista, que con el objetivo de expresar con una mayor exactitud, aquello a lo que se quiere hacer referencia con la palabra “Fuente”, resulta conveniente utilizar la denominación “medios de expresión del derecho”. Partiendo de la base de un entendimiento del derecho como aquel “orden social justo” cuyo núcleo expansivo se reconoce como “derecho natural”, en virtud del cual se deduce y construye el derecho positivo, en relación a las circunstancias sociales y necesidades del establecimiento de un orden determinado.

3. LÉVY-BRUHL, H., *Sociología del derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 1964, p. 21.

4. RUIZ MORENO, I., *El derecho internacional público ante la Corte Suprema*, Buenos Aires, EUDEBA, 1970, p.8.

o se constituye el derecho. Habiendo incorporado estas ideas de valor conceptual y fundacional, nos adentramos en la teoría de las fuentes del derecho, concentrando el análisis en el sistema jurídico internacional.

En respuesta a la influencia de la escuela francesa de la Exégesis, durante el siglo XIX se reputaba a la ley como única fuente de derecho admitida, es decir, únicamente se podía acudir de manera subsidiaria a otras fuentes, en tanto se contemplara la existencia efectiva de lagunas legales. Entre aquellas fuentes alternativas que podían utilizar los juristas para compensar las imperfecciones en los alcances de la ley escrita, se podía recurrir a la costumbre.<sup>5</sup>

Entre los estudios doctrinarios internacionalistas que se difundían a lo largo del siglo XX, existían distintas concepciones en torno a la noción de “fuentes del derecho internacional”. En relación a ello, menciona el doctrinario Charles Rousseau, de qué manera, dependiendo de la noción que se adoptara respecto de la naturaleza del derecho de gentes, algunos autores se posicionaban dentro de una concepción *Positivista* para considerar las fuentes, según la cual la única fuente del derecho internacional podía derivarse de un acuerdo de voluntades, sea mediante forma expresa (en el caso del tratado), o tácitamente, (en cuyo caso se estaría en presencia de la costumbre). Por su parte, la concepción *Objetivista* reparaba en distinguir entre las fuentes creadoras como verdaderas fuentes del derecho internacional, y las fuentes formales, las cuales no crean el derecho sino que se limitan a formularlo, dentro de estas se encuentran los tratados y costumbres, los cuales no clasificarían como modos de creación sino como “modos de verificación” del derecho internacional.<sup>6</sup>

Un antecedente de importancia, en lo que hace a la consideración de la costumbre entre las fuentes principales del derecho de gentes, se puede apreciar en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, incorporado a la carta de Naciones Unidas en el año 1945.<sup>7</sup> El texto referente a dicho documento, expresa

5. LLAMBIAS, J.J., ob. cit., p.44.

6. ROUSSEAU, C., *Derecho internacional público*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 27-28. A criterio del autor, conviene privilegiar el uso de la denominación “fuentes” del derecho internacional para las fuentes formales, según la clasificación objetivista, en tanto las fuentes materiales suponen un carácter extrajurídico que tienen su origen en la sociología jurídica o de las filosofías del derecho, resultando subyacentes al derecho positivo. Si bien considera que las únicas fuentes que deben considerarse en el orden positivo son las fuentes formales ya que únicamente aquellas poseen un valor efectivo de aplicación, al mismo tiempo señala a las fuentes formales como únicas fuentes propiamente dichas; haciendo referencia al tratado y la costumbre como las fuentes formales de mayor importancia. Es de destacar el contraste respecto de las doctrinas contemporáneas que efectúan una valoración más amplia, en lo que refiere a los modos de conformación del derecho internacional, dando lugar a una admisión más amplia de hechos o procedimientos dentro de la categoría de “fuentes del derecho internacional”.

7. ROUSSEAU, C., ob. cit., p. 29. El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de 1945 hace alusión expresa a las disposiciones establecidas el 16 de diciembre de 1920 en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, fecha en la cual ya se posicionaba conceptualmente a la

en su apartado II, que será de aplicación de La Corte: “la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”.<sup>8</sup>

Es en el año 1983 que nuestra Suprema Corte reconoce en su jurisprudencia el carácter dispositivo de las normas consuetudinarias en el ordenamiento jurídico nacional, comenta Del Castillo que “Así lo declaró en repetidas oportunidades en sus decisiones (...) para referirse a las normas que integran como ‘prácticas del mundo civilizado’, ‘Principios universalmente consagrados en el Derecho Internacional Público’ (...)”.<sup>9</sup>

Se comprende la importancia de la costumbre como reconocida fuente del derecho internacional, y en tanto primera manifestación del derecho positivo, del cual han derivado originariamente la mayor parte de los principios internacionales. Un ejemplo de ello es el caso de la guerra marítima, derecho que se ha regido por decenas de años por la costumbre, a pesar de los esfuerzos realizados internacionalmente para concretar una codificación.<sup>10</sup> Respecto de que aquellas reglas que se encuentren en cumplimiento con las condiciones para ser consideradas como costumbre, podemos afirmar en este análisis, que poseen la misma fuerza obligatoria que un principio estipulado en un tratado. En lo que refiere a las mencionadas “condiciones” necesarias para que una regla adquiera la fuerza obligatoria de una costumbre, nos detendremos a continuación.

## II. PARTICULARIDADES DE LA COSTUMBRE EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Luego de una introducción al tema objeto de estudio, podemos comenzar a profundizar en las características que expresa el fenómeno de la costumbre en el derecho internacional. En esta sección veremos, como de aquellas normas cuyos procedimientos de origen poseen naturaleza consuetudinaria, emana un conjunto

---

costumbre como fuente del derecho aplicable por la Corte. A su vez se menciona como antecedente al artículo 7 de la Convención de la Haya del 18 de octubre de 1907 que instituye a la Corte Internacional de Presas, que no llegó a entrar en vigor; no se obtiene de dicho texto un reconocimiento preciso del valor de la costumbre en tanto fuente, sino dentro de una categoría subyacente a los tratados, surgiendo de aquel texto que “En ausencia de tales estipulaciones la Corte aplica las reglas del derecho internacional”. Rousseau aprecia dicha clasificación como una enumeración de fuentes con orden de autoridad decreciente; discriminación que no se advierte en el Estatuto de la Corte del año 1945 que no establece jerarquía alguna entre las fuentes que enumera.

8. Art. 38 inc. c), *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*.

9. DEL CASTILLO, L., *El derecho Internacional en la Práctica Argentina*, Buenos Aires, Errepar, 2012, p. 5.

10. ANTOKOLETZ, D., *Tratado de derecho internacional público, en tiempo de paz y en tiempo de guerra*, Buenos Aires, La Facultad, 1938, pp. 35-36.

de derechos y obligaciones que recaen sobre los Estados de la comunidad internacional; pero estos últimos no siempre resultan abarcados por la costumbre internacional, ya que ello dependerá de la postura que se haya adoptado por parte de cada Estado, en relación al surgimiento de dicha costumbre.

La costumbre se ubica entre las fuentes principales del derecho internacional, pudiendo mencionarse como medios auxiliares a la jurisprudencia y la equidad, en el sentido de que no constituyen estas últimas, procedimientos de generación directa y efectiva de normas jurídicas en el derecho internacional. Es por ello que únicamente pueden funcionar como medios auxiliares de interpretación o complementación del razonamiento de los magistrados al momento de dictaminar, facilitando el trabajo para la verificación de la existencia de una norma. Se presenta el caso particular de la Equidad "*ex aequo et bono*" como posibilidad de otorgar el carácter específico de fuente principal a una fuente de naturaleza subsidiaria (la equidad), para el caso de mediar el consentimiento de los estados, lo cual surge expresamente del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, pero cuyo análisis no está incluido dentro del objeto de estudio de este trabajo.

En cuanto a la conceptualización jurídica de la costumbre, se suele aludir a la misma como: La existencia de una práctica reiterada y con carácter uniforme, llevada a cabo por sujetos del derecho internacional público, con la convicción de que se está realizando en el marco de cumplimiento de una norma jurídica. Destaca Verdross, que únicamente se reconocen con la denominación de "Costumbre" aquellas normas aplicables que en virtud de su carácter consuetudinario hayan sido "aceptadas como derecho" por la práctica de los Estados.<sup>11</sup>

Si nos detenemos en el artículo 38, al que se hizo referencia en la introducción, veremos que no se menciona un plazo específico para la conformación de una costumbre, en virtud de lo cual, surge como principio implícito de la norma, que una costumbre internacional no precisa de una extensión determinada, en lo atinente a su consolidación y posible aceptación por los estados como costumbre; sino que puede llegar a constituirse rápidamente. La jurisprudencia también se ha expresado en este sentido, un ejemplo claro de ello es la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el conflicto relativo a la plataforma continental del Mar del norte. En esta oportunidad, la corte se pronuncia en referencia a los elementos necesarios para que una regla convencional sea considerada como regla general de derecho internacional, requiriéndose para ello que: "aun cuando no haya transcurrido un largo periodo de tiempo, haya una participación amplia y representativa de los Estados partes en la Convención (...). Si bien no es necesario que haya pasado un largo período de tiempo para que se forme una nueva regla de derecho internacional consuetudinario a partir de una regla internacional convencional, es indispensable que en ese lapso,

11. VERDROSS, A., *Derecho internacional público*, Madrid, Aguilar, 1957, p. 90.

por más breve que sea, la práctica de los Estados, entre los que se comprendan los que están particularmente interesados, haya sido frecuente y prácticamente uniforme en el sentido de la disposición invocada”.<sup>12</sup>

Por su parte, Rousseau hace referencia al reconocimiento de las “actitudes” de los Estados, concentrando la atención en aquellas manifestaciones efectivas que emanan de los órganos facultados con la finalidad de establecer relaciones internacionales con otro u otros Estados. Menciona el autor “La costumbre internacional resulta de una actitud tomada por un Estado en sus relaciones con otro, actitud determinada por una convicción de derecho y aceptada con el mismo espíritu por el Estado con respecto al cual fue adoptada”.<sup>13</sup> En esta definición se encuentran los caracteres que hacen esencialmente a la definición de la Costumbre internacional, en tanto se deriva de ella ***la necesidad de existencia de una conciencia mutua por parte de los Estados, entre los cuales se realiza la práctica, referida a la perpetración de hechos o reconocimiento de actitudes responsables que determinan el surgimiento de la costumbre*** (el destacado me pertenece). El fundamento de la costumbre se encuentra en la vida social y en las exigencias de la vida internacional. Podemos entonces distinguir los elementos principales que hacen a la constitución de la Costumbre como fuente del derecho internacional:

- a) En una primera instancia nos concierne mencionar al elemento material de la costumbre, el cual supone la expresión de una práctica común y reiterada que resulta de la repetición de actos concluyentes. Este elemento supone un patrón uniforme en la realización de las conductas, es decir, no deben existir alteraciones sustanciales con relación a los hechos anteriores; se requiere de una representación no interrumpida del hecho o hechos que configuran la costumbre. Como ya se mencionó en referencia a la duración de la práctica, no es indispensable aquel “largo uso” al que hacían referencia los canonistas, estableciendo (por ejemplo) un plazo mínimo de 10 años para la conformación de las costumbres “*praeter legem*” y un plazo de 40 años para las costumbres “*contra legem*”.<sup>14</sup> Dentro de la doctrina Argentina, Llambías propone un fundamento jurídico, en virtud del cual se comprende una carencia de necesidad en el establecimiento de un lapso de tiempo específico, para

12. Corte Internacional de Justicia, *Asunto relativo a la plataforma continental del Mar del Norte, República Federal de Alemania c. Dinamarca y los Países Bajos*, sentencia del 20 de febrero de 1969, citado por DRNAS DE CLÉMENT, Z., *Derecho internacional público: casos prácticos*, Córdoba, Lerner, 1995, pp. 94-103.

13. ROUSSEAU, C., ob. cit., p. 96.

14. LLAMBÍAS, J. J., ob.cit., p. 62.

considerar como válida la existencia de una costumbre: “En razón de la misma espontaneidad de la formación de esta regla jurídica, no ha de esperarse que pueda predeterminarse el proceso de constitución de la costumbre (...) la imposición de plazos es una tentativa de sujetar a la reflexión del hombre, lo que por su naturaleza es espontáneo y no racional: de ahí que para reputar como constituida una ‘costumbre’ haya que acudir a la consulta de los datos sociales que permitan verificar la existencia de una norma consuetudinaria independientemente de la mayor o menor duración de la práctica de que se trate.<sup>15</sup> El precedente de una costumbre, ya sea positivo o negativo (pudiendo tratarse tanto de una acción como de una omisión) debe cumplir en todos los casos con los requisitos de continuidad y generalidad; de lo contrario no será considerado como **hecho o conducta ‘generadora de la fuente’** (el destacado me pertenece)”.

En lo referente a la generalidad de la costumbre en el espacio, dicho aspecto no solo supone la continuidad de una práctica, sino que debe tratarse de una práctica común; Rousseau explica que la lógica doctrinaria descarta la exigencia de unanimidad para considerar únicamente al consentimiento de “aquellos estados que se encontraron en situación de tener que aplicarla y la ausencia de protesta por parte de los demás”.<sup>16</sup>

- b) En segundo lugar haremos referencia al elemento *Psicológico* de la costumbre, el cual supone, que la mencionada existencia de una práctica de realización constante, debe llevarse a cabo con un nivel de conciencia que refleje la obligatoriedad en la realización de la misma, es decir lo que se conoce como la “*opinio iuris*” u “*opinio iuris sive necessitatis*”.<sup>17</sup> Rousseau lo plantea en el sentido de que la conducta consuetudinaria en cuestión, debe ser aceptada como derecho en correspondencia directa a

15. LLAMBIAS, J. J., ob. cit., p. 63. resulta interesante en este sentido la consideración efectuada por el autor respecto del elemento material de la costumbre; ya que si bien pretende con ello explicar la percepción conceptual que hace a una de las fuentes del derecho interno en la República Argentina, la claridad y objetividad de la explicación permiten una analogía en el análisis, que posibilita la comprensión de aquella carencia de necesidad en el establecimiento de un plazo fijo o determinado para condicionar la existencia de la costumbre.

16. ROUSSEAU, C., ob. cit., p. 98.; Menciona el autor que corresponde distinguir entre aquellas costumbres generales o universales (de reconocimiento general por la comunidad de los Estados) y aquellas costumbres regionales (en cuyo caso las repercusiones de una costumbre establecida solo afectan a los Estados que la reconocieron a través de una práctica constante de la misma.); correspondiendo siempre al estado que invoca la costumbre aportar los elementos que resulten necesarios para probar su existencia.

17. VERDROSS, A., ob. cit., p. 89. Se propone a modo de ejemplo que la utilización regular de papel blanco para las notas diplomáticas no da lugar a una costumbre internacional por no existir la conciencia jurídica correspondiente.

una necesidad jurídica.<sup>18</sup> Podemos interpretar la “*opinio iuris*” como a un estado de consciente obligatoriedad en relación al cumplimiento de ciertas reglas, por las cuales los Estados deciden regir sus relaciones particulares en la relación de derecho internacional de que se trate. En coincidencia, Verdross refiere a la percepción expresa de “una *practique générale acceptée comme étant le droit*”,<sup>19</sup> haciendo con ello alusión al aspecto decisivo que implica la valoración de la norma jurídico-internacional consuetudinaria por los estados involucrados. Por su parte, Julio Barberis menciona que aquella percepción de la “*opinio iuris*” como conciencia de obligatoriedad que hace al elemento psicológico de la costumbre, no recibe una aceptación unánime por parte de la doctrina; ya que incluso parte de ella ha llegado a afirmar que la “*opinio iuris*” no desempeña ningún papel de importancia en el proceso de formación de la costumbre.<sup>20</sup> Aunque desde la postura adoptada por la mayoría de la doctrina, en el sentido de valorar como indispensable el carácter funcional de la “*opinio iuris*”, de manera que la costumbre se constituya en una fuente autónoma del derecho internacional, no resulta contradictoria la existencia efectiva de una norma al momento de conformación de la costumbre, debido a que no se exige como requisito la existencia efectiva de una norma *sino la creencia de que ella existe por parte de los sujetos que desarrollan dicha práctica*: “La “*opinio iuris*” resulta definida

18. ROUSSEAU, C., ob. cit. De no existir este elemento, se estaría en presencia de una costumbre no obligatoria, o de una mera practica de cortesía internacional, no así de una regla consuetudinaria.

19. VERDROSS, A., ob. cit., pp. 90-91. A diferencia de los Tratados como fuente, cuya consideración como fuentes depende del consentimiento expreso por las partes, en el caso de las normas internacionales consuetudinarias, la exigencia se limita a la constatación de una práctica general fundada en la conciencia de su obligatoriedad. El autor menciona que, en virtud de ello, el Derecho internacional consuetudinario vincula también a aquellos estados que no existían al momento del reconocimiento de una costumbre determinada. Una vez establecida una norma consuetudinaria internacional, solo puede ser alterada por una modificación general de la conciencia jurídica y no por la simple variación del comportamiento de los distintos Estados que se encuentran bajo las reglas de una costumbre asentada.

20. BARBERIS, J., ob. cit., p. 92. En particular este tipo de postura crítica, en cuanto a la necesidad del elemento psicológico como elemento constitutivo, tiene sus raíces en la lógica kelseniana y en las doctrinas cuyos razonamientos devienen de los principios sentados por la *teoría pura del derecho*. Siguiendo a esta crítica, el error visceral que se encuentra en la valuación del elemento psicológico, reside principalmente en que: los sujetos que llevan a cabo la práctica, deben generar una conciencia respecto de una norma que en realidad no existe; sumado a lo cual resulta casi imposible suministrar una prueba relevante para acreditar la existencia de una conciencia psicológica en la realización de una conducta por parte de un Estado o demás sujetos del derecho internacional.

- por la actitud interna de aquellos que cumplen con una práctica, no por imitación sino por considerarla como pauta o regla general”.<sup>21</sup>
- c) También estimo pertinente hacer una mención del carácter evolutivo que supone la práctica consuetudinaria, lo cual le otorga una conveniente capacidad para adaptarse de manera flexible a las situaciones concretas y a las necesidades socio-temporales en que se genere dicha práctica, en relación a una actividad o relación jurídica entre Estados. Esta posibilidad de transformación, supone una característica particular de la costumbre, sin la cual no contribuiría a la vinculación del perfeccionamiento del derecho con las creencias, valoraciones y necesidades también mutables de los Estados, en el campo del derecho internacional. En virtud de ello, y en relación al efecto jurídico de la costumbre, explica el constitucionalista argentino Bidart Campos, que ella posee una poderosa virtualidad para hacer caer la vigencia sociológica de las normas escritas a las que se opone, incluso de las normas constitucionales de un Estado.<sup>22</sup> El sociólogo parisense Levy-Bruhl, refiere a esta virtud creadora de la costumbre como “un fenómeno de carácter general y universal”.<sup>23</sup>

### III. LA VALORACIÓN DE LAS PRÁCTICAS ESTATALES

Como último paso, antes de concentrarnos a modo exclusivo sobre el examen de las sentencias domesticas de los Estados, y en la relevancia de las mismas como elementos capaces de evidenciar la existencia de una costumbre internacional; haré una mención de aquellas cuestiones que hacen a la validez y aplicabilidad de la costumbre. Para ello es esencial destacar la relevancia de las prácticas estatales en el marco internacional. En lo referente a la hipótesis de este trabajo, considero que las resoluciones judiciales internas de un Estado se encuentran sin dudas dentro de las expresiones de mayor preponderancia, en tanto permiten percibir la valoración

21. BARBERIS, J., ob. cit., p. 97. se considera que una costumbre es jurídica a partir de la reacción que se genera en una comunidad como respuesta al incumplimiento sobre dicha regla jurídica. Coincido en el sentido de que, el contenido sancionatorio plasmado sobre aquella conducta que resulte antijurídica, puede revestir la utilidad para revelar cuál es el grado de interiorización que posee una comunidad respecto de la obligatoriedad de una conducta; pudiendo acarrear similares consecuencias jurídicas el incumplimiento de una regla consuetudinaria que la violación expresa de una norma jurídica.

22. BIDART CAMPOS, G. J., *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 203. Debe aclararse en cuanto a la pérdida de vigencia sociológica, que si bien priva de eficacia y aplicación a la norma afectada por una costumbre, dicha la norma se mantiene intacta en el orden normológico de la constitución. No supone por lo tanto, un efecto derogatorio.

23. LÉVY-BRUHL, H., ob. cit., p. 23.

jurídica de un Estado, en un momento dado, y respecto de situaciones jurídicas determinadas. Dichas sentencias no son sino una de las modalidades de expresión mediante actos internos, a través de los cuales los Estados pueden manifestarse; y nada obsta a una funcionalidad de dichos actos para constatar la existencia de reglas jurídicas consuetudinarias, como veremos luego, en la sección de análisis jurisprudencial.

Los elementos constitutivos de la costumbre, no solamente deben manifestarse de modo concurrente, deben también emanar de “aquellos órganos o agentes del sujeto del derecho internacional con capacidad de generar normas jurídicas, que estén ejerciendo prerrogativas del poder público”.<sup>24</sup> Además de ello es indispensable que las conductas que emanan de dichos órganos vayan dirigidas a otro sujeto del Derecho internacional Público que también goce de la capacidad de generar reglas de derecho. En este contexto, el sujeto o sujetos que receptan la conducta, se encuentran obligados a efectuar una manifestación. De otro modo, su silencio implicaría un consentimiento tácito en relación a la regla jurídica que se percibe. Lo cual nos trae a colación el concepto de la “Aquiescencia”, de trascendencia en la práctica del derecho internacional. Palabra que en nuestro idioma encuentra como sinónimo a la “aprobación o el consentimiento”, y que posee un origen del latín *acquiescentia* que es la calidad del *acquiescentis*, participio del presente del verbo *acquiescere*. Este verbo es un prefijado de “*Ad + quiescere*” (reposar, descansar) que desarrolla el significado de estar tranquilo con algo y por lo tanto estar de acuerdo, consentir en ello tranquilamente.<sup>25</sup> Es de relevancia la comprensión de este término, ya que su invocación puede ser determinante a la hora de interpretar la incorporación de una costumbre por parte de un Estado. En este sentido, el efecto que emana del silencio de un Estado, respecto a la realización de una conducta, que haya generado una expectativa jurídica en otros Estados, es idéntico al efecto que hubiese causado la aceptación de una regla jurídica por el primer Estado. Para el caso en que un Estado quiera oponerse a la constitución de una regla consuetudinaria, debe hacerlo desde el momento en que dicha costumbre comienza a tomar forma, lo cual se conoce a nivel doctrinario como el “objeto persistente”, entendiéndose mediante dicho término a la postura o posición que adopta un Estado, respecto de la realización de determinados actos por parte de uno o varios estados distintos. Argumenta Gutiérrez Posse: “Si aquel, o aquellos, a quienes se dirige la conducta no concuerdan en que a partir de este acto unilateral se genere una regla de derecho han de protestar expresa

24. GUTIERREZ POSSE, H., *Guía general para el conocimiento de los elementos del derecho internacional público*, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 29.

25. Etimología General, *Diccionario de la Real Academia Española-22ª Edición-2001*, consultado en [<http://etimologias.dechile.net>] el 14/07/2013.

y claramente. De no mediar una objeción persistente, su silencio podría implicar aquiescencia”.<sup>26</sup>

En lo atinente a las costumbres de naturaleza “bilateral”, cuando un Estado alegue la existencia de una costumbre respecto de relaciones jurídicas con otro Estado, el primero debe probar la existencia de la costumbre entre ellos, lo cual supone el aporte de las pruebas que conforman los elementos Material y Psicológico de la costumbre internacional, que ya fueron desarrollados anteriormente en este trabajo. En cambio cuando se trate de costumbres “generales”, (entendiendo por tales aquellas reglas jurídicas que comprenden a todos los sujetos de la comunidad internacional) será el sujeto que alegue la inexistencia o inoponibilidad de una regla jurídica, el encargado de probar dichas circunstancias, debiendo comprobar entonces, la inoperancia de la costumbre.

#### IV. LA JURISPRUDENCIA INTERNA COMO ELEMENTO PROBATORIO DE LA COSTUMBRE INTERNACIONAL

Ya he mencionado con anterioridad en este trabajo, el carácter otorgado por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia a la jurisprudencia en su artículo 38, en tanto medio auxiliar para la determinación de reglas de derecho. Si bien este trabajo incentiva un reconocimiento, en cuanto a la relevancia que posee la jurisprudencia domestica como elemento probatorio válido, respecto de la existencia de una costumbre a nivel internacional; existen a su vez opiniones que niegan dicha posibilidad, al considerar que “la jurisprudencia nacional es un mero hecho para el derecho internacional”.<sup>27</sup> Pero lo cierto es, que la jurisprudencia supone una expresión directa de la valoración del derecho en un momento y lugar determinado. No

26. GUTIERREZ POSSE, H., ob. cit., p. 29. Aquella practica cumplida con conciencia de obligatoriedad puede ser realizada por un sujeto de derecho internacional, dirigida en modo exclusivo a otro sujeto de derecho internacional determinado; en este caso se tratara de una costumbre “bilateral” (es indispensable que se participen en la formación de una regla jurídica, al menos dos Estados, ya que una sola voluntad no puede resultar generadora de una costumbre. Pero si aquella conducta es dirigida a los sujetos de la comunidad internacional, estaríamos en presencia de una costumbre “general” (en este caso, cuando exista una opinión general de que dicha costumbre protege un bien esencial para el conjunto de los Estados de la comunidad internacional, se estaría en presencia de una norma jurídica imperativa y con efectos “erga omnes”). En este último caso de costumbre general o regional, no es necesario que sea percibida como válida por todos los sujetos del derecho internacional, sino que resulta suficiente con la aceptación de la comunidad internacional en su conjunto.

27. DRNAS DE CLÉMENT, Z., *Las fuentes del derecho internacional en la jurisprudencia de La Corte de Justicia de la Nación Argentina*, Córdoba, Lerner, 1995, p. 14. Se explica que son las sentencias internacionales aquellas que pueden tener valor como fuente autoritativa en la aplicación del derecho a un caso determinado, y como medio para determinar la existencia de normas consuetudinarias.

solo en virtud de la autoridad de la cual emana, sino que supone una ponderación socio-cultural respecto de los valores reconocidos como válidos por una comunidad, expresada en este caso a través de los tribunales de mayor jerarquía en un país. En este sentido menciona Levy-Bruhl: “El juez participa de alguna manera en la labor legislativa, en la medida en que modifica el significado de la norma. En este sentido la jurisprudencia crea derecho (...). El número de innovaciones y progresos jurídicos que produce es considerable”.<sup>28</sup>

Resulta necesario reconocer el valor de la jurisprudencia de un país, en tanto disciplina que permite una lectura jurídica del derecho, cuya función es analizar y ponderar la consistencia de argumentos, en relación a la base del sistema, “con el propósito de determinar el derecho aplicable a una cuestión jurídica (...) que el objeto de la jurisprudencia es la reformulación del derecho positivo, entendiendo por tal, el conjunto de normas, prácticas, convenciones, etcétera, establecido por actos sociales [históricos] aceptados como las instancias institucionales creadoras del derecho”.<sup>29</sup> Comenzaré a exponer los fundamentos, partiendo de esta concepción de las Resoluciones judiciales domésticas, en tanto revelaciones directas y representativas, cuya interpretación puede hacer surgir derechos y obligaciones en el plano internacional.

Si nos detenemos en el concepto de derecho consuetudinario positivista ideado por *Strupp*,<sup>30</sup> solo se reconocían como constitutivos de la costumbre a aquellos actos realizados por órganos del estado con la correspondiente competencia internacional, excluyendo así otras posibilidades en tanto precedentes de formación, como los actos jurisprudenciales, criterio que se mostraba inverosímil en relación con el desarrollo normativo en la práctica internacional. Si observamos la clasificación diseñada por Rousseau, los actos de relevancia jurídica a nivel internacional pueden emanar tanto de órganos estatales como interestatales; incluyendo de este modo:

- a) Los actos de práctica gubernamental y diplomática (Poder Ejecutivo) que refleja el tipo de relaciones y conductas de un estado con el resto de los estados de la comunidad internacional;

28. LÉVY-BRUHL, H., ob. cit., p. 35. El autor reconoce, en el ejercicio de estas virtualidades legítimas, al juez como una fuente viva del derecho.

29. TAMAYO Y SALMORAN, R, *La jurisprudencia y la formación del ideal político: introducción histórica a la ciencia jurídica*, México, Universidad Nacional de México, 1983, pp. 113-114. Hago referencia a lo tratado en esta obra, en tanto en ella se reconoce el alto valor estimativo y de fuente autoritativa, que posee la jurisprudencia, en tanto la misma se constituye en un “corpus válido” de principios sobre las funciones jurídicas del Estado. Es en virtud de ello que la jurisprudencia puede fundamentar o proscribir una acción política o gubernamental.

30. ROUSSEAU, C., ob. cit., p. 99.

- b) Las leyes internas de un Estado (leyes, decretos, reglamentos) que también traslucen líneas de conducta y permiten analizar la postura respecto a la política exterior que parte desde un determinado ordenamiento jurídico;
- c) Las decisiones judiciales de derecho interno, que suponen el pronunciamiento de los tribunales nacionales de un Estado respecto de casos en que se involucren aspectos normativos regulados por del derecho de gentes.

En sentido similar al último de los puntos mencionados por Rousseau, y en relación con el objeto de estudio, se percibe una tendencia, por un sector de la doctrina nacional, al reconocimiento y la aceptación de los actos jurisprudenciales internos, en tanto medios que hacen a la prueba de la costumbre, menciona Gutiérrez Posse: “los medios a los que se puede acudir para probar tanto una práctica como la opinio iuris, emanan de actos internos y de actos internacionales. De este modo, una sentencia proveniente de un Tribunal Superior en el ámbito interno, una ley, un decreto de la autoridad administradora, un acto de la administración, pueden ser invocados como pruebas de ambos elementos”.

Haciendo alusión, claramente, a la constatación de los elementos material y psicológico de la costumbre.<sup>31</sup> Y en un estudio referente al desarrollo del Derecho Humanitario, la autora también alude al valor de la jurisprudencia en el sentido de que:“(…) no comporta per se un proceso autónomo de creación. Sin embargo, esta vía de verificación cobra particular relevancia cuando frente a un caso de especie corresponde establecer el sentido y alcance de una particular norma jurídica (...) Así, en la determinación de la conciencia de obligatoriedad con la que se acepta una práctica o en la verificación del reconocimiento de un principio por los distintos sistemas jurídicos internos, las decisiones judiciales merecen ser consideradas con especial atención en razón de la reconocida competencia de los magistrados que integran los Tribunales Internacionales”.<sup>32</sup>

31. GUTIÉRREZ POSSE, H., ob. cit., p. 31. Se menciona a modo de ejemplo: Cuando como resultado de una sentencia del máximo órgano jurisdiccional de un Estado, se sostuviese en relación a un río que atraviesa varias jurisdicciones, que el aprovechamiento de sus aguas corresponde a cada una de ellas en razón de sus necesidades siempre que no se cause perjuicio a las demás, se aceptara la posibilidad de invocar dicha resolución judicial para sostener que el Estado en cuestión entiende que se trata de una regla de derecho también aplicable a los ríos que atraviesan el territorio de dos o más países, es decir a los ríos internacionales de curso sucesivo. Se observa entonces, siguiendo esta valoración doctrinaria, una apreciación positiva respecto a la posibilidad de utilizar como sustento las sentencias internas.

32. GUTIÉRREZ POSSE, H., “Interacción entre tratado y costumbre Aporte de los protocolos adicionales al desarrollo del derecho internacional humanitario”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 2003, consultado en [[http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/gutierrez\\_posse.pdf](http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/gutierrez_posse.pdf)] el 31/08/2014.

Por su parte, Barberis también reconoce la posibilidad de hallar en la jurisprudencia, algunos ejemplos de normas consuetudinarias formadas por la práctica de los tribunales estatales; mencionando a título de ejemplo las sentencias del Tribunal Permanente de Justicia Internacional en los casos del buque francés *Lotus*, y la controversia de los empréstitos noruegos entre Serbia y Francia. Serán analizados ambos fallos en la sección de jurisprudencia.<sup>33</sup>

Comprendo que la función de los jueces nacionales, supone la solución de las controversias sociales que se presenten, en principio dentro su Estado. La fuerza que emana de una sentencia, genera un precedente en el ordenamiento jurídico, y a su vez, las sentencias que emanan de la Instancia judicial máxima de un Estado, generan una tendencia a modo de instrucción interpretativa sobre los tribunales inferiores del mismo. El carácter imponente de una resolución de Corte, genera diversas consecuencias y responsabilidades atribuibles a un Estado, debido a su naturaleza como actos de interpretación directa de los principios constitucionales. En razón del principio de la unidad del Estado,<sup>34</sup> se comprende que todo acto u omisión del órgano judicial que resulte violatorio de una obligación internacional, compromete la responsabilidad internacional del Estado. Me permito interpretar, que las posibles implicancias que se generan en el marco del derecho internacional, a partir de un acto judicial interno, revelan una cualidad participativa del Máximo tribunal, respecto del desenvolvimiento de las relaciones jurídicas internacionales de un país determinado. Si afirmamos que dichos actos internos pueden obligar a un Estado respecto a otro Estado (o sujeto del derecho internacional), también podemos afirmar, que aquellos principios jurídicos que emanen de una sentencia doméstica, pueden obligar a un Estado, en tanto elementos probatorios que puedan evidenciar la existencia de una costumbre internacional. Se estaría aceptando, la posibilidad de una extensión jurídica, respecto al criterio normativo de los tribunales de un Estado, para tornarlo aplicable a situaciones análogas en el marco del derecho internacional.

Fue a lo largo de la indagación doctrinaria que realicé para comparar la valoración de la jurisprudencia interna de los Estados, por parte de diversos internacionalistas, que me resultó de interés ( a los fines de enriquecer la exposición de mi propuesta con este trabajo) la reseña efectuada por el doctrinario Daniel Antokoletz en su Tratado de derecho internacional público, al mencionar que ciertos autores como “Calvo, Renault, Phillimore, no desconocen todo valor internacional a las leyes y jurisprudencia interna; primero porque se los puede invocar en contra del Estado

33. BARBERIS, J., ob. cit., p. 100. El autor presenta dichos fallos como antecedentes referidos a cuestiones del derecho internacional privado, en los cuales los tribunales internacionales arriban a una solución, aplicando normas que si bien pertenecen al derecho de gentes, han sido creadas mediante la práctica de los órganos judiciales internos.

34. DRNAS DE CLÉMENT, Z., ob. cit., p. 2-3.

en que se dictan, y además, porque hay ejemplos de leyes y fallos que preparan el terreno a la codificación internacional, como es el caso del código norteamericano de Lieber, o la jurisprudencia de los tribunales de presas de la Gran Bretaña”.<sup>35</sup> En virtud de ello, el mencionado autor evalúa el real alcance internacional de la jurisprudencia de los tribunales locales, considerando que dichas sentencias pueden ser invocadas por los Estados extranjeros en contra del Estado en donde fueran dictadas, “siempre que importen el reconocimiento expreso de reglas internacionales”.<sup>36</sup> Si se aceptan dichas reflexiones, se puede reconocer como viable la posibilidad de un planteo entre distintos Estados destinado a demostrar la existencia de una conducta consuetudinaria que rija una relación jurídica internacional; viéndose la misma determinada por las sentencias de los tribunales judiciales nacionales de cada país, de las cuales emanan principios que afectan el accionar político y diplomático de un Estado en sus relaciones externas con otros Estados.

A consideración de Raúl Vinuesa, pueden existir actuaciones internas de un estado, que inconscientemente suponen una analogía con la realización de una práctica por parte de otro u otros estados “En este contexto el estado estaría obligado a realizar o a abstenerse de realizar ciertos actos en razón de su derecho interno y del derecho internacional al cual se encuentra obligado por un tratado o por una costumbre internacional. Lo trascendente en el ámbito del DIH respecto de esta duplicidad normativa internacional y doméstica radica en que la violación de una norma interna es a la vez la violación de una norma internacional”.<sup>37</sup>

Considero de importancia destacar, el efecto vinculante que surge de la internacionalización de una práctica interna, evidenciada a través de una sentencia judicial doméstica, la cual se constituye como precedente probatorio de una norma del derecho internacional consuetudinario. Se puede concluir entonces, que los Estados se encuentran constreñidos a respetar la normativa internacional emanada de la costumbre, en tanto hayan aceptado la coherencia de dichos principios para la regulación jurídica de situaciones, que tienen lugar en el territorio comprendido bajo los límites políticos de su soberanía. En lo que a la valoración de la jurisprudencia concierne, estimo que si en virtud de intereses políticos gubernamentales, un Estado pretendiese proyectar nociones distintas del derecho para el plano internacional, se

35. ANTOKOLETZ, D., ob. cit., p. 32.

36. ANTOKOLETZ, D., ob. cit., p. 33.

37. VINUESA, R., “La formación de la costumbre en el derecho internacional humanitario”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 1998, consultado en [<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlp2.htm>]. Se genera de este modo la responsabilidad internacional del Estado, más allá de las consecuencias que produzca a nivel doméstico la violación de una norma de ese derecho. Si bien el estudio de Vinuesa apuesta a las prácticas estatales en sentido amplio, en tanto precedentes de una costumbre del derecho internacional, se presentan conceptos comunes, en virtud de mi consideración hacia el valor de la Jurisprudencia interna.

estaría desestimando el poder y la autoridad que emana de sus propios tribunales para el plano interno. Dicho de otra manera, al no respetarse en el extranjero, aquellas decisiones que en un país tienen carácter imperativo, se estaría poniendo en peligro la seguridad jurídica atinente a dicho Estado.

## V. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

*A) “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros, causa No. 259”:*<sup>38</sup>

En este fallo, la causa llega a conocimiento de la Corte como resultado de la interposición de un recurso de queja, por parte del querellante en representación del estado de Chile. Ello se dio en respuesta a la sentencia de La Cámara de Casación Penal, que había declarado la prescripción del delito de asociación ilícita, imputado a Enrique Lautaro Arancibia Clavel. La mencionada asociación, tenía por finalidad la persecución de los opositores políticos al régimen de Pinochet, exiliados en la Argentina. En virtud de ello se califica la conducta como delito de lesa humanidad. La Corte analiza la prescripción en los delitos de lesa humanidad en el derecho interno, y la contradicción con los principios del derecho internacional consuetudinario.

En relación a la valorización de la jurisprudencia doméstica, como elemento probatorio que permita comprobar la aplicabilidad de una norma consuetudinaria internacional, en el fallo bajo análisis, la Corte invoca un precedente judicial para acreditar la postura del Estado argentino en respecto al carácter imprescriptible que poseen los delitos de lesa humanidad, en virtud de ello, expresa que: “Al momento de los hechos, el Estado argentino ya había contribuido a la formación de la costumbre internacional a favor de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad (conf. Fallos: 318:2148, voto del juez Bossert, considerando 88 y siguientes) (...) Que de acuerdo con lo expuesto, y en el marco de esta evolución del derecho internacional de los derechos humanos, Puede decirse que, la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro Estado Nacional como parte de la Comunidad Internacional. Que en consecuencia los hechos por los cuales se condenó a Arancibia Clavel, ya eran imprescriptibles para el derecho internacional al momento de cometerse, con lo cual no se da una aplicación retroactiva

38. CSJN (08.03.2005), A. 869. XXXVII.

de la convención, sino que ésta ya era la regla por costumbre internacional vigente desde la década del '60, a la cual adhería el Estado argentino".<sup>39</sup>

En función de ello la corte se expresa declarando que la acción penal no se había extinguido respecto de Enrique Lautaro Arancibia Clavel, por cuanto las reglas de prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno quedan desplazadas por el derecho internacional consuetudinario y por la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

*B) "Priebke, erich s/ solicitud de extradición — causa n° 16.063/94".<sup>40</sup>*

El análisis de la sentencia en el caso Priebke es de gran importancia como fundamento de este ensayo, en tanto constituye un precedente judicial interno emanado de un tribunal supremo, que luego resulta invocado por la Corte Suprema De Justicia de la Nación en el fallo Arancibia Clavel, al cual me he referido en los párrafos anteriores. El fallo es traído a colación por la Corte, debido a su relevancia para acreditar el criterio internacional del Estado nacional respecto de una conducta jurídica determinada, los crímenes de lesa humanidad. En el fallo, la República de Italia presenta una solicitud de extradición de Erich Priebke, acusado como responsable por la muerte de trescientas treinta y cinco personas. Para calificar las conductas realizadas por el imputado, la corte refiere a una concurrencia entre los "crímenes de guerra" y aquellos crímenes contra la humanidad, en tanto se dirigen contra la persona o la condición humana, y en donde el individuo como tal no cuenta sino en la medida en que sea miembro de una víctima colectiva a la que va dirigida la acción.

En opinión del voto mayoritario: "Que tal calificación, que atiende a la comisión de delitos contra la humanidad, responde a los principios del *ius cogens* del derecho internacional. En esas condiciones, y dado que dichos delitos son imprescriptibles, corresponde hacer lugar a la extradición solicitada".<sup>41</sup>

En opinión del juez Bossert: "Que a la luz de estos antecedentes, cabe concluir en que la práctica de la República Argentina basada en su conocimiento del deber contenido en las directivas impartidas por la Asamblea General, importó una innegable contribución al desarrollo de una costumbre internacional a favor de la imprescriptibilidad".<sup>42</sup>

39. *Ibid.*, consid. 31 y ss. del voto de la mayoría.

40. CSJN (14.11.1995), p. 457. XXXI.

41. *Ibid.*, consid. 76 del voto de los jueces Nazareno y Moline o'Connor.

42. *Ibid.*, consid. 89 del voto del juez Bossert.

En los votos de estos magistrados, se manifiesta la adopción de un criterio en favor de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, incluyendo en el caso del juez Bossert, una mención esclarecedora en relación a la contribución de nuestro país para el desarrollo de dicho criterio jurídico.<sup>43</sup>

*C) S.S. LOTUS [1927] CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, SER. A, No. 10:*

En esta ocasión, la controversia surge como consecuencia de la colisión entre el barco a vapor Lotus que se dirigía rumbo a Constantinopla, y el barco carbonero Boz Kourt, el cual se hundió como resultado del accidente, en relación a ello fallecieron ocho ciudadanos que iban a bordo de este último barco. El oficial de vigilancia a bordo del Lotus era Monsieur Demons, ciudadano francés; mientras que los movimientos del Boz-Kourt eran dirigidos por el Capitán Hassan Bey. Ambos sujetos fueron arrestados y acusados bajo el cargo de homicidio culposo, con base en la querrela impulsada por las familias de las víctimas de la colisión. El caso se llevó a cabo ante la Corte Criminal de Estambul, cuya decisión fue sentenciar al Teniente Demos a 80 días de prisión y a una multa de veintidós libras, siendo Hassan Bey sentenciado con una pena ligeramente más severa. La resolución judicial fue apelada y se decidió de común acuerdo, someter la jurisdicción al Tribunal de La Haya. En el planteo efectuado por parte del Estado francés, se sostenía una violación expresa del derecho de gentes, debido a la imposibilidad de que el Estado de Turquía instruyera un proceso penal para reprimir delitos cometidos por un sujeto extranjero en un Estado extranjero, fundando ello únicamente en la nacionalidad de la víctima. La Corte interpreta que Turquía también no solamente argumentaba la competencia de sus tribunales en la nacionalidad de la víctima, sino también, debido a que las consecuencias del delito perpetrado por el capitán del buque Lotus, se habían producido dentro del territorio turco; Para llegar a esta conclusión, el tribunal recurrió a una regla consuetudinaria creada por los tribunales estatales según la cual, *el delito cuyo autor se encontraba en el extranjero en el momento de su comisión, debe ser considerado como habiendo sido cometido en el territorio nacional, si el resultado del hecho ha tenido lugar en él.*<sup>44</sup>

Contrariamente a lo alegado por parte del Estado francés, la Corte concluye que no existía ninguna regla de derecho internacional relativa a casos de colisión,

43. La sentencia analizada constituye un precedente de valor que años después es retomado por la Corte para fundar la imprescriptibilidad de crímenes con similares características; se percibe una función probatoria de la resolución judicial, para acreditar la existencia de una costumbre internacional en relación a un Estado.

44. C.P.J.I., Série A, n° 10, p.23, citado por BARBERIS, J., ob. cit, p. 100.

en referencia a que los procedimientos criminales caigan exclusivamente dentro de la jurisdicción del Estado del pabellón, desvirtuando de este modo unos de los argumentos centrales presentados por los representantes de Francia ante la Corte. Se concluye que no se ocasionaba una lesión a normativas del derecho internacional mediante la atribución de competencia de los tribunales turcos, la cual la Corte reputa como válida.

El análisis de este fallo resulta interesante a los fines de mi investigación, ya que para arribar a su sentencia, la corte encuentra muchos fundamentos en las interpretaciones jurídicas efectuadas por “las cortes de muchos países”. Es con fundamento en el contenido de sentencias domésticas, que puede tomar conocimiento de la existencia de una norma consuetudinaria internacional; en el sentido de que los delitos cuyos autores al momento de cometerlos están en territorio de otro Estado, deben ser considerados como cometidos en el territorio nacional cuando uno de los elementos constitutivos del delito y los efectos del mismo han ocurrido allí. Incluso el Tribunal menciona haber realizado un análisis de varias sentencias, en las cuales los pronunciamientos de las cortes francesas expresaban una aceptación respecto de situaciones análogas al accionar jurídico desarrollado por parte de Turquía.

*D) C.P.J.I., Caso de los Empréstitos Sérbios [1929], Série A, N° 20/21  
(Francia c. Serbia):*

La Corte se expide para determinar la ley aplicable a un contrato. La controversia de derecho, tiene como origen un contrato de empréstito celebrado entre Francia y Serbia.

Los representantes del gobierno Serbio alegaban que aquellos empréstitos que fueran emitidos en Serbia, debían regirse por las leyes francesas. Por su parte Francia planteaba que debía aplicarse la normativa del ordenamiento jurídico de serbia, en lo referente al servicio financiero del empréstito. El tribunal decide sobre el litigio tomando como base una norma según la cual, la ley aplicable a un contrato se determina inspirándose en la naturaleza misma de las obligaciones y de las circunstancias que han acompañado su creación. La corte le asigna a dicha norma un carácter consuetudinario, y expresa que “ha sido creada mediante decisiones judiciales internas”.<sup>45</sup>

45. C.P.J.I., Serie A, n° 20/21, p.41. Citado por Barberis, ob. cit., p.101.

E) “*La Pampa c/ Mendoza s/ acción posesoria de aguas y regulación de usos*”:<sup>46</sup>

En el fallo bajo análisis, la Provincia de La Pampa inicia demanda judicial contra la Provincia de Mendoza, con la finalidad de que se condene a esta última a no exceder la posesión que ejerce sobre las aguas públicas inter-jurisdiccionales que integran la sub cuenca del río Atuel y sus afluentes; además con el objeto de establecer una reglamentación de los usos en forma compartida entre ambas provincias. Se discute si el proceso de aprovechamiento intensivo de los ríos, perjudicaba el régimen de escurrimiento del río Atuel, ocasionando efectos negativos para la actora, (entre ellos la desaparición de los caudales que llegaban a jurisdicción pampeana); se discute también el carácter interprovincial del río Atuel, negado en este caso por Mendoza.

En su análisis, nuestra Corte establece; que en las relaciones de los Estados en cuestión, se aplican las formas y los principios del derecho internacional público (y no del derecho privado), lo cual se puede reafirmar con diversas opiniones doctrinarias y con la jurisprudencia de la misma Corte”.<sup>47</sup> Se percibe el valor que posee la jurisprudencia nacional de un Estado, para fundar el reconocimiento y la aplicación de principios del derecho internacional, en la resolución de litigios interprovinciales dentro del mismo.

Nuestra Corte resalta un conjunto de principios que surgen de la jurisprudencia estadounidense, entre ellos que: 1) los Estados tienen un derecho igual a obtener los beneficios de las corrientes de agua naturales que dividen o atraviesan sus respectivos territorios; 2) esta doctrina recibe aplicación, cualquiera sea el sistema legal imperante en cada Estado; 3) de esa jurisprudencia nace un derecho común interestatal, concepto con que traduce la expresión interstate common law.

Se acepta el valor de los fallos de la Corte estadounidense para la resolución de cuestiones de derecho internacional público, en tanto de dicho órgano emanan soluciones jurídicas que representan la postura de un Estado en el plano internacional y son generadoras de derecho consuetudinario. Nuestra Corte cita al catedrático neoyorquino Bernard Schwartz para explicarlo: “Que era en el estudio de los antecedentes norteamericanos donde podían encontrarse los fundamentos de esta intervención de la Corte como árbitro final de semejantes conflictos y la naturaleza misma de los alcances de aquélla. Tal surge de la obra de Bernard Schwartz (...) al comentar la jurisprudencia de la Corte Suprema afirma: “De acuerdo con el Supremo Tribunal, su jurisdicción originaria es uno de los poderosos instrumentos que los constituyentes proporcionaron a fin de que estuviera disponible el adecuado

46. CSJN (30.12.1987), L. 195. XVIII.

47. *Ibid.*, consid.62 y ss. del voto de la mayoría.

mecanismo para el arreglo pacífico de las disputas entre los estados, y como prueba de su aserto recuerda el caso de 324 U.S., 439, donde la Corte señaló que los procedimientos judiciales ante ella eran el pacífico sucedáneo de la confrontación bélica o de la alternativa, imposible por la naturaleza de los estados, de la negociación diplomática” (Schwartz: “los Poderes del Gobierno”, T. 1, pág. 472, edición de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México, 1966). El mismo autor ponía como ejemplo de esa intervención los conflictos interestatales sobre utilización de las aguas que, según expresa, “han llegado a ser el segundo motivo que origina más litigios entre los estados de que conoce la Suprema Corte” (ob. cit., pág. 473)”<sup>48</sup>.

Comprendo a su vez que, de la lectura del voto disidente correspondiente al Señor Ministro Dr. Don Carlos S. Fayt, se rescata **la importancia institucional y decisoria que la Constitución Nacional le otorga a las sentencias de la CSJN**: “Que si la Constitución Nacional ha confiado la decisión de las quejas interprovinciales a esta Corte, que es un tribunal de justicia (...) cabe inferir que al preferir, de entre los poderes supremos del Estado, en este caso, al que por sus funciones ordinarias está constantemente abocado a tomar decisiones fundadas en derecho, ha deseado que sean en el ámbito del derecho que las quejas interprovinciales se resuelvan (...). Que ésta es, finalmente, la ocasión de efectuar algunas precisiones doctrinarias sobre la índole de la jurisdicción dirimente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que como señaló es muy diversa a la establecida por los artículos 100 y 101 para su actuación como tribunal de justicia”<sup>49</sup>.

Luego el Ministro destaca el valor de las sentencias judiciales en tanto establecen interpretaciones que otorgan vida y realidad a la letra de la Constitución, manifestando en la práctica los intereses políticos y la moral del país a lo largo de los años: “La Corte Suprema de Justicia es, en el campo que el art. 109 acota el órgano de esa conciliación y no podrá olvidar en la tarea que aquí emprende lo que dijo también en el fallo citado; con palabras que tienen ahora una especial vigencia: “El valor mayor de la Constitución no está en los textos escritos que adoptó y que antes de ella habían adoptado los ensayos constitucionales que se sucedieron en el país durante cuarenta años, sin lograr realidad, sino en la obra práctica, realista, que significó encontrar la fórmula que armonizaba intereses, tradiciones, pasiones contradictorias y belicosas. Su interpretación auténtica no puede olvidar los antecedentes que hicieron de ella una creación viva, impregnada de realidad argentina, a fin de que dentro de su elasticidad y generalidad que le impide envejecer con el cambio

48. *Ibid.*, consid. 64 del voto de la mayoría.

49. *Ibid.*, consid. 4 del voto del juez Fayt.

de ideas, crecimiento o redistribución de intereses, siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación” (Fallos: 178:19).<sup>50</sup>

En coincidencia, Ruiz Moreno explica que “La Constitución Argentina atribuye a nuestra Corte Suprema la interpretación de una serie de cuestiones que afectan la personalidad internacional de la nación”.<sup>51</sup>

Finalmente el Tribunal reconoce en su fallo, el carácter interprovincial del río Atuel, y a la vez considera que no se encuentra evidencia suficiente para acreditar un notorio mal uso de la red de riego mendocina, lo cual conduce a desestimar el reclamo de La Pampa. Se intima a las partes a negociar de buena fe para lograr un acuerdo de participación razonable y equitativa en lo referente los futuros usos de las aguas del Río Atuel.

Se incorpora un precedente jurisprudencial destacado, que establece importantes apreciaciones y principios, en la valoración de la jurisprudencia nacional e internacional, y a su vez respecto de la relevancia en la interpretación de las decisiones de nuestra Corte Suprema, a la luz de la Constitución Nacional.

## VI. A MODO DE COLOFÓN

Se ha tratado, a lo largo de este trabajo, de colaborar al desarrollo de una tendencia inclusiva, en consideración de la importancia que poseen los pronunciamientos de los tribunales internos, en la comprobación de la existencia de una regla consuetudinaria, en derecho internacional. Efectúo mi valoración, entendiendo que a través de una sentencia se cristalizan los resultados de un estudio realizado por magistrados en cuanto a circunstancias fácticas que adquieren una relevancia jurídica en un momento dado. Es a partir de comprender la preponderancia funcional que hace al órgano judicial de un Estado, que se puede apreciar el valor intrínseco que ofrece cada sentencia.

Me he esmerado en destacar la expresión de las resoluciones judiciales de la Corte Suprema, como generadoras de consecuencias jurídicas que recaen no solo en el ordenamiento interno de un Estado, sino también como condicionantes de las actuaciones del mismo en el desarrollo de sus relaciones con otros Estados. El estudio de la jurisprudencia, me permitió encontrar principios análogos entre los ordenamientos jurídicos nacionales y la normativa del derecho de gentes; lo cual permite deducir la existencia de circunstancias, en que la elaboración jurídica de los tribunales domésticos posee relevancia para la formación normativa del derecho

50. *Ibid.*, consid. 5 del voto del juez Fayt.

51. RUIZ MORENO, I., *El derecho internacional público ante la Corte Suprema*, Buenos Aires, EUDEBA, 1970, p. 13.

consuetudinario internacional. Es en razón de ello que dichos precedentes devienen vinculantes, no debiendo un estado alegar el desconocimiento de principios que emanan de uno de sus órganos internos. Concluyo ahora este trabajo de investigación, que fue impulsado por un interés personal, en demostrar aquello que concibo como una virtualidad implícita en los precedentes judiciales de un Estado, para evidenciar percepciones de derecho que pueden resultar determinantes al momento de decidir una controversia, reconocer derechos y obligaciones, o para calificar conductas en el ámbito del derecho internacional.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ANTOKOLETZ, Daniel, *Tratado de derecho internacional público, en tiempo de paz y en tiempo de guerra*, Buenos Aires, La Facultad, 1938.
- Anuario De Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Instituto de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 1981.
- BARBERIS, Julio A., *Formación del derecho internacional*, Buenos Aires, Ábaco, 1994.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995.
- DEL CASTILLO, Lilian, *El derecho Internacional en la Práctica Argentina*, Buenos Aires, Errepar, 2012.
- DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, *Derecho internacional público: casos prácticos*, Córdoba, Lerner, 1995.
- , *Las fuentes del Derecho Internacional en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación Argentina*, consultado en [[http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/las-fuentes-del-derecho-internacional-en-la-at\\_download/file](http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/las-fuentes-del-derecho-internacional-en-la-at_download/file)] el 29/08/2014.
- GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia, *Guía para el conocimiento de los elementos de derecho internacional público*, Buenos Aires, La Ley, 2003.
- , “Interacción entre tratado y costumbre Aporte de los protocolos adicionales al desarrollo del derecho internacional humanitario”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 2003, consultado en [[http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/gutierrez\\_posse.pdf](http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/gutierrez_posse.pdf)] el 31/08/2014.
- LÉVY-BRUHL, Henry, *Sociología del derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 1964.
- LLAMBIAS, J. J., *Tratado de Derecho Civil: parte general*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, t. I (Nociones fundamentales, personas).
- ROUSSEAU, Charles, *Derecho internacional público*, Barcelona, Ariel, 1996.
- RUIZ MORENO, Isidoro, *El derecho internacional público ante la Corte Suprema*, Buenos Aires, EUDEBA, 1970.

- TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, *La jurisprudencia y la formación del ideal político: introducción histórica a la ciencia jurídica*, México, Universidad Nacional de México, 1983.
- VERDROSS, Alfred, *Derecho internacional público*, Madrid, Aguilar, 1957.
- VINUESA, Raúl Emilio, “La formación de la costumbre en el derecho internacional humanitario”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 1998, consultado en [<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlp2.htm>].

## CORTE MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS\*

LARA GRISEL VALLONE\*\*

**Resumen:** El presente ensayo desarrolla un análisis exhaustivo sobre la posibilidad de creación de una Corte Mundial de Derechos Humanos, en el contexto internacional actual. En él se evalúan los objetivos y el posible rol de un tribunal de tales características, y se expone mi opinión contraria con respecto a su establecimiento, en virtud de que dicha Corte no logra superar las falencias de los sistemas de derechos humanos existentes, pues, al igual que ellos, depende del consentimiento de Estados y entidades para ratificar su Estatuto y aceptar su jurisdicción.

**Palabras clave:** universalidad – obligatoriedad – consentimiento – principio de complementariedad – particularismos – soberanía – legitimidad – individuos – entidades – responsabilidad compartida.

**Summary:** This paper develops a comprehensive analysis on the possible creation of a World Court of Human Rights, in the current international context. It describes the objectives and the possible role of a court of such characteristics, and exposes my contrary opinion in connection with its establishment, on the ground that this Court would fail to overcome the shortcomings of existing systems of human rights, because, like them, it depends on the consent of States and entities to ratify its statute and accept its jurisdiction.

**Keywords:** universality – binding – consent – principle of complementarity – particularisms – sovereignty – legitimacy – individuals – entities – shared responsibility.

\* Recepción del original: 1/10/2014. Aceptación: 7/12/2014.

\*\* Estudiante de Abogacía (orientación en Derecho Internacional Público y Derecho Administrativo).

Agradezco al Doctor Lucas E. Barreiros, por sus sugerencias y aportes.

## I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente ensayo consiste en estudiar la posibilidad de creación de una Corte Mundial de Derechos Humanos. El análisis comienza desarrollando diferentes propuestas efectuadas al respecto a lo largo de la historia. A continuación, se describen los propósitos y el posible rol de un tribunal de tales características. Luego, se analizan factores como su composición, el alcance de su jurisdicción y el derecho aplicable, la legitimación activa y pasiva y el mecanismo de cumplimiento de sus sentencias, todo ello a la luz de las falencias de los sistemas regionales y órganos de tratados de derechos humanos de Naciones Unidas existentes, y de su posible relación y coexistencia con un tribunal mundial, con el fin de exponer y fundamentar, paralelamente, mi postura contraria a la creación del aludido tribunal mundial, considerando como no necesario ni probable su establecimiento.

## II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS DIVERSAS PROPUESTAS

Desde sus comienzos, la Organización de las Naciones Unidas ha considerado la posibilidad de establecer una Corte Mundial de Derechos Humanos. En febrero de 1947, un representante de Australia en el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, presentó un proyecto de resolución apoyando la creación de un Tribunal Internacional de Derechos Humanos.<sup>1</sup> En él se le otorgaba legitimación activa a individuos, grupos y Estados partes, y jurisdicción al Tribunal para entender en denuncias fundadas en los tratados de derechos humanos que los Estados se encontraban elaborando entonces, incluyendo los futuros tratados de derechos humanos.

En 1948, Australia presentó a la Comisión de Derechos Humanos un proyecto detallado de estatuto, que establecía un Tribunal Internacional de Derechos Humanos, en el que los individuos estaban legitimados para formular denuncias contra sus propios Estados. El grupo de trabajo de la Comisión votó por la propuesta de Australia; sin embargo, el proyecto de estatuto se estancó en la tercera reunión de la Comisión. La situación del poder hegemónico de entonces explica el motivo por el cual la propuesta del grupo de trabajo no logró ser aprobada: las potencias (los Estados Unidos y el Reino Unido) se opusieron. Los Estados Unidos desempeñaron un papel central en desalentar la propuesta, por ejemplo, al presentar conjuntamente

1. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Draft Resolution for an International Court of Human Rights Submitted by the Representative from Australia*, E/CN.4/15, 5 de febrero de 1947, consultado en [<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/GL9/000/20/PDF/GL900020.pdf?OpenElement>] el 29/04/2014.

con China una propuesta de oposición a la del grupo de trabajo.<sup>2</sup> Ambos Estados afirmaron que la idea de un Tribunal Internacional de Derechos Humanos era prematura. Mientras que algunos Estados rechazaron dicha intervención, otros apoyaron a los Estados Unidos y a China. Luego de haber recibido los comentarios de otros Estados que expresaban su oposición a la propuesta de Australia, la Comisión decidió aplazar el proyecto. Sin embargo, la posición de una potencia hegemónica no puede explicar la falta de apoyo a la propuesta por parte de un grupo mucho más amplio de Estados. Por lo tanto, se necesita otro argumento para llenar este vacío explicativo: la mayor parte de los derechos humanos que el Tribunal propuesto pretendía hacer cumplir no se encontraba codificada en tratado alguno en ese momento. Además, el funcionario australiano que había formulado la propuesta no alcanzaba a otros actores, dentro o fuera de Australia: se trataba de un proyecto de un solo hombre. Por ende, sin una red legal respaldándolo, el Tribunal Internacional de Derechos Humanos propuesto estaba destinado al fracaso.<sup>3</sup>

Por otra parte, la Comisión Internacional de Juristas defendió el establecimiento de una Corte Mundial de Derechos Humanos en la Primera Conferencia Internacional de Derechos Humanos, celebrada en Teherán en 1968.<sup>4</sup>

En diciembre de 2008, la idea de una Corte Mundial obtuvo un renovado impulso cuando la Ministra de Relaciones Exteriores de Suiza, Micheline Calmy-Rey, la convirtió en uno de los ocho proyectos que integran una nueva “Agenda de Suiza para los Derechos Humanos” (*Agenda for Human Rights*), iniciada en conmemoración del 60º aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. A su vez, el Departamento Federal de Asuntos Exteriores de Suiza estableció un Panel (*Panel on Human Dignity*) para implementar dicha Agenda. Tres proyectos de Estatuto han sido elaborados: en primer lugar, el redactado por Martin Scheinin; luego, el de Manfred Nowak y Julia Kozma; y, por último, el proyecto consolidado de mayo de 2010 (contenido en el documento denominado *Protecting Dignity: An Agenda for Human Rights*).<sup>5</sup>

1. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Draft Resolution for an International Court of Human Rights Submitted by the Representative from Australia*, E/CN.4/15, 5 de febrero de 1947, consultado en [<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/GL9/000/20/PDF/GL900020.pdf?OpenElement>] el 29/04/2014.

2. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Proposal on Implementation for the Covenant on Human Rights*, E/CN.4/145, 16 de junio de 1948, consultado en [<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/GL9/002/17/PDF/GL900217.pdf?OpenElement>] el 29/04/2014.

3. KATZENSTEIN, S., “In the Shadow of Crisis: The Creation of International Courts in the Twentieth Century”, en *Harvard International Law Journal*, vol. 55, n° 1, Cambridge, 2014.

4. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Proclamación de Teherán*, Conferencia Internacional de Derechos Humanos, Teherán, 22 de abril al 13 de mayo de 1968, consultado en [[http://www.tc.gob.pe/tratados/uni\\_ddhh/instru\\_alca\\_gene2/teheran.pdf](http://www.tc.gob.pe/tratados/uni_ddhh/instru_alca_gene2/teheran.pdf)] el 29/04/2014.

Algunos debates al respecto ya han comenzado: por ejemplo, en la 16ª sesión del Consejo de Derechos Humanos de febrero-marzo de 2011, la Corte Internacional de Justicia, la Confederación Suiza, la República de Maldivas, la República Oriental del Uruguay y la Academia de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de Ginebra, convocaron conjuntamente un evento con el fin de llevar a cabo en la Organización de las Naciones Unidas un debate más amplio sobre la posibilidad de creación de una Corte Mundial.<sup>6</sup>

### III. OBJETIVO Y FUNCIÓN DE UNA CORTE MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS

Según los proponentes, es innegable el hecho de que, actualmente, a gran cantidad de personas se les sigue negando la oportunidad de ejercer sus derechos y libertades fundamentales, y cada día trae su cuota de nuevas víctimas de la intolerancia, la discriminación y las graves violaciones a los derechos humanos. Por otra parte, sostienen que la comunidad internacional se halla transitando una crisis de derechos humanos, a raíz de, principalmente, la existencia de obstáculos que perjudican el acceso a la justicia y a una reparación a favor de las víctimas, y a la falta de una implementación efectiva de las normas y de plena ejecución de las sentencias. Esto se origina en la debilidad e ineficacia de los sistemas judiciales nacionales, la insuficiencia de recursos judiciales disponibles, la sobrecarga de casos sin resolución, y la falta de voluntad política para modificar las instituciones existentes, de lo cual se deriva la exclusión de gran cantidad de personas del goce de los derechos humanos y de su protección legal. Los derechos humanos no pueden ser ejercidos en ausencia de instituciones eficaces. En este sentido, los proponentes argumentan que algunos países muestran signos visibles de reversión con respecto a los avances iniciales y se encuentran atrapados en un perpetuo estado de transición. Así, mientras que los Estados han mejorado progresivamente su función de control, su papel en el ámbito de la protección ha disminuido, obstaculizando el respeto de los derechos humanos. A su vez, manifiestan que, a pesar de que los derechos consagrados por la “Declaración Universal de los Derechos Humanos” han sido garantizados por todos los Estados, un entendimiento común de los derechos humanos a nivel mundial continúa siendo difícil de alcanzar: tales derechos todavía suelen ser percibidos en su visión occidental, en lugar de como valores universales.

Por ende, la enorme brecha entre el marco internacional de derechos humanos jurídicamente vinculante y su falta de implementación a nivel nacional constituye la principal razón que justifica la creación de una Corte Mundial de Derechos

5. *Protecting Dignity: An Agenda for Human Rights*, consultado en [[http://www.udhr60.ch/docs/Panel-humanDignity\\_rapport2011.pdf](http://www.udhr60.ch/docs/Panel-humanDignity_rapport2011.pdf)] el 29/04/2014.

Humanos, con sede en Ginebra, Suiza,<sup>7</sup> como tribunal internacional establecido a través de un tratado multilateral concertado bajo los auspicios de las Naciones Unidas,<sup>8</sup> de carácter independiente y permanente, con personalidad jurídica internacional<sup>9</sup> y amplia jurisdicción para emitir decisiones finales y obligatorias,<sup>10</sup> aplicando los tratados de derechos humanos de Naciones Unidas existentes,<sup>11</sup> sobre violaciones de derechos humanos cometidas tanto por Estados como por corporaciones transnacionales, organizaciones internacionales sin fines de lucro, comunidades autónomas, asociaciones religiosas, organizaciones paramilitares, y organizaciones no gubernamentales,<sup>12</sup> disponiendo a favor de las víctimas una adecuada reparación, y actuando de forma complementaria a las jurisdicciones nacionales.<sup>13</sup>

El proyecto consolidado de Estatuto de la Corte Mundial encuentra fundamento en las siguientes nociones: asegurar un sistema universal y obligatorio para proteger y garantizar los derechos de todos; proveer recursos judiciales universales frente a violaciones de derechos humanos, y subsanar las falencias y limitaciones de los sistemas de protección de los derechos humanos existentes.<sup>14</sup>

A mi criterio, tales propósitos no se encuentran plasmados en el diseño del tribunal propuesto, ya que no se logran superar las debilidades de los sistemas actuales. En este sentido, las cortes regionales de derechos humanos existentes son, igualmente, tribunales independientes y permanentes, que emiten decisiones finales y obligatorias, y que pretenden garantizar a las víctimas una adecuada reparación.<sup>15</sup> Más allá de que la Corte Mundial pretende innovar, especialmente en cuanto a amplitud de jurisdicción y de legitimación pasiva, considero, como se expondrá más adelante, que no cuenta con mecanismos suficientes para superar la ineficacia de los

6. COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, “Towards a World Court of Human Rights: Questions and Answers”, en *2011 Report of the Panel on Human Dignity*, diciembre de 2011, consultado en [<http://www.udhr60.ch/docs/World-court-final1211%20.pdf>] el 29/04/2014.

7. Artículo 2.1, *Estatuto de la Corte Mundial de Derechos Humanos*, proyecto consolidado de mayo de 2010, consultado en [[http://www.udhr60.ch/docs/Panel-humanDignity\\_rapport2011.pdf](http://www.udhr60.ch/docs/Panel-humanDignity_rapport2011.pdf)] el 20/05/2014.

8. NOWAK, M., “The Need for a World Court of Human Rights”, en *Human Rights Law Review*, vol. 7, n° 1, Oxford, 2007.

9. Artículo 3.1, *Estatuto de la Corte Mundial de Derechos Humanos*.

10. Artículo 1, *Estatuto de la Corte Mundial de Derechos Humanos*.

11. Artículo 5, *Estatuto de la Corte Mundial de Derechos Humanos*.

12. El artículo 4.1 del *Estatuto de la Corte Mundial de Derechos Humanos* engloba a todos ellos en la noción de “entidad”.

13. Preámbulo, *Estatuto de la Corte Mundial de Derechos Humanos*.

14. ALSTON, P., “Against a World Court for Human Rights”, en *Public Law & Legal Theory Research Paper*, Nueva York, New York University School of Law, 2013, consultado en [[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2344333](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2344333)] el 29/04/2014.

sistemas actuales, pues, al igual que ellos,<sup>16</sup> su aplicabilidad depende de la voluntad de Estados y entidades de ratificar el Estatuto del tribunal y aceptar su jurisdicción, y así convertirse en parte del sistema.<sup>17</sup> De este modo, la propuesta de la Corte Mundial no posee modo alguno de imponer la obligatoriedad de sus decisiones a los Estados y entidades no partes, al depender, al igual que los sistemas existentes, del consentimiento de Estados y entidades como base de su jurisdicción. Por lo tanto, noto que la universalidad pretendida y alegada por los proponentes no se refleja en la realidad, ya que sólo se logrará si gran cantidad de Estados y entidades se integran al sistema.

#### IV. COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL

La Corte se compondrá de veintiún jueces nacionales de los Estados partes del Estatuto, de carácter permanente, elegidos a título personal,<sup>18</sup> en virtud de su alta consideración moral,<sup>19</sup> imparcialidad e integridad. Mientras que el Tribunal

15. Artículo 1 del *Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, consultado en [[http://www.oas.org/36ag/espanol/doc\\_referencia/Estatuto\\_CorteIDH.pdf](http://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Estatuto_CorteIDH.pdf)] el 20/05/2014, artículos 63, 67 y 68 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, consultado en [[http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)] el 20/05/2014, artículos 19, 41, 44 y 46 del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, consultado en [[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf)] el 20/05/2014, y artículos 27, 28 y 30 del *Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para el establecimiento de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*, consultado en [<http://www.african-court.org/en/images/documents/Court/Court%20Establishment/africancourt-humanrights.pdf>] el 20/05/2014.

16. Artículo 61.1 y 62 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, artículo 19 del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, y artículo 3 del *Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para el establecimiento de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*. Con respecto a los órganos de tratados de derechos humanos de Naciones Unidas, sólo para siete de ellos (el Comité de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité contra la Tortura, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité contra las Desapariciones Forzadas, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad) el mecanismo de comunicaciones individuales ha entrado en vigor, y éstas deben referirse a los Estados partes que reconozcan la competencia del Comité. Por lo tanto, dichas denuncias sólo podrán formularse si el Estado involucrado ha declarado formalmente su aceptación del mecanismo de comunicación individual o ha ratificado el Protocolo Facultativo que establece un procedimiento de este tipo (Sitio web de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: [<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/TBPEtitions/Pages/HRTBPetitions.aspx#individualcomm>], consultado el 20/05/2014).

17. Artículos 48 y 51, *Estatuto de la Corte Mundial de Derechos Humanos*.

18. Artículos 20 a 24, *Estatuto de la Corte Mundial de Derechos Humanos*.

Europeo de Derechos Humanos se compone de un número de jueces igual al número de Estados partes en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (actualmente, cuarenta y siete),<sup>20</sup> la Corte Interamericana de Derechos Humanos se compone de siete jueces<sup>21</sup> y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de once.<sup>22</sup> El número de miembros de los órganos de tratados de derechos humanos de Naciones Unidas varía entre 10 y 23 expertos independientes.<sup>23</sup>

Los candidatos serán nominados por los Estados partes (dos candidatos por Estado, uno de cada sexo), y serán elegidos por votación secreta en sesión de la Asamblea de los Estados partes. No pueden elegirse dos candidatos nacionales del mismo Estado. Para su elección, los Estados partes deben tener en cuenta: la representación de los principales sistemas jurídicos del mundo; la equitativa representación geográfica; la experiencia en temas específicos, incluyendo pero no limitado a los derechos de la mujer, del niño, de las personas con discapacidad y de los miembros de las minorías y los pueblos indígenas, y la representación equilibrada de magistrados mujeres y hombres.<sup>24</sup>

En favor del principio de rotación, en lugar de la continuidad de la membresía, su mandato durará nueve años, sin posibilidad de reelección. Con el fin de garantizar su independencia, no podrán ejercer ninguna otra ocupación de carácter profesional, ni cualquier otra actividad que pudiera interferir con sus funciones judiciales o menoscabar la confianza en su independencia e imparcialidad.<sup>25</sup>

## V. JURISDICCIÓN Y DERECHO APLICABLE

El proyecto consolidado de Estatuto no contiene normas sustantivas de derechos humanos. Más bien, la Corte ejercería su jurisdicción en base a aquellos contenidos en los tratados universales de derechos humanos existentes. Así, la Corte sería competente para entender en casos vinculados con violaciones cometidas por un Estado o una entidad, de cualquiera de los derechos humanos contenidos en los

19. En analogía al artículo 21.1 del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*.

20. Artículo 20, *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*.

21. Artículo 4 del *Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

22. Artículo 11 del *Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para el establecimiento de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*.

23. Sitio web de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: [<http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx>], consultado el 20/05/2014.

24. Artículo 23.4, *Estatuto de la Corte Mundial de Derechos Humanos*.

siguientes veintiún tratados de Naciones Unidas: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y su Segundo Protocolo Facultativo, destinado a abolir la pena de muerte; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención sobre la Esclavitud, y su Protocolo para modificarla; Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo; Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer; Convención sobre el Estatuto de los Apátridas; Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud; Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; Convención sobre los Derechos del Niño; Protocolo Facultativo sobre la Participación de los Niños en los Conflictos Armados; Protocolo Facultativo sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. Cada Estado puede elegir los tratados en los que la Corte estaría autorizada a ejercer su jurisdicción.<sup>26</sup> Asimismo, el Estatuto permite que un Estado acepte la jurisdicción de la Corte Mundial en relación a otros tratados de derechos humanos de Naciones Unidas que no estén incluidos en la enumeración citada.<sup>27</sup> Por otra parte, el proyecto establece que la Corte debe guiarse por los principios de derecho internacional relativos a la responsabilidad internacional, los principios de universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, el derecho internacional general, los principios generales del derecho, y la jurisprudencia de otros tribunales internacionales y regionales.<sup>28</sup>

Así, según el proyecto consolidado de Estatuto, la Corte Mundial gozaría de una amplitud de jurisdicción y variedad de derecho aplicable, a diferencia de los tribunales regionales de derechos humanos y de los órganos de tratados de derechos

25. Artículo 31.2, *Estatuto de la Corte Mundial de Derechos Humanos*, en analogía al artículo 21.3 del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*.

26. Artículo 5, *Estatuto de la Corte Mundial de Derechos Humanos*.

27. Artículo 50.4, *Estatuto de la Corte Mundial de Derechos Humanos*.

humanos de Naciones Unidas existentes, que sólo tienen competencia respecto de los derechos contenidos en los correspondientes tratados regionales y universales, respectivamente.<sup>29</sup>

Sin embargo, considero que tal amplitud de jurisdicción no se logra efectivamente, ya que depende de que los Estados hayan ratificado dichos tratados universales de derechos humanos;<sup>30</sup> con lo cual, la universalidad pretendida está sujeta al consentimiento de los Estados. Por lo tanto, la Corte Mundial se encuentra, en este sentido, en iguales condiciones que los sistemas actuales, los cuales dependen, igualmente, del consentimiento de los Estados para ratificar las normas que integran su derecho aplicable.<sup>31</sup> Asimismo, tanto la eficacia de los sistemas actuales como la de la Corte Mundial están sujetas a la aceptación por parte de los Estados de la competencia de los tribunales respectivos, en virtud del principio de derecho internacional relativo al consentimiento como base de la jurisdicción.

A la vez, la Corte Mundial actuaría de forma complementaria a las jurisdicciones nacionales, y no como tribunal de apelaciones respecto de las sentencias de los tribunales regionales de derechos humanos,<sup>32</sup> con el fin de complementar dichos tribunales regionales, y no de duplicarlos.<sup>33</sup> De esto último se deriva la prohibición del *forum shopping*, respetando así la integridad de los sistemas regionales: los demandantes no pueden acudir primero a un tribunal regional, y luego ante la Corte Mundial. Tal prohibición se corresponde con el hecho de que el *forum shopping* no se encuentra admitido en el derecho internacional: por ejemplo, no puede acudirse primero al Comité de Derechos Humanos, y luego, al Comité contra la Tortura.<sup>34</sup> Por consiguiente, aunque un mismo caso caiga bajo la jurisdicción de varios órganos, es el demandante quien debe decidir ante qué foro se presenta.

28. Artículo 6, *Estatuto de la Corte Mundial de Derechos Humanos*.

29. Artículo 32 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, artículo 1 del *Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, artículo 3 del *Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para el establecimiento de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*, y Sitio web de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: [<http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx>], consultado el 20/05/2014.

30. Sitio web de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, [<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx>], consultado el 20/05/2014.

31. Artículo 74 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, artículo 59 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, artículo 63 de la *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos*, consultado en [<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/1297>] el 20/05/2014.

32. Preámbulo, parágrafo 10, *Estatuto de la Corte Mundial de Derechos Humanos*.

33. *Protecting Dignity: An Agenda for Human Rights*, consultado en [[http://www.udhr60.ch/docs/Panel-humanDignity\\_rapport2011.pdf](http://www.udhr60.ch/docs/Panel-humanDignity_rapport2011.pdf)] el 29/04/2014.

Al respecto, opino que la propuesta de la Corte Mundial no aclara el porqué de preservar los sistemas regionales actuales; es decir, por qué pretende respetar su integridad si, en realidad, uno de sus objetivos principales es superar sus debilidades e ineficacia. Así, parecería que los proponentes se contradicen al, por un lado, pretender que la Corte Mundial se imponga como sistema universal y obligatorio, y por otro, subordinarla a los sistemas nacionales y regionales, planteando su actuación de forma complementaria. Al respecto, con la propuesta se espera que las víctimas de violaciones a los derechos humanos recurran, en primer lugar, a los procedimientos y mecanismos nacionales de sus propios Estados, en virtud del requisito de previo agotamiento de los recursos internos,<sup>35</sup> y sólo ante la Corte Mundial cuando dichos mecanismos no estén disponibles, resulten ineficaces o no se garantice el debido proceso legal.<sup>36</sup> Por ende, no queda claro por qué se coloca a la Corte Mundial en la misma situación que los tribunales regionales de derechos humanos existentes, que ya prevén el requisito de previo agotamiento de los recursos internos,<sup>37</sup> si lo que se procura es que cumpla un rol superador de los existentes actualmente. Incluso, los mismos proponentes reconocen que, al respetar la integridad de los sistemas regionales existentes, lo que se pierde en el modelo propuesto es el papel de la Corte Mundial de garantizar la coherencia en la aplicación de los derechos humanos a nivel global, con independencia de las particularidades regionales.<sup>38</sup> Por consiguiente, de esta afirmación puede deducirse que los proponentes reconocen que el diseño propuesto para la Corte Mundial no contribuye a la realización de sus objetivos.

A mi criterio, existe un problema relativo a la competencia de la Corte Mundial para dictar sentencias que deban ser ejecutadas en Estados con sistemas jurídicos disímiles. En este sentido, la idea de que un único tribunal sea competente para emitir determinadas interpretaciones en toda cuestión sobre derechos humanos a escala global, por una lado, atenta contra los particularismos regionales y culturales existentes,<sup>39</sup> y, por otro, hace surgir la pregunta acerca de si los Estados serían capaces de otorgar semejantes poderes amplios a una pequeño número de jueces, en detrimento de su soberanía. Los instrumentos regionales de derechos humanos no niegan la concepción universal de estos derechos ni descartan la compatibilidad

34. NOWAK, M., "Roundtable on the Creation of World Court of Human Rights", en *National Taiwan University Law Review*, Taiwan, 2012.

35. Artículo 9, parágrafo 1, *Estatuto de la Corte Mundial de Derechos Humanos*.

36. Artículo 9, parágrafo 2, *Estatuto de la Corte Mundial de Derechos Humanos*.

37. Artículo 35.1 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, artículo 46.1.a) de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, y artículo 56 de la *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos*.

38. SCHEININ, M., *Towards a World Court of Human Rights*, Florencia, European University Institute, 2009.

de tal concepción con las particularidades y diversidades culturales y regionales;<sup>40</sup> sin embargo, su consideración se vería reducida por el enfoque de universalidad que pretende dar una corte mundial, al proponerse la noción de que debe existir una única respuesta universal válida para cuestiones complejas relativas a derechos confrontados, y a culturas y religiones diversas, y de que ésta debe ser ejecutada de manera uniforme por los sistemas nacionales. Si bien en los sistemas regionales ya se presenta la situación de que los Estados consienten, en detrimento de su soberanía, el hecho de que un pequeño número de jueces decida sobre cuestiones que involucran cuestiones culturales diversas, el ámbito de aplicación de sus decisiones es más limitado, y tal situación trasladada a una corte mundial, en mi opinión, haría cuestionar aún más la legitimidad de un tribunal de tales características, ya que se pretende asignarle facultades de determinar con carácter vinculante la aplicación de tratados de derechos humanos en las múltiples condiciones geográficas, políticas, sociales, culturales y religiosas existentes en todo el mundo.

Además, se generarían conflictos de jurisdicción, al no quedar del todo clara la relación entre la Corte Mundial y tribunales como la Corte Internacional de Justicia y la Corte Penal Internacional. Pese a que la Corte Internacional de Justicia<sup>41</sup> y la Corte Penal Internacional<sup>42</sup> no poseen competencia para entender en casos presentados por individuos, lo cual las distingue de la Corte Mundial,<sup>43</sup> en otros aspectos que sí caen bajo la competencia de los tres tribunales mencionados, podrían surgir contradicciones entre sus sentencias. En este sentido, si pretende presentarse un caso cuya materia cae bajo la jurisdicción de la Corte Mundial y, a la vez, de otros tribunales, ¿En cuál de ellos debería presentarse y en base a qué criterio? De este modo, con la creación de la Corte Mundial se potenciaría la problemática ya

39. Acerca de la relevancia de los particularismos regionales y culturales en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, existe la necesidad de conciliar la universalidad de los derechos humanos con la diversidad de las condiciones nacionales, regionales y culturales existentes, las cuales deben ser reconocidas únicamente con el fin de elevar y no de rebajar o suprimir los estándares mínimos universalmente aceptados en materia de derechos humanos. PÉREZ, J. B. y SÁNCHEZ, V. M. (dir.), *Los derechos humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios*, Madrid, Huygens Editorial, 2008, pp. 318 y 319, y YASUAKI, O., *A Transcivilizational Perspective on International Law*, The Pocket books of the Hague Academy of International Law, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, pp. 432 a 462.

40. Por ejemplo, el párrafo 5 del Preámbulo de la *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos*, que alude a “tradición histórica” y “valores de la civilización africana” que deberían reflejarse “en el concepto de derechos humanos y de los pueblos”, y el párrafo 6 del Preámbulo del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, el cual se refiere a “un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas”.

41. Artículo 34.1, *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*, consultado en [<http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php>] el 20/05/2014.

42. Artículo 13, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, consultado en [[http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome\\_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)] el 20/05/2014.

existente relativa a la proliferación de tribunales y cortes internacionales, por lo que no existe un criterio definido por el cual deba elegirse uno u otro tribunal,<sup>44</sup> sino que la decisión queda sujeta al criterio del demandante.

En cuanto a la relación entre la Corte Mundial y los órganos de tratados de derechos humanos de Naciones Unidas existentes, el artículo 7.3 del proyecto consolidado de Estatuto prevé la suspensión del procedimiento de comunicaciones individuales del sistema de órganos de tratados, para los Estados que hayan ratificado tratados de derechos humanos de Naciones Unidas, a partir de la entrada en vigor del Estatuto de la Corte Mundial. En este aspecto, sí se ve reflejado el objetivo de los proponentes de instituir a la Corte Mundial como tribunal internacional de carácter universal y obligatorio, ya que, en virtud de tal suspensión, se coloca a la Corte por sobre los órganos de tratados de derechos humanos de Naciones Unidas existentes, a diferencia de lo que sucede con respecto a los tribunales regionales de derechos humanos y el principio de complementariedad que rige a la Corte Mundial, como se ha expuesto en párrafos anteriores.

## VI. LEGITIMACIÓN ACTIVA

La Corte Mundial podrá recibir demandas presentadas por individuos, organizaciones no gubernamentales o grupos de individuos que aleguen ser víctimas de violaciones de derechos humanos contenidos en cualquiera de los veintidós tratados de Naciones Unidas, cometidas por cualquier Estado parte o entidad que haya reconocido la jurisdicción de la Corte,<sup>45</sup> en analogía al artículo 34 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y al artículo 5 del Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para el establecimiento de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, pero a diferencia del artículo 61 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que excluye la posibilidad de los individuos de presentar demandas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En cuanto a los órganos de tratados de derechos humanos de Naciones Unidas, siete de ellos (el Comité de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité contra la Tortura, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité contra las Desapariciones Forzadas, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Comité sobre los

43. Artículo 7, incisos 1 y 2, *Estatuto de la Corte Mundial de Derechos Humanos*.

44. PAUWELYN, J., "Fragmentation of International Law", en WOLFRUM, R. (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, consultado en [www.mpepil.com] el 20/05/2014, p. 2, y ROMANO, C., "The Proliferation of International Judicial Bodies: the Pieces of the Puzzle", en *New York University Journal of International Law and Politics*, n° 31, Nueva York, 1999, pp. 709-752.

Derechos de las Personas con Discapacidad) pueden recibir denuncias de particulares que alegan la violación de sus derechos consagrados en los respectivos tratados. Para el resto de los órganos de tratados de derechos humanos de Naciones Unidas, el mecanismo de comunicaciones individuales aún no ha entrado en vigor. Tales denuncias deben referirse a los Estados partes que reconocen la competencia del Comité.<sup>46</sup>

De lo expuesto se infiere el enfoque de la Corte Mundial centrado, principalmente, en las víctimas, y su amplia accesibilidad.

No obstante, colijo que tal amplitud de legitimación activa no se logra efectivamente si, como se ha manifestado precedentemente, los Estados y entidades no ratifican el Estatuto de la Corte Mundial y aceptan su jurisdicción, al igual que sucede con los sistemas regionales y con los órganos de tratados de derechos humanos de Naciones Unidas existentes.

## VII. LEGITIMACIÓN PASIVA

Según el proyecto consolidado de Estatuto de la Corte Mundial, el término “entidad” se refiere a toda organización internacional o actor no estatal que reconozca la jurisdicción de la Corte,<sup>47</sup> incluyendo a las corporaciones transnacionales, organizaciones internacionales sin fines de lucro, comunidades autónomas, asociaciones religiosas, organizaciones paramilitares, y organizaciones no gubernamentales.<sup>48</sup> En este sentido, el Estatuto, a diferencia de los sistemas de derechos humanos existentes,<sup>49</sup> prevé que tanto Estados como entidades<sup>50</sup> pueden emitir declaraciones de aceptación de la jurisdicción de la Corte, poniéndolos así en pie de igualdad en aspectos como ejecución de sentencias y responsabilidad frente a violaciones de derechos humanos.

45. Artículo 7, incisos 1 y 2, *Estatuto de la Corte Mundial de Derechos Humanos*.

46. Sitio web de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, [<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/TBPetitions/Pages/HRTBPetitions.aspx#individualcomm>], consultado el 20/05/2014.

47. Artículo 4.1, *Estatuto de la Corte Mundial de Derechos Humanos*.

48. Comentario al artículo 7 del proyecto consolidado de Estatuto de la Corte Mundial de Derechos Humanos, documento *Protecting Dignity: An Agenda for Human Rights*.

49. Los cuales sólo permiten generar responsabilidad estatal: artículo 34 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, artículo 44 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, y los órganos de tratados de derechos humanos de Naciones Unidas (Sitio web de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: [<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/TBPetitions/Pages/HRTBPetitions.aspx#individualcomm>], consultado el 20/05/2014).

Quienes apoyan la idea de la creación de una Corte Mundial de Derechos Humanos sostienen que las organizaciones internacionales y las corporaciones aceptarían su jurisdicción por ser objeto de una crítica generalizada, la cual se sustenta en su falta de cumplimiento y de compromiso con respecto a los derechos humanos y, particularmente, por constituir una ventaja competitiva a favor de aquellas corporaciones que acepten la jurisdicción del aludido tribunal.<sup>51</sup>

Igualmente, los proponentes sostienen que la responsabilidad por las violaciones de derechos humanos relacionadas con el cambio climático, las cuales vulneran, principalmente, el derecho a la salud, a la vida, a la alimentación, al agua, a la vivienda y a la propiedad, los derechos de los pueblos indígenas, y los asociados a los medios de vida, a la cultura y a la migración, a menudo no recae en el Estado más cercano, sino en actores difusos, tanto públicos como privados. Esto genera la necesidad de reconocer las responsabilidades compartidas en relación a los derechos humanos. El enfoque tradicional de responsabilidad estatal ya no responde a las amenazas actuales a los derechos humanos en el mundo globalizado del siglo XXI. Por otra parte, existen muchas razones por las cuales las violaciones a los derechos humanos por parte de actores no estatales se encuentran en aumento: las políticas de desregulación y la privatización han dado lugar a una erosión del poder y de las responsabilidades del Estado, y a la asunción por parte de empresas privadas de funciones estatales esenciales, tales como la educación, los servicios de salud, la gestión del agua, la seguridad social y la seguridad. Las empresas transnacionales operan con presupuestos superiores a los de los Estados más pequeños, y son tan poderosas que ya no pueden ser controladas de manera eficaz por las autoridades estatales del país de origen o de los Estados en los que actúan. Por consiguiente, los proponentes consideran que el derecho internacional debe pasar del modelo de responsabilidad exclusiva del Estado a un enfoque de responsabilidad compartida. Esto implica que los actores no estatales pueden ser considerados directamente responsables de las acciones violatorias de los derechos humanos que lleven a cabo y, además, que deben realizar acciones positivas dirigidas al respeto y al cumplimiento progresivo de los derechos humanos.<sup>52</sup>

Si bien concuerdo con el enfoque de responsabilidad compartida alegado por los proponentes, considero, no obstante, que tal amplitud de legitimación pasiva se encuentra sujeta a que los Estados y entidades ratifiquen el Estatuto y acepten la jurisdicción de la Corte Mundial, en virtud del principio de derecho internacional referido al consentimiento como base de la jurisdicción. En este aspecto, entonces, no logra superar a los sistemas actuales, ya que tanto los sistemas regionales como

50. Artículo 51, *Estatuto de la Corte Mundial de Derechos Humanos*.

51. SCHEININ, M., *Towards a World Court of Human Rights*, Florencia, European University Institute, 2009.

los órganos de tratados de derechos humanos de Naciones Unidas, requieren la ratificación del estatuto y la aceptación de la jurisdicción del tribunal respectivo, o, en el caso de dichos órganos de tratados, la declaración formal de aceptación del mecanismo de comunicaciones individuales (en los casos en que se encuentra en vigor tal mecanismo) o la ratificación del Protocolo Facultativo que lo establece.<sup>53</sup>

## VIII. CRITERIOS DE ADMISIBILIDAD

En virtud del principio de complementariedad,<sup>54</sup> la Corte Mundial sólo podrá entender en un caso si se han agotado previamente los recursos internos, es decir, si primero ha sido presentado ante el tribunal competente de mayor jerarquía del sistema jurídico interno, y el demandante no quedó satisfecho con la decisión ni con la reparación. Lo mismo sucede con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos,<sup>55</sup> la Corte Africana de Derechos Humanos,<sup>56</sup> y la Corte Penal Internacional.<sup>57</sup> A su vez, el artículo 9 del proyecto consolidado de Estatuto de la Corte Mundial establece que todos los Estados partes tiene la obligación de garantizar a los demandantes el acceso a recursos judiciales efectivos, en relación a los derechos humanos consagrados en los veintiún tratados de Naciones Unidas, a la vez que cada Estado parte podrá determinar, en su instrumento de ratificación, los recursos judiciales que los demandantes deben agotar en su ordenamiento interno antes de poder presentar una denuncia ante la Corte. Cualquier modificación posterior de los recursos internos necesarios deberá ser comunicada a la Corte. Las excepciones al requisito de agotamiento de los recursos internos se enumeran en parágrafo 2 del mencionado artículo: tal requisito no se aplica si, a juicio de la Corte, el recurso interno pertinente no está disponible, no resulta eficaz, o no se garantiza el debido proceso legal para la protección del derecho que se alega que ha sido violado. Asimismo, dicho artículo establece que, en el ejercicio de su facultad discrecional, la Corte deberá prestar especial atención a los

52. *Protecting Dignity: An Agenda for Human Rights*, consultado en [[http://www.udhr60.ch/docs/Panel-humanDignity\\_rapport2011.pdf](http://www.udhr60.ch/docs/Panel-humanDignity_rapport2011.pdf)] el 29/04/2014.

5. Sitio web de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, [<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/TBPetitions/Pages/HRTBPetitions.aspx#individualcomm>], consultado el 20/05/2014.

54. Preámbulo, parágrafo 10, *Estatuto de la Corte Mundial de Derechos Humanos*.

55. Artículo 35.1 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, artículo 46.1.a) de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, sentencia de fondo del 29 de julio de 1988, consultado en [[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf)] el 20/05/2014.

56. Artículo 56, *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos*.

siguientes criterios: si los tribunales nacionales tienen competencia para dictar las medidas provisionales necesarias para evitar daños irreparables a la víctima o las víctimas de una presunta violación de los derechos humanos, y si tales tribunales pueden concederle a la víctima una adecuada reparación por el daño sufrido, que incluya restitución, rehabilitación, indemnización y satisfacción.

Según los proponentes,<sup>58</sup> tal requisito de agotamiento de los recursos internos respeta la soberanía del Estado y evita sobrecargar de casos a la Corte Mundial, fortaleciendo, simultáneamente, el control y la implementación de los derechos humanos a nivel nacional. La protección de los derechos humanos es una responsabilidad primaria del Estado, y sólo si el Estado no cumple con tal responsabilidad, el demandante debería recurrir a un tribunal internacional. De este modo, los proponentes consideran que se evita que la Corte se convierta en víctima de su propio éxito, como sucede con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus más de 150.000 casos pendientes de resolución.<sup>59</sup>

No obstante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya prevé el requisito de agotamiento de los recursos internos, y esto no le impidió acumular sus más de 150.000 casos pendientes. Por lo tanto, considero que tal requisito no basta para impedir la acumulación de casos sin resolución y, a su vez, la Corte Mundial no prevé ningún mecanismo alternativo para evitar que esto suceda.

El Estatuto, incluso, establece la creación de un fondo fiduciario, con el objetivo de ayudar a los Estados a mejorar sus recursos judiciales internos, y de asistir a las víctimas de violaciones de derechos humanos y a sus familias.<sup>60</sup>

Asimismo, en analogía a los criterios de admisibilidad previstos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos,<sup>61</sup> la Corte Mundial no admitirá ninguna demanda que sea anónima; que verse sustancialmente sobre la misma materia que ya haya sido examinada en cuanto al fondo por la Corte o por otro procedimiento internacional de investigación o de acuerdo, incluso por un tribunal regional de derechos humanos, en concordancia con el Preámbulo del Estatuto, que alude al rol de la Corte Mundial como tribunal complementario, y no como tribunal de apelaciones respecto de las sentencias de los tribunales regionales; que sea incompatible con las disposiciones de los tratados de derechos humanos invocados; que sea manifiestamente infundada, o que constituya un abuso del derecho a la demanda individual.<sup>62</sup>

57. Artículo 1, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.

58. *Protecting Dignity: An Agenda for Human Rights*, consultado en [[http://www.udhr60.ch/docs/Panel-humanDignity\\_rapport2011.pdf](http://www.udhr60.ch/docs/Panel-humanDignity_rapport2011.pdf)] el 29/04/2014.

59. Sitio web de la organización *Human Rights Watch*, [<http://www.hrw.org/es/news/2012/04/17/el-consejo-de-europa-debe-poner-freno-riesgosas-reformas-al-tribunal>], consultado el 22/06/2014.

60. Artículo 39, *Estatuto de la Corte Mundial de Derechos Humanos*.

62. Artículo 35, *Convenio Europeo de Derechos Humanos*.

## IX. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Los fallos de la Corte Mundial serán finales y obligatorios bajo el derecho internacional, y las partes estarán obligadas a acatarlos y ejecutarlos por medio de los órganos respectivos, del mismo modo en que son ejecutadas las sentencias de tribunales nacionales, bajo supervisión del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; y si dicho órgano considera que las partes no cumplen con la ejecución de la sentencia, podrá acudir al Consejo de Derechos Humanos, o al Consejo de Seguridad, para que tome las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia.<sup>63</sup> Esto demuestra la relación cercana entre la Corte Mundial y las Naciones Unidas. Asimismo, el artículo 41.3 del proyecto de Estatuto incluye el deber de los Estados de sancionar leyes para cumplir con las obligaciones impuestas por dicho Estatuto, y el artículo 18.4, el de informar al Alto Comisionado todas las medidas adoptadas con el fin de ejecutar la sentencia de la Corte Mundial. A su vez, si la Corte considera que existió una violación de los derechos humanos del demandante, puede proporcionar, a pedido de parte o de oficio, la reparación adecuada, que puede consistir en restitución, rehabilitación, compensación, garantías de no repetición o cualquier otra forma de satisfacción,<sup>64</sup> las cuales deben ser garantizadas a la víctima dentro de un período no mayor a tres meses desde el dictado de la sentencia, a menos que la Corte especifique un plazo distinto.<sup>65</sup>

En el ámbito del sistema europeo de derechos humanos, las sentencias del Tribunal Europeo son definitivas y obligatorias, y su ejecución debe pasar por el filtro de la supervisión por parte del Comité de Ministros,<sup>66</sup> el cual es un órgano político. En el sistema interamericano, las sentencias de la Corte Interamericana son definitivas, inapelables y obligatorias.<sup>67</sup> En cuanto a su ejecución, los artículos 68.2 y 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establecen, respectivamente, que la parte del fallo que disponga una indemnización compensatoria se ejecutará en el país correspondiente por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado, y que la Corte Interamericana someterá a consideración de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en cada período ordinario de sesiones, un informe, señalando los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos. Por otro lado, la ejecución de las

62. Artículo 10, *Estatuto de la Corte Mundial de Derechos Humanos*.

63. Artículo 18, *Estatuto de la Corte Mundial de Derechos Humanos*.

64. Artículo 17.2, *Estatuto de la Corte Mundial de Derechos Humanos*.

65. Artículo 18.2, *Estatuto de la Corte Mundial de Derechos Humanos*.

66. Artículo 46, *Convenio Europeo de Derechos Humanos*.

sentencias definitivas, obligatorias e inapelables<sup>68</sup> de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos es supervisada por el Consejo de Ministros.<sup>69</sup>

En el ámbito de los órganos de tratados de derechos humanos de Naciones Unidas, sus decisiones, denominadas recomendaciones y observaciones finales, son definitivas e inapelables, pero no son jurídicamente vinculantes. Si el órgano ha determinado que existió una violación a los derechos humanos por parte del Estado, se invitará a este último a que proporcione, dentro de un plazo establecido, la información relativa a las medidas adoptadas para poner en práctica las recomendaciones.<sup>70</sup>

Según los proponentes,<sup>71</sup> la falta de fuerza vinculante de ciertas resoluciones sobre las denuncias de violaciones de derechos humanos y la falta de una supervisión eficaz del cumplimiento por parte del Estado de estas decisiones representan una de las deficiencias más graves del actual sistema de supervisión de los tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas. Por ello, sostienen que reforzar el cumplimiento por parte del Estado de las obligaciones que surgen de dichos tratados constituye una de las principales razones para exigir el establecimiento de una Corte Mundial de Derechos Humanos.

Al respecto, opino que la Corte Mundial no presenta un mecanismo de ejecución de sentencias que supere a los ya existentes. En este sentido, el mecanismo que se propone es análogo al de los sistemas actuales, con la diferencia de que, en el caso de la Corte Mundial, el Consejo de Derechos Humanos y el Consejo de Seguridad pueden tomar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia. Sin embargo, esto no garantiza el cumplimiento y la ejecución de la sentencia por parte de los Estados, ya que las medidas que tome tanto el Consejo de Derechos Humanos como el Consejo de Seguridad no son jurídicamente vinculantes.<sup>72</sup> Por consiguiente, la Corte Mundial, al igual que los sistemas actuales, no posee mecanismo alguno para obligar a los Estados a cumplir y ejecutar sus sentencias y, de este modo, no logra superar a los sistemas existentes en el objetivo mencionado de reforzar el cumplimiento por parte del Estado de las obligaciones que surgen de los tratados de derechos humanos.

67. Artículos 67 y 68, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

68. Artículo 28.2, *Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para el establecimiento de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*.

69. Artículo 29.2, *Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para el establecimiento de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*.

70. Sitio web de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, [<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/TBPetitions/Pages/IndividualCommunications.aspx#whathappens>], consultado el 20/05/2014.

71. *Protecting Dignity: An Agenda for Human Rights*, consultado en [[http://www.udhr60.ch/docs/Panel-humanDignity\\_rapport2011.pdf](http://www.udhr60.ch/docs/Panel-humanDignity_rapport2011.pdf)] el 29/04/2014.

## X. ¿ES NECESARIA Y PROBABLE LA CREACIÓN DE UNA CORTE MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS?

Quienes sostienen la necesidad de crear una Corte Mundial de Derechos Humanos justifican su postura por medio de las siguientes razones:<sup>73</sup>

Todo derecho humano exige la disponibilidad de un recurso judicial adecuado y efectivo, garantizándole a la víctima los derechos “a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial”, y “a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.<sup>74</sup> De lo contrario, los derechos humanos constituyen promesas vacías, es decir, son pura retórica hasta su efectiva aplicación. Los Estados reafirmaron este principio en la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2005, al aprobarse los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”,<sup>75</sup> según los cuales “la obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario” incluye adoptar “procedimientos legislativos y administrativos apropiados y eficaces y otras medidas apropiadas que den un acceso equitativo, efectivo y rápido a la justicia”, y disponer “para las víctimas los recursos suficientes, eficaces, rápidos y apropiados, incluida la reparación”.

La necesidad de superar la lógica de la Guerra Fría, la cual aún se ve reflejada en los mecanismos de protección de los derechos humanos de Naciones Unidas: las denuncias individuales ante los órganos de tratados de Naciones Unidas son opcionales; tales órganos están integrados por expertos y son de carácter cuasi judicial, por lo que no son tribunales; sus decisiones no son jurídicamente vinculantes; la terminología que emplean refleja el mínimo común denominador entre Oriente y Occidente, por ejemplo, en sus comunicaciones y observaciones finales y, si bien

72. Únicamente las resoluciones del Consejo de Seguridad dictadas bajo el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas son jurídicamente vinculantes para todos los Estados de la comunidad internacional. Sitio web del movimiento global Amnistía Internacional: [<http://www.amnesty.org/es/united-nations/security-council>], consultado el 22/06/2014, y Sitio web de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, [<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/TBPetitions/Pages/IndividualCommunications.aspx#whathappens>], consultado el 20/05/2014.

73. NOWAK, M., “Eight Reasons Why We Need a World Court of Human Rights”, en *International Human Rights Monitoring Mechanisms: Essays in Honour of Jakob Th. Möller* 697, 2009.

74. Artículos 10 y 8 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, consultado en [<http://www.un.org/es/documents/udhr/>] el 20/05/2014, y artículo 2.3 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, consultado en [<http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>] el 20/05/2014.

la Guerra Fría finalizó hace más de veinte años, la Organización de las Naciones Unidas aún mantiene una separación entre Europa Occidental y Oriental.

La necesidad de aprender de los sistemas regionales de derechos humanos: tanto el europeo, como el interamericano y el africano cuentan con un tribunal independiente –no así Asia y Oriente Medio, que se verían beneficiados por la creación de una Corte Mundial, al disponer de un recurso judicial efectivo al cual podrían acceder–.

El rol de la Corte Mundial como contraparte independiente y más poderosa frente al Consejo de Derechos Humanos, órgano altamente politizado, es decir, influido por los intereses estatales nacionales y regionales. En este sentido, se afirma que el Consejo de Derechos Humanos sin una Corte Mundial no constituye una promesa plena de promoción y protección de los derechos humanos. Asimismo, las decisiones obligatorias de la Corte tendrían mayor peso que las no vinculantes emitidas por los órganos de tratados de derechos humanos de Naciones Unidas.

La creación de una Corte Mundial evitaría la modificación de los tratados y sistemas de derechos humanos existentes, ya que sería establecida por medio de un tratado independiente.

La aplicación del principio de complementariedad generaría el deber de los Estados partes de establecer tribunales nacionales de derechos humanos, con el propósito de que los individuos cumplan con el requisito de agotamiento previo de los recursos internos.

La generación de responsabilidad de actores no estatales, a diferencia de los tratados existentes, los cuales no obligan a corporaciones y demás actores no estatales.

El derecho de las víctimas a una adecuada reparación.

En cuanto a la primera razón expuesta, opino que, si bien la Corte Mundial se presentaría como un recurso judicial de carácter universal, no estaría disponible ni resultaría efectivo si, como se ha expuesto anteriormente, los Estados y las entidades no ratifican su Estatuto y aceptan la jurisdicción del tribunal. Por lo tanto, ante la ausencia de tal ratificación y aceptación, los derechos humanos seguirían constituyendo, simplemente, promesas vacías.

Con respecto a la segunda razón, estimo que la idea de una Corte Mundial que extinga los resabios de la Guerra Fría no pasaría de ser una mera expresión de deseos, toda vez que no se especifica la manera en que las características de dicho tribunal funcionarían como mecanismos concretos superadores de esa bipolaridad en el ámbito que nos ocupa.

Acerca de la tercera razón, aunque los proponentes de la Corte Mundial sugieren que dicho tribunal se erigiría en un recurso judicial disponible para Asia y Oriente Medio, no puede asegurarse que tales Estados ratificarán el Estatuto de la Corte Mundial y aceptarán su jurisdicción, lo cual refleja una predisposición negativa ya explícita en el hecho de carecer de un sistema regional de derechos humanos.

En este sentido, esta región se caracteriza, principalmente, por: la priorización de temas e intereses económicos; el autoritarismo; la intolerancia; la restricción de la libertad de expresión; la violencia de género; la pena de muerte como castigo de diversos delitos; la represión; las desapariciones forzadas, torturas y muertes masivas, y los constantes conflictos armados y desbordes sociales internos, fundados en diferencias étnicas y religiosas e intereses geopolíticos. Además, no debe perderse de vista el hecho de que varios Estados de Asia, si bien han firmado tratados de derechos humanos, han sido reacios a firmar protocolos facultativos para la presentación de quejas individuales en materia de derechos humanos. A su vez, dichos Estados invocan “valores asiáticos”, y sostienen que los derechos humanos constituyen un concepto occidental, como justificación de la implementación de gobiernos fuertes.<sup>76</sup> De todo ello puede inferirse la falta de voluntad política para crear e implementar compromisos y estándares sobre derechos humanos a nivel regional. Frente a esta situación, la Corte Mundial no se presentaría como un mecanismo capaz de atraer la ratificación de los Estados de la región mencionada, debido a que comparte ciertas características con los sistemas regionales de derechos humanos existentes, además de, fundamentalmente, la extensión del alcance de la legitimación pasiva y la amplitud de jurisdicción y de derecho aplicable.

Sobre la cuarta razón, si bien es cierto que la Corte Mundial actuaría como órgano independiente y emitiría decisiones jurídicamente vinculantes, tal como lo establece el proyecto consolidado de Estatuto, no queda claro por qué sólo serviría como contraparte del Consejo de Derechos Humanos, y no también de otros órganos; es decir, ¿por qué no podría complementar, igualmente, la función de otros órganos de derechos humanos existentes? y, a la vez, ¿cuál sería, concretamente, el alcance de su rol como contraparte?

En relación con el quinto argumento, no percibo la incompatibilidad entre la creación de una Corte Mundial y la modificación de los tratados y sistemas de derechos humanos existentes; es decir, ¿por qué no podría operarse tal modificación y, simultáneamente, implementarse una Corte Mundial de Derechos Humanos?

En lo relativo al sexto argumento, infiero que, como ya se ha dicho en párrafos anteriores, de la propuesta de la Corte Mundial surge una contradicción: por un lado, sus proponentes procuran ubicarla como tribunal internacional de carácter universal, superador de las falencias y debilidades que conducen a la ineficacia de los sistemas regionales y órganos de tratados de derechos humanos de Naciones Unidas existentes; y, por otro, subordinan su actuación a la aplicación del principio de complementariedad y al requisito de agotamiento previo de los recursos internos. Es decir que, respetan la integridad de los sistemas y órganos existentes,

75. *Resolución 60/147*, aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005, consultado en [<http://www2.ohchr.org/spanish/law/reparaciones.htm>] el 20/05/2014.

pero, simultáneamente, pretenden superarlos. Asimismo, entiendo que el requisito de agotamiento de los recursos internos ya existe en los sistemas regionales de derechos humanos actuales,<sup>77</sup> y, sin embargo, a mi juicio, de la existencia de tal requisito no se derivan necesariamente el desarrollo y el progreso de los recursos judiciales disponibles en el ordenamiento jurídico interno de los Estados. En este sentido, por ejemplo, puede decirse que, históricamente, en el marco de las denuncias de violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos, los recursos internos, por lo general, resultaban ineficaces, debido a la falta de independencia de los sistemas judiciales para llevar adelante casos de derechos humanos, sin que existiera la garantía de un debido proceso legal, además de fuertes y frecuentes presiones ejercidas sobre jueces y abogados.<sup>78</sup> En este contexto, la regla de agotamiento de los recursos internos era una mera expresión vacía, pues, en la práctica, solían aplicarse las excepciones a dicha regla.<sup>79</sup> Por consiguiente, colijo que la existencia del requisito de agotamiento de los recursos internos no necesariamente conduce a que los Estados garanticen plena y efectivamente la existencia y disponibilidad de tales recursos, sino que, si bien existe tal obligación en cabeza de los Estados, puede suceder que no la cumplan, y que, por lo tanto, deban aplicarse las excepciones.<sup>80</sup>

En lo concerniente a la séptima y a la octava razón, aunque es cierto que la Corte Mundial ampliaría la legitimación pasiva con respecto a los sistemas de derechos humanos existentes y se presentaría como recurso judicial a favor de las víctimas con el fin de que puedan obtener una adecuada reparación, esto sólo se lograría efectivamente si los Estados y los actores no estatales ratifican el Estatuto y aceptan la jurisdicción de la Corte. De este modo, la Corte Mundial se encuentra sujeta, al igual que los tribunales de derechos humanos existentes en la actualidad, al principio de derecho internacional según el cual el consentimiento es la base de la jurisdicción y, por lo tanto, no posee un mecanismo para imponer sus decisiones a los Estados y entidades que no hayan consentido su jurisdicción. Así, uno de los fundamentos básicos de la propuesta de esta Corte, es decir, el deseo de asegurar

76. *Informe de Amnistía Internacional sobre el estado de los Derechos Humanos en el mundo*, de 2009, consultado en [<http://report2009.amnesty.org/es/regions/asia-pacific>], *Informes* de 2012 y de 2013, consultados en [<http://www.amnesty.org/es/annual-report/2012/asia-pacific#header-6>], y en [<https://www.amnesty.org/es/annual-report/2013/asia-pacific>], respectivamente, el 22/06/2014.

77. Artículo 35.1 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, artículo 46.1.a) de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* y artículo 56 de la *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos*.

78. GONZÁLEZ MORALES, F., *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: antecedentes, funciones y otros aspectos*, consultado en [[www.anuariocdh.uchile.cl](http://www.anuariocdh.uchile.cl)] el 22/06/2014.

79. Artículo 46.2 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*: inexistencia del debido proceso legal en la legislación interna del Estado, que el presunto lesionado haya sido impedido de acceder o agotar los recursos internos, y retardo injustificado en la decisión sobre tales recursos.

un sistema universal y obligatorio para proteger y garantizar los derechos de todos, no lograría plasmarse plenamente en la realidad mediante el diseño propuesto de la Corte, excepto si todos o un gran número de Estados y entidades consienten la jurisdicción de dicho tribunal.

En el mismo sentido, otros autores<sup>81</sup> alegan que existen, al menos, cuatro razones por las cuales los Estados deberían ratificar el Estatuto de la Corte Mundial. En primer lugar, muchos Estados desean demostrar su inquebrantable compromiso con los derechos humanos, y la elevación de la protección global de los derechos humanos a un nivel cualitativamente nuevo, mediante el establecimiento de la Corte Mundial, sería una manera considerable de demostrar ese compromiso. En segundo lugar, muchos Estados desean incrementar el nivel de coherencia en la aplicación de las normas de derechos humanos, incorporando a todos los tratados de derechos humanos de Naciones Unidas bajo la jurisdicción de un único tribunal de derechos humanos, resolviendo, simultáneamente, las tensiones entre ellos. En tercer lugar, esto mejoraría la seguridad jurídica y la predictibilidad de las decisiones. Y, en cuarto lugar, los Estados deberían ampliar la responsabilidad por violaciones de derechos humanos más allá de los Estados, abarcando también a las organizaciones internacionales, las empresas transnacionales y otras entidades sujetas a la jurisdicción de la Corte Mundial.

En cuanto a la primera razón, considero que las recurrentes violaciones a los derechos humanos<sup>82</sup> y el hecho de que Estados como los Estados Unidos y China no hayan ratificado el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional<sup>83</sup> reflejan el desinterés y la falta de voluntad política de los Estados de crear y someterse a un tribunal de estas características. Con respecto a la segunda y a la tercera razón, opino que el hecho de agrupar todos los tratados mencionados bajo la jurisdicción de único tribunal no necesariamente lograría una coherencia en la aplicación de dichas normas de manera plena y efectiva, siendo tal coherencia sólo pretendida, pues las decisiones de la Corte Mundial, al igual que las de los tribunales existentes,<sup>84</sup> sólo obligarían a las partes del caso y se aplicarían al caso particular,<sup>85</sup> a la vez que la

80. Como sucedió, por ejemplo, en: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, sentencia de fondo del 29 de julio de 1988, consultado en [[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf)] el 20/05/2014.

81. SCHEININ, M., *Towards a World Court of Human Rights*, Florencia, European University Institute, 2009.

82. *Protecting Dignity: An Agenda for Human Rights*, consultado en [[http://www.udhr60.ch/docs/Panel-humanDignity\\_rapport2011.pdf](http://www.udhr60.ch/docs/Panel-humanDignity_rapport2011.pdf)] el 29/04/2014.

83. COALITION FOR THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, *Estados Parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, consultado en [[http://www.coalitionfortheicc.org/documents/CICCFS-RatificationsbyRegion\\_122\\_sp.pdf](http://www.coalitionfortheicc.org/documents/CICCFS-RatificationsbyRegion_122_sp.pdf)] el 22/06/2014.

85. En analogía, por ejemplo, a lo establecido por el artículo 59 del *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*.

Corte podría modificar su criterio en casos posteriores, afectando la predictibilidad y la seguridad jurídica alegadas. Asimismo, como se ha dicho anteriormente, los proponentes de la Corte Mundial reconocen que el respeto de la integridad de los sistemas regionales de derechos humanos, a través del principio de complementariedad que establece el proyecto consolidado de Estatuto, impide la concretización de tal coherencia a nivel global en la aplicación de los derechos humanos en todo el mundo.

Acerca del cuarto argumento expuesto, tal ampliación de responsabilidad sólo se lograría en la práctica si las entidades ratifican el Estatuto de la Corte y aceptan la jurisdicción de dicho tribunal.

Por otra parte, del hecho de que la Corte Mundial imponga obligaciones de mayor peso en cabeza de los Estados puede deducirse la reticencia de los Estados a aceptar tal detrimento de su soberanía, el cual sería mayor al que ya consienten al aceptar la jurisdicción de los tribunales regionales. Por ejemplo, en este sentido, sostengo que la amplia obligación de los Estados partes, impuesta por el Estatuto, de cooperar y brindar acceso a todo tipo de documentos y lugares de detención, y otras facilidades necesarias, garantizando la libertad de movimientos y de investigación y el acceso ilimitado a autoridades estatales,<sup>86</sup> cuando la Corte Mundial lleve a cabo misiones con el fin de investigar los hechos del caso, podría ser visto por los Estados como un fuerte detrimento a su soberanía, disminuyendo así su voluntad de ratificación del Estatuto y de aceptación de la jurisdicción de la Corte Mundial. Por el contrario, los estatutos de los tribunales regionales de derechos humanos no contienen tal obligación absoluta de cooperar, sino que meramente refieren a la obligación de prestar “todas las facilidades necesarias”, sin especificarlas.<sup>87</sup>

Por lo tanto, en virtud de lo expuesto, considero que la creación de una Corte Mundial de Derechos Humanos no es actualmente necesaria ni probable.

## X. CONCLUSIÓN

En conclusión, sostengo que la creación de una Corte Mundial de Derechos Humanos, pese a que presenta características llamativas como, por ejemplo, la generación de responsabilidad de actores no estatales, no consigue superar las

85. Artículo 18, *Estatuto de la Corte Mundial de Derechos Humanos*.

86. Artículos 14 y 40, ídem. Dicha obligación de plena cooperación en cualquier procedimiento en que sea parte y en el cumplimiento de las medidas provisionales ordenadas por la Corte Mundial y de sus sentencias, se extiende también a las entidades (artículo 42, ídem).

87. Artículo 48 d) de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, artículo 38 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, artículo 26 del *Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para el establecimiento de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*.

falencias y las debilidades que presentan los sistemas de derechos humanos existentes actualmente, ya que, al igual que ellos, depende del consentimiento de Estados y entidades para ratificar su Estatuto y aceptar su jurisdicción. Por consiguiente, al mantener dicho requisito, no logra cumplir con su objetivo principal, es decir, imponerse como tribunal internacional de carácter universal y obligatorio.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALSTON, Philip, “Against a World Court for Human Rights”, en *Public Law & Legal Theory Research Paper*, Nueva York, New York University School of Law, 2013, consultado en [[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2344333](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2344333)] el 29/04/2014.
- Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos*, consultada en [<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/1297>] el 20/05/2014.
- COALITION FOR THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, *Estados Parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, consultado en [[http://www.coalitionfortheicc.org/documents/CICCFS-RatificationsbyRegion\\_122\\_sp.pdf](http://www.coalitionfortheicc.org/documents/CICCFS-RatificationsbyRegion_122_sp.pdf)] el 22/06/2014.
- COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, “Towards a World Court of Human Rights: Questions and Answers”, en *2011 Report of the Panel on Human Dignity*, diciembre de 2011, consultado en [<http://www.udhr60.ch/docs/World-court-final1211%20.pdf>] el 29/04/2014.
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Draft Resolution for an International Court of Human Rights Submitted by the Representative from Australia*, E/CN.4/15, 5 de febrero de 1947, consultado en [<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/GL9/000/20/PDF/GL900020.pdf?OpenElement>] el 29/04/2014.
- , *Proposal on Implementation for the Covenant on Human Rights*, E/CN.4/145, 16 de junio de 1948, consultado en [<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/GL9/002/17/PDF/GL900217.pdf?OpenElement>] el 29/04/2014.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos*, consultado en [[http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)] el 20/05/2014.
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, consultado en [[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf)] el 20/05/2014.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, sentencia de fondo del 29 de julio de 1988, consultado en [[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf)] el 20/05/2014.

- Declaración Universal de los Derechos Humanos*, consultado en [<http://www.un.org/es/documents/udhr/>] el 20/05/2014.
- Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, consultado en [[http://www.oas.org/36ag/espanol/doc\\_referencia/Estatuto\\_CorteIDH.pdf](http://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Estatuto_CorteIDH.pdf)] el 20/05/2014.
- Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*, consultado en [<http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php>] el 20/05/2014.
- Estatuto de la Corte Mundial de Derechos Humanos*, proyecto consolidado de mayo de 2010, consultado en [[http://www.udhr60.ch/docs/Panel-humanDignity\\_rapport2011.pdf](http://www.udhr60.ch/docs/Panel-humanDignity_rapport2011.pdf)] el 20/05/2014.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, consultado en [[http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome\\_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)] el 20/05/2014.
- GONZÁLEZ MORALES, Felipe, *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: antecedentes, funciones y otros aspectos*, consultado en [[www.anuariocdh.uchile.cl](http://www.anuariocdh.uchile.cl)] el 22/06/2014.
- Informe de Amnistía Internacional sobre el estado de los Derechos Humanos en el mundo*, de 2009, consultado en [<http://report2009.amnesty.org/es/regions/asia-pacific>], e Informes de 2012 y de 2013, consultados en [<http://www.amnesty.org/es/annual-report/2012/asia-pacific#header-6>], y en [<https://www.amnesty.org/es/annual-report/2013/asia-pacific>], respectivamente, el 22/06/2014.
- KATZENSTEIN, Suzanne, “In the Shadow of Crisis: The Creation of International Courts in the Twentieth Century”, en *Harvard International Law Journal*, vol. 55, n° 1, Cambridge, 2014.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Proclamación de Teherán*, Conferencia Internacional de Derechos Humanos, Teherán, 22 de abril al 13 de mayo, 1968, consultado en [[http://www.tc.gob.pe/tratados/uni\\_ddhh/instru\\_alca\\_gene2/teheran.pdf](http://www.tc.gob.pe/tratados/uni_ddhh/instru_alca_gene2/teheran.pdf)] el 29/04/2014.
- NOWAK, Manfred, “Eight Reasons Why We Need a World Court of Human Rights”, en *International Human Rights Monitoring Mechanisms: Essays in Honour of Jakob Th. Möller* 697.
- , *Roundtable on the Creation of World Court of Human Rights*, National Taiwan University Law Review, 2012.
- , “The Need for a World Court of Human Rights”, en *Human Rights Law Review*, vol. 7, n°1, Oxford, 2007.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, consultado en [<http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>] el 20/05/2014.
- PAUWELYN, Joost, “Fragmentation of International Law”, en WOLFRUM, R. (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, consultado en [[www.mpepil.com](http://www.mpepil.com)] el 20/05/2014.

PÉREZ, Jordi Bonet y SÁNCHEZ, Víctor (dir.), *Los derechos humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios*, Madrid, Huygens Editorial.

*Protecting Dignity: An Agenda for Human Rights*, consultado en [[http://www.udhr60.ch/docs/Panel-humanDignity\\_rapport2011.pdf](http://www.udhr60.ch/docs/Panel-humanDignity_rapport2011.pdf)] el 29/04/2014.

*Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para el establecimiento de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*, consultado en [<http://www.african-court.org/en/images/documents/Court/Court%20Establishment/africancourt-humanrights.pdf>] el 20/05/2014.

*Resolución 60/147*, aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005, consultado en [<http://www2.ohchr.org/spanish/law/reparaciones.htm>] el 20/05/2014.

ROMANO, Cesare P. R., “The Proliferation of International Judicial Bodies: the Pieces of the Puzzle”, en *New York University Journal of International Law and Politics*, n° 31, Nueva York, 1999.

SCHÉININ, Martin, *Towards a World Court of Human Rights*, Florencia, European University Institute, 2009.

Sitio web del movimiento global Amnistía Internacional: [<http://www.amnesty.org/es/united-nations/security-council>], consultado el 22/06/2014.

Sitios web de la *Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*: [<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/TBPetitions/Pages/HRTBPetitions.aspx#individualcomm>]; [<http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx>]; [<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx>]; [<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/TBPetitions/Pages/IndividualCommunications.aspx#whathappens>], consultados el 20/05/2014.

Sitio web de la organización *Human Rights Watch*: [<http://www.hrw.org/es/news/2012/04/17/el-consejo-de-europa-debe-poner-freno-riesgosas-reformas-al-tribunal>], consultado el 22/06/2014.

YASUAKI, Onuma, *A Transcivilizational Perspective on International Law*, The Pocket books of the Hague Academy of International Law, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010.



**TRABAJOS DE CURSOS DEL C.P.O.  
ORIENTADOS A LA INVESTIGACIÓN**



## LA ESQUIZOFRENIA DEL JUEZ INSTRUCTOR\*

JULIETA MARTÍNEZ BECERRA\*\*

**Resumen:** El presente análisis intenta demostrar la inconstitucionalidad de la figura del juez en la etapa de instrucción en el ámbito nacional, regida bajo el Código Procesal Penal de la Nación, en adelante CPPN, siendo su presencia y actividad, en este momento del proceso, violatoria de la garantía de imparcialidad judicial en especial, como también del principio de independencia judicial.

\* El trabajo ha sido realizado en el marco de la asignatura “Régimen del proceso penal”, a cargo del profesor Ignacio Tedesco en la Facultad de Derecho (UBA).  
Recepción del original: 02/09/2014. Aceptación: 17/10/2014.

BATESON, G., JACKSON, D. D., HALEY, J. & WEAKLEAN, J., “Toward a theory of schizophrenia”, en *Behavioral Science*, Veterans Administration Hospital (Palo Alto, California) and Stanford University, California, 1956. El adjetivo es respetuoso de la denominación utilizada por la ciencia médica para referirse a una verdadera enfermedad como la psicosis en general y la esquizofrenia como una de sus ramas. En el mundo de la psiquiatría y la psicología no existe un criterio uniforme para describir a la misma, lo mismo ocurre con sus causas, por ello, y sin intentar siquiera hacer comparación con el referido campo de estudio, es que propondré una similitud con lo que se ha dado en llamar “doble vínculo” - “doble mensaje” por los autores Gregory Bateson y Paul Watzlawick, al que describen como una causa originada en una situación comunicativa donde la persona recibe mensajes diferentes o contradictorios; ello fue ejemplificado en uno de sus seminarios de la siguiente manera: “...la madre judía que le regala dos corbatas al hijo, una azul y una roja. El hijo sale corriendo y se pone la azul. La mira a la madre y ella le dice: ‘¿Cómo, hijo, no te gustó la roja?’ Y él sale corriendo y se pone la roja. Entonces, la madre dice: ‘¿Cómo, no te gustó la azul?’”. Si esto se repite, se estereotipa, el chico se termina poniendo las dos corbatas. Alguien que se pone dos corbatas juntas está loco. De esta manera tan simple, Watzlawick explicaba el doble vínculo. Otro ejemplo: un chico repuesto de su locura, cuando lo viene a buscar la madre al hall del hospicio, va caminando, sonríe y abre sus brazos para recibir a su mamá. La madre, cuando lo mira, se encoge de hombros y lo estudia de abajo hacia arriba, con una mirada desconfiada. El chico se repliega, frunce su ceño y agacha la cabeza. En ese momento, la madre lo mira y dice: “¿Cómo, hijo, no te pones contento porque vino tu madre? ¡No me sonrías!”. Ése es el doble vínculo. El chico ahí desencadena un nuevo brote psicótico.

\*\* Empleada administrativa en el Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Nación (03/10/2011 al 30/04/2014); Empleada del Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Buenos Aires (11/08/2014 a la actualidad); Ayudante de Cátedra del Dr. Javier De Luca actualmente en la comisión 7611.

Agradezco profundamente la colaboración y enseñanza brindada por el Dr. Ignacio Tedesco, que con toda dedicación y apoyo, fue quien motivó y orientó la elaboración del presente.

**Palabras clave:** poder judicial nacional – garantías del imputado – imparcialidad – independencia judicial – juez de instrucción – sistemas de enjuiciamiento – inquisitivo – acusatorio – ministerio público fiscal – juez de garantías.

**Summary:** This analysis attempts to demonstrate the unconstitutionality of the figure of the judge at the preliminary stage nationally governed under the Criminal Procedure Code of the Nation, hereinafter CPP, and its presence and activity in this stage of the process, in violation to the guarantee of judicial impartiality in particular, as well as the principle of judicial independence.

**Keywords:** national judicial power – warranties of accused – fairness – judicial independence – coroner – systems prosecution – inquisitive – accusatory – public prosecution – judge of guarantees.

## I. INTRODUCCIÓN

En este primer apartado se presentan dos principios constitucionales que hacen a la organización de justicia y al modo en que debe ser llevado a cabo el procedimiento penal.<sup>1</sup>

## II. LA GARANTÍAS DEL IMPUTADO

### II.A. La independencia judicial

El concepto de independencia del poder judicial se refiere a la división que *debe* existir entre los poderes del Estado. Este concepto se encuentra receptado en nuestra Constitución Nacional, en adelante CN, en su art. 1º: “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana federal...”, como así también en su art. 109 prohíbe al presidente de la Nación “...el ejercicio de funciones judiciales, arrogarse el cumplimiento de causas pendientes o reestablecer las

1. MAIER, J. B. J., *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, 2ª ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996, t. I., p. 737. La distinción que divide a ambos parágrafos no es fundamental y en cierta manera, es arbitraria. Ella responde más a la tradición de seccionar al Derecho procesal penal, doctrinaria y legislativamente, en Derecho del procedimiento (o procesal penal propiamente dicho) y Derecho de la organización judicial, que a razones profundas de política jurídica o de comprensión y aplicación de las reglas.

fenecidas”; por otro lado de su art. 75 se desprende que el Congreso de la Nación carece de atribuciones judiciales, como no sean aquéllas propias del juicio político (arts. 53, 59 y 60 CN) y en su art. 108 y siguientes indica que el Poder Judicial es el único autorizado para juzgar los conflictos sociales concretos y para solucionarlos conforme a la ley.<sup>2</sup>

Para garantizar la autonomía en las decisiones, la CN establece las características que deben contextualizar al ejercicio de las funciones judiciales. Con ello se hace referencia a la estabilidad en sus empleos (CN art. 99 inc. 4 III) y al régimen de contribuciones sin posibilidad de ser disminuido (CN art.110), lo cual no responde a privilegios sino a la necesidad de hacer operativa la citada garantía.

Otra característica fundamental se relaciona directamente con el procedimiento de nombramiento y remoción de los jueces. El nombramiento, en cuanto a los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en adelante CSJN, mantiene la fórmula previa a la reforma constitucional de 1994 y respecto de los jueces de tribunales inferiores se establece que serán nombrados según la terna propuesta por el Consejo de la Magistratura (CN arts. 114 y 99 inc 4 III). La remoción, en cuanto a los jueces de la CSJN se realiza mediante el llamado “juicio político” y respecto a los jueces ordinarios por un jurado de enjuiciamiento.<sup>3</sup>

Hasta aquí se refleja el concepto de la llamada “independencia externa” del poder judicial.<sup>4</sup>

Por otro lado, el concepto de “independencia interna” del poder judicial se refiere a la libertad que *deben* tener los jueces a la hora de juzgar, ello es, con independencia de presiones que provengan incluso del propio poder judicial. En

2. *Ídem*, p. 746.

3. BERGALLI, R., *Estado democrático y cuestión judicial*, Segunda edición, Buenos Aires, Ed. De Palma, 1984, pp. 102 y ss., citado en MAIER, J. B.J., *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996, t. I, p. 749. Las formas de selección y designación de los jueces permanentes, por medio de los otros dos poderes del Estado, exclusivamente, no son reputadas, hoy en día, suficientemente garantizadoras de la independencia externa del poder judicial e interna de los jueces que lo componen (lenguaje de Bergalli, nota nº 10). Se aboga por la creación de un *consejo de la judicatura*, con participación de los mismos jueces, electos por sus pares, y de los poderes del Estado, incluso de los propios abogados, por tratarse de un cuerpo profesional, consejo que tendría a su cargo, no sólo las tareas de selección y designación de los jueces, sino también, la disciplina del servicio y la remoción de los jueces que desempeñan mal sus funciones.

4. Texto del Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación (1986), art. 2, elevado al poder legislativo para su tratamiento en mayo de 1987. Observa claramente todo este problema, al que alude como independencia *externa* (del poder judicial) e *interna* (de los jueces). BERGALLI, R., *Estado democrático y cuestión judicial*, Buenos Aires, Ed. De Palma, pp. 98 y ss., citado en MAIER, J. B.J., *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, Segunda edición, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996, t. 1, p. 745. Observa claramente todo este problema, al que alude como independencia externa (del poder judicial) e interna (de los jueces), incluso para extraer consecuencias en la organización judicial (cogobierno del poder judicial).

este punto es menester indicar que nuestra CN no prevé ninguna regla expresa que prohíba a los tribunales de justicia funcionar jerárquicamente; este sistema se refleja claramente en materia recursiva y es allí donde se confunden los fines de este principio con razones de organización judicial.

En palabras del Dr. Julio Maier: "...aunque se faculte a alguien para recurrir la decisión de un tribunal y se permita, de este modo, que otro tribunal reexamine el caso, desde algún punto de vista, y este tribunal elimine, revoque o reforme la decisión anterior (por considerarla errónea), pues las instancias recursivas y los tribunales creados para llevarlas a cabo no deben ser, al menos de manera principal, expresión de una organización jerárquica, sino, por el contrario, manifestación de la necesidad de evitar errores judiciales para garantía del justiciable".<sup>5</sup>

Esta práctica tiene su correlato histórico, el cual responde al carácter funcional de las instancias recursivas y al momento de su nacimiento, cuestión que será analizada con mayor detalle en el apartado próximo.

Cabe citar la reflexión en tal sentido del Dr. Alberto M. Binder, en cuanto refiere que la verdadera independencia judicial está ligada a este segundo aspecto: "...Es el juez, personalmente, con nombre y apellido, quien no está subordinado a ninguna instancia de poder. No está subordinado al Poder Ejecutivo, ni al Poder Legislativo; pero tampoco –y esto merece ser subrayado– está subordinado a ninguna instancia de poder interna al Poder Judicial".<sup>6</sup>

## II.B. La imparcialidad del juzgador

La garantía de imparcialidad se encuentra receptada en nuestra CN, conforme el art. 75 inc. 22, según el cual adquieren jerarquía constitucional diversos instrumentos internacionales, entre ellos, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) en su art. 10 reza: "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal"; por su lado la Convención Americana sobre de Derechos Humanos (CADH) en su art. 8º, ap. 1 prescribe: "... toda persona tiene derecho a ser oída (...) por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial";<sup>7</sup> la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del

5. Cf. Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica) art. 8, nº 2, h, bajo el título de *garantías judiciales*. Se confunde, casi siempre, la necesidad política del recurso, garantía de seguridad del fallo, con la organización exclusivamente administrativa de los tribunales y la posición que ellos ocupan en ese esquema. En MAIER, J. B. J., *Derecho Procesal...* ob. cit., p. 744.

6. BINDER, A. M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, 2ª ed., p. 149.

7. CARRIÓ, A. D., *Garantías Constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, 5ª

Hombre (DADH) en su art. 26 prescribe: "... Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública..."; y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) en su art. 14. 1 expresa: "... Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial...".<sup>8</sup> En honor a nuestra tradición, no debe dejar de mencionarse que el principio de referencia fue plasmado en la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, la cual expresa, en su primer artículo, el derecho a la igualdad y la organización política bajo la división de poderes, y en su artículo octavo consagra por primera vez en forma expresa, la garantía a un juicio rápido (*speedy trial*) por un jurado imparcial del vecindario. Luego –y si bien la Constitución de 1789 no vuelve a referirse a esta garantía– se incorpora por la VI Enmienda, en 1791, en la forma de derecho a un "jurado imparcial del propio Estado y distrito". Ha sido esta entonces la primera referencia constitucional expresa de una garantía de imparcialidad.<sup>9</sup>

"En otro sentido "La palabra "juez" no se comprende, al menos en el sentido moderno de la expresión, sin el calificativo de "imparcial".<sup>10</sup> De otro modo: el adjetivo "imparcial" integra hoy, desde un punto de vista material, el concepto "juez", cuando se lo refiere a la descripción de la actividad concreta que le es encomendada a quien juzga (...). El sustantivo imparcial refiere, directamente, por su origen etimológico ( in partial) a aquel que no es parte en un asunto que debe decidir (...) El concepto refiere a la ausencia de prejuicios a favor o en contra de las personas o de la materia acerca de las cuales debe decidir".<sup>11</sup>

El referido criterio debe ser considerado en sentido relativo, por cuanto el juez como una persona de carne y hueso, vive en un contexto histórico-político-cultural

---

ed., p. 170. Con el elevamiento a rango constitucional de ciertos instrumentos internacionales como, por ejemplo, la Convención Americana de Derecho Humanos –conf. Art. 75 inc. 22 de la Carta Magna–, una de las garantías judiciales que cobró inmediata fuerza fue la que prescribe su art. 8º, ap. 1.

8. MAIER, J. B. J., *Derecho Procesal...*, ob. cit., p. 752. La garantía del juez imparcial se encuentra en la base del movimiento liberal del siglo XVIII y de las declaraciones y tratados sobre derechos humanos: Declaración de derechos de Virginia, Sección 8: "...juicio rápido por un jurado imparcial...".

9. ZYSMAN QUIRÓS, D., "Imparcialidad judicial y enjuiciamiento penal. Un estudio histórico conceptual de modelos normativos de imparcialidad", en HENDLER, E. S. (comp.), *Las garantías penales y procesales. Enfoque historico-comparado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, p. 357 en consulta al *Documents of The Constitution of England and América, from Magna Charta to the Federal Constitution of 1789*, Littleton, Fred B. Rothman & CO., 1993.

10. MAIER, J. B. J., *Derecho Procesal...* ob. cit., p. 739. La prueba más concreta de ello la proporciona el mismo diccionario de significados de la lengua castellana, pues la afirmación inversa también es absolutamente correcta: el adverbio imparcial, en su significado mas directo, va unido indisolublemente a la acción de juzgar, y su utilización como adjetivo al sustantivo que menciona quien realiza la acción de juzgar; al mismo tiempo, el sustantivo imparcialidad denota la falta de prejuicios en la acción de juzgar. Cf. Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, 21ª ed., t. II, p. 1144.

11. MAIER, J. B. J., *Derecho Procesal...* ob. cit., p. 739 y ss.

que impide que tal imparcialidad sea absoluta. De allí la trascendencia de la sentencia *Nollite iudicare* (¡No juzguéis!), atribuida a Cristo, y la demostración de que la palabra justicia, como toda obra humana, es tan sólo una utopía, una bella utopía.<sup>12</sup> En relación y de manera más crítica se refiere a este criterio Luis Rodríguez Ramos<sup>13</sup> expresando: “Juzgar es una actividad bíblicamente prohibida por el Nuevo Testamento: no juzguéis y no seréis juzgados, no condenéis y no os condenarán (Mt 7; 1 y 2; LC 6, 37 y 38) (...) unos seres humanos con conocimiento limitado es evidente que nunca podrán juzgar con absoluta justicia, por ignorancia o error sobre datos esenciales y/o accidentales del hecho y/o del autor (...) tampoco estaría de más que algunos juzgadores “perdieran su divinidad” (...) pues en realidad son ministros - servidores del pueblo”. Si bien el autor en su relato refuerza su indignación a un sistema plagado de prácticas abusivas, de las líneas anteriores puede extraerse la idea de que la garantía de imparcialidad que se exige nunca puede ser absoluta, sino relativa.

La imparcialidad se refiere a la posición que debe tener el juez frente al caso concreto que debe juzgar y de esta forma impedir que pese sobre él el “temor de parcialidad”. En este punto se trata de la relación específica del juzgador con el caso concreto. Tal garantía, a diferencia de la independencia judicial, se logra de manera negativa, esto es, excluyendo al juez parcial que no garantiza la objetividad de su criterio frente al caso concreto.<sup>14</sup>

Los motivos de apartamiento se encuentran regulados en el CPPN Capítulo IV arts. 55 y siguientes, tanto respecto del derecho de recusación como del deber de inhibición y si bien el análisis pretenderá concentrarse en la justicia nacional, es menester mencionar que las distintas leyes procesales contienen, en general, los mismos motivos.<sup>15</sup>

De todas formas, más allá de que los motivos se encuentren regulados, es interesante destacar que ninguna regulación al respecto puede abarcar todos los motivos posibles que pueden fundar la sospecha de parcialidad de un juez (justamente el motivo va a estar relacionado de manera específica con el caso concreto). Es decir, allí donde el justiciable demuestre su razonable temor por la posible parcialidad de un

12. MAIER, J. B. J., *Derecho Procesal...* ob. cit., p. 741.

13. RODRÍGUEZ RAMOS, L., “¿El juez de instrucción es inconstitucional?”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 1997, Vol.3 (7) 05:343.2/9. C751c, p. 625.

14. MAIER, J. B. J., *Derecho Procesal...* ob. cit., p. 752.

15. MAIER, J. B. J., *Derecho Procesal...* ob. cit., p. 753. En general, las leyes argentinas contienen los mismos motivos para fundar el deber de apartarse y el derecho a recusar; sólo algunos códigos excluyen el deber del juez de apartarse cuando existe un pedido expreso de quienes tienen derecho a recusar, para que siga conociendo la causa (CPP Córdoba, 63; CPP Mendoza, 52; CPP Salta, 51; CPP La Rioja, 54; CPP Corrientes, 56; CPP Entre Ríos, 52 y CPP Tucumán, 63).

juez, es indispensable que se habilite el derecho a recusar, interpretando los motivos que se encuentran regulados como una mera guía para su aplicación.<sup>16</sup>

La regla debe impedir que un juez que intervino, total o parcialmente, en algún tipo de decisión anterior al juicio no pueda integrar el tribunal juzgador; en la misma línea la prohibición se extiende a la materia recursiva.<sup>17</sup>

La jurisprudencia federal ha rechazado, genéricamente, estos criterios y ello se da fundamentalmente por la “confusión” de los jueces entre honestidad personal y temor de parcialidad. Siendo que, en el hipotético caso en que se desencadene un reproche personal al juez, tal situación lo llevaría a un proceso penal según el decisorio de un jurado de enjuiciamiento, no a un simple apartamiento en el caso concreto. Un ejemplo de este equívoco, es la argumentación principal de la sentencia en el caso “Sosa M.I. s/ art. 302 CP”, la cual se basa en la probidad y honestidad personal del funcionario judicial recusado.<sup>18</sup>

Uno de los paradigmas de la revolución liberal del s. XIX fue dividir el poder, para tornarlo soportable. Uno era el órgano que investigaba y otro el que juzgaba,<sup>19</sup> y para garantizar la referida imparcialidad era conveniente incluso que ni siquiera se le suministrara al tribunal de juicio una carpeta y/o expediente con los antecedentes del caso.<sup>20</sup>

El Código Procesal Criminal Nacional (1889) revela que el principio es conocido desde antaño en el derecho argentino, Puede verse como en la Exposición de

16. BOVINO, A., “Imparcialidad de los jueces y causales de recusación no escritas en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación”, en *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998, pp. 49-68.

17. MAIER, J. B. J., *Derecho Procesal...* ob. cit., p. 759. Básicamente no pueden integrar el tribunal juzgador aquellos jueces que, de alguna manera, incluso por apelación de decisiones del juez de instrucción, contribuyeron durante la instrucción preliminar; dicho sea de paso, tampoco puede integrar el tribunal que juzga un recurso aquel juez que dictó o contribuyó a dictar la decisión impugnada, ni puede integrar el tribunal que juzga el juicio de reenvío el juez que dictó o contribuyó a dictar la sentencia casada.

18. Sentencia del Tribunal Oral Penal Económico integrado por los jueces Cortelezzi, Oyuela y Landaburu en “Sosa M. I. s/art.302 del CP” del 23/11/1992 “...y por tal razón la Fiscalía teme por la parcialidad del doctor Cortelezzi (aunque contradictoriamente se encarga se puntualizar que nadie podría dudar de la imparcialidad general y mucho menos en este expediente en particular, del citado magistrado” en MAIER, J. B. J., *Derecho Procesal...* ob. cit., p. 759 y ss.

19. GÖSSEL, K. H., *El defensor en el proceso penal*, Bogotá, Temis, 1989, pp.16 y ss., citado en MAIER, J. B. J., *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, Segunda edición, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996, t. I. El procedimiento siguió esa misma idea, se intentó distribuir el proceso en diversos estadios, bajo órganos diversos, que se controlan mutuamente.

20. CARRIÓ, A. D., *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos*, Buenos Aires, Editorial Eudeba, 1990, p. 60 y ss. Donde la palabra neutralidad significa lo mismo que nosotros expresamos como temor o sospecha de parcialidad.

Motivos del Proyecto liderado por Manuel Obarrio indica que: “está arriba de toda discusión” refiriéndose a la separación de funciones entre la instrucción del proceso y el juicio.<sup>21</sup>

Es impensable, pero real, que aún hoy en día subsistan “dudas”, “equivocos” o “malas interpretaciones” en cuanto a la aplicación de la referida garantía; los infinitos obstáculos que operan en torno al pleno desenvolvimiento de su aplicación, en la faz tal vez más básica de la misma (división de funciones entre instructor y juzgador) no permiten avanzar en matices más profundos de su vigencia, como ser la figura de un juez en la etapa de instrucción.

Ello se debe a un “atraso cultural y social”<sup>22</sup> y no al contenido de las normas. Ciertos estándares históricos aferrados a la conciencia, no sólo de los jueces, sino a la de todos los operadores judiciales, como así también a la existencia de una sociedad cómplice de los mismos frenan una revolución cultural que tornaría operativa, entre otras, a la garantía de imparcialidad.

Retomando una actitud positiva de su posible aplicación, en el apartado siguiente me detendré a analizar cómo operan las referidas garantías según cada sistema de enjuiciamiento, y ello nos dará un panorama más claro de su ausencia en nuestro sistema.

### III. LOS SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL Y LA GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD

El análisis comienza en relación a lo que se conoce como la primera acepción de Langer,<sup>23</sup> es decir, como categoría histórica<sup>24</sup> de los sistemas de enjuiciamiento.

21. Proyecto de ley sobre el establecimiento de juicio por jurados y Código de procedimiento criminal, redactado por la Comisión nombrada el 6/10/1871, p. 60 y ss.

22. MAIER, J. B. J., *Derecho Procesal...* ob. cit., p. 763.

23. LANGER, M., “La dicotomía acusatorio - inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado”, en MAIER, J. B. J. y BOVINO, A. (comps.), *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Del Puerto, 2001, pp. 239-268.

24. *Ídem*, p. 244. Según esta aproximación teórica, lo acusatorio y lo inquisitivo son rótulos que sirven para denominar un sistema procesal concreto o un conjunto de sistemas procesales concretos pasados o presentes. Así, por ejemplo, uno de los usos más comunes que se ha dado a esta dicotomía, ha sido denominar acusatorios al grupo de procesos penales de los países de la tradición anglosajona, e inquisitivos a los de la tradición continental-europea.

### III.A. El sistema acusatorio

Esta forma dominó el mundo antiguo.<sup>25</sup> La característica fundamental reside en la división de poderes ejercidos en el proceso penal: el acusador (quien persigue penalmente y ejerce el poder requirente), el imputado (ejerce el derecho de defensa) y el tribunal (quien tiene el poder de decidir - juzgar). Su paralelo y correspondencia con el sistema republicano es evidente. El tribunal aparece como un árbitro entre dos partes.<sup>26</sup>

El procedimiento consiste fundamentalmente en un debate público, oral, continuo y contradictorio.<sup>27</sup>

25. FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 561-567. El proceso penal de la antigüedad, como se configura en Grecia y en Roma republicana, tiene una estructura esencialmente acusatoria, a causa del carácter predominantemente privado de la acusación y la naturaleza arbitral tanto de juez como del juicio. El paso de la venganza de sangre al derecho penal se realiza con la atribución de funciones de enjuiciamiento y sancionadoras a un órgano imparcial y muy pronto al público. Es precisamente de esta naturaleza privada o polar –y en cualquier caso voluntaria– de la acción penal de donde derivan en el proceso romano ordinario, los caracteres clásicos del sistema acusatorio (discrecionalidad de la acción, la carga acusatoria de la prueba, la igualdad de las partes, la atribución a éstas de toda la actividad probatoria y disponibilidad de pruebas y el papel de arbitro y espectador reservado al juez). Las primeras formas de proceso inquisitivo se desarrollaron en la Roma Imperial con las causas de oficio por los *delicta pública*, comenzando por los *crimina laesae maiestatis*, en los que se consideraba ofendido un directo interés del príncipe y la parte perjudicada se identificaba con el Estado. Tras la caída del Imperio Romano, el proceso se vuelve acusatorio, evolucionando en la forma de la *disputatio* y del contradictorio, elaborados entre el fin del primer milenio y el siglo XII, desarrollándose y consolidándose en Inglaterra y en el mundo anglosajón en las formas del *adversary system*. Pero la Inquisición reapareció en el siglo XII, con las Constituciones de Federico II en los procesos por crímenes de lesa majestad y en el proceso eclesiástico por los delitos de herejía y brujería (donde el ofendido era Dios y por ello la acusación era obligatoria y pública, donde se exigía la colaboración forzosa del acusado). El proceso inquisitivo asumió muy pronto el carácter ordinario, difundándose después del s. XVI en todo el continente europeo. La batalla cultural y política contra la irracionalidad y la arbitrariedad de este proceso es uno de los motivos que animaron a la Ilustración reformadora a denunciar la inhumanidad de la tortura y el carácter despótico de la Inquisición, así como en el redescubrimiento del valor garantista de la tradición acusatoria. Fue por ello natural que la Revolución Francesa adoptase – en la fase inmediatamente posterior al 89 – el sistema acusatorio. La experiencia no duró en el continente europeo, el código termodoriano de 1795 y el napoleónico de 1808 dieron vida a aquél monstruo nacido de la unión del proceso acusatorio con el inquisitivo, predominantemente inquisitivo en la primera fase, escrita, secreta, dominada por la acusación pública y exenta de la participación del imputado, privado de libertad durante la misma; tendencialmente acusatorio en la fase sucesiva del enjuiciamiento, caracterizado por el juicio contradictorio, oral y público con intervención de la acusación y la defensa, pero destinado a convertirse en mera repetición o escenificación de la primera fase.

26. MAIER, J. B. J., *Derecho Procesal...* ob. cit., p. 443 y ss.

27. *Ídem*, p. 445.

### III.B. El sistema inquisitivo

La Inquisición responde a la concepción absoluta del poder central, a la centralización del poder de manera que todos los atributos que concede la soberanía se reúnen en una sola persona.

La universalidad de la Iglesia Católica y la formación de los Estados Nacionales como monarquías absolutas condujeron necesariamente a este tipo de procedimientos. La característica fundamental del enjuiciamiento inquisitivo reside en la concentración del poder procesal en una mano, la del inquisidor, a semejanza de la reunión de los poderes soberanos (administrar, legislar y juzgar) en una única persona, según el régimen político del absolutismo.

Monarca o príncipe eran los depositarios de toda la jurisdicción penal y, como el número de casos hacía fácticamente imposible su ejercicio personal, éstos delegaban tal poder en sus funcionarios, siendo reasumido cuando fuese necesario su control.<sup>28</sup>

Esta última característica, merece un paréntesis para demostrar que la misma encuentra su correlato actual en el art. 196 CPPN: “El juez de instrucción podrá decidir que la dirección de la investigación de los delitos de acción pública de competencia criminal quede a cargo del agente fiscal...”, situación que será analizada con mayor detalle en el apartado posterior.<sup>29</sup>

Las restantes características consistían en una investigación secreta, escrita y con un particular modo de averiguación de la verdad, la confesión del acusado; las sentencias eran impugnables, momento en que aparece la *appellatio* y en general los recursos con efecto devolutivo, es decir, con la finalidad de permitir el control del poder delegado.<sup>30</sup>

28. MAIER, J. B. J., *Derecho Procesal...* ob. cit., p. 447.

29. BINDER, A. M., *Introducción...* ob. cit., p. 236 y ss. Ese conjunto de actividades procesales preparatorias, que pueden recibir el nombre de sumario, procedimiento preparatorio, instrucción o investigación preliminar o preparatoria, puede ser organizada de distintos modos, que dependen de la cercanía o lejanía que tenga el sistema procesal respecto del modelo acusatorio. Por ejemplo, aquellos sistemas procesales que siguen el modelo inquisitivo encargan la investigación o desarrollo del sumario al juez de instrucción. Una vez que éste termina de reunir las pruebas, le envía el sumario al fiscal, para que sea él quien requiera la apertura a juicio (acusación). Aún aquellos sistemas que no siguen plenamente el sistema inquisitivo, sino que siguen el llamado “mixto” o “inquisitivo reformado”, le entregan también la investigación al juez, para que realice una instrucción formal y luego el fiscal requiera la apertura de un juicio oral y público. Otros modelos, que se acercan mucho más al modelo acusatorio, le entregan la investigación preliminar directamente al fiscal, quien se convierte en el encargado de preparar la acusación que él mismo presentará.

30. MAIER, J. B. J., *Derecho Procesal...* ob. cit., p. 745 Los recursos nacieron en organizaciones judiciales autoritarias, precisamente para que el soberano ( el monarca, que delegaba su jurisdicción en los casos concretos, pudiera controlar, por ese medio, cómo sus representantes utilizaban el poder

### III.C. El sistema mixto

El “punto final” a la Inquisición lo marcó la Revolución Francesa dando nacimiento al sistema mixto.<sup>31</sup> Ello no produjo la muerte total de la Inquisición ya que sus máximas se mantienen vigentes en la actualidad, es decir, la persecución penal obligatoria y la averiguación de la verdad como metas del procedimiento.

En cuanto al tema que dirige el análisis, la llamada instrucción preparatoria, en el CPPN, mantiene los principales rasgos del sistema inquisitivo, su base es el *Code d’Instrucción Criminale* francés de 1808, expandido por Europa Continental,<sup>32</sup> a lo que nuestra tradición hace honor.<sup>33</sup> He aquí la problemática que nos ocupa. Por un lado, nuestras raíces constitucionales fueron importadas de Estados Unidos, quienes adoptaron en su conjunto la tradición inglesa y con ello el sistema acusatorio, y por otro lado, nuestro sistema de enjuiciamiento criminal adoptó la forma instaurada en el continente europeo, con marcada tendencia al modelo inquisitivo.

De esto último puede afirmarse el atraso cultural referenciado en el apartado anterior, siendo que tales características se mantienen incólumes en la actualidad.

La separación entre juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo acusatorio; comporta no sólo, la diferenciación entre sujetos que desarrollan funciones de enjuiciamiento y los que tienen atribuidas las de postulación, sino también el papel de parte en posición de paridad con la defensa.<sup>34</sup>

---

delgado (Inquisición); esto es, aparecieron cuando las organizaciones judiciales horizontales ( juzgaban asambleas populares o representaciones populares, depositarias de la soberanía) se convierten en organizaciones verticales (jerárquicas).

31. BOVINO, A., “Juicio y verdad en el procedimiento penal”, en AA.VV., *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, pp. 230-231. Con la caída histórica del sistema inquisitivo con las revoluciones... –sistema que destruyó todo vestigio del principio acusatorio– se mantuvo el principio material de la persecución penal pública, pero se introdujo de modo tenue el principio acusatorio: así nació el principio acusatorio que hoy denominamos formal. Si bien se dividen las funciones de perseguir y de decidir, ambas son desempeñadas por órganos estatales. El acusatorio formal consiste en la división entre las tareas requirentes, a cargo del ministerio público y las tareas decisorias a cargo de los tribunales. Actualmente existe un consenso generalizado acerca del hecho de que el principio acusatorio es un requisito ineludible para respetar la garantía de imparcialidad. Sin embargo, consideramos que en los nuevos ordenamientos jurídicos producto de la reforma, los principios acusatorios no han logrado operar como mecanismos que tornen efectiva la garantía de imparcialidad.

32. MAIER, J. B. J., *Derecho Procesal*... ob. cit., p. 451.

33. ALLIAUD, A., “Principio acusatorio. Estudio histórico-comparado de su génesis y evolución”, en HENDLER, E. S. (comp.), *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, pp. 228-233.

34. CORREA GARCÍA, S., *El rol de la víctima en el moderno sistema procesal penal acusatorio*, consultado en [[http://www.pjbc.gob.mx/admonjus/n27/AJ27\\_002.htm](http://www.pjbc.gob.mx/admonjus/n27/AJ27_002.htm)] el 09/09/2014.

En referencia a la segunda acepción de Langer,<sup>35</sup> es importante aclarar que ningún sistema de enjuiciamiento corresponde a tipos ideales, pero “Es posible reconocer en los procesos penales históricos una mayor o menor cantidad de rasgos correspondientes a estos tipos puros y de este modo determinar si se acercan en mayor o menor medida a ellos (...) el acercamiento de un sistema procesal penal concreto a uno de estos tipos ideales, nos puede ayudar a entender parte de la lógica o dinámica de ese sistema”.<sup>36</sup>

Tal frustración se da, como se mencionaba en el apartado anterior, porque por más que se reformulen las normas, es necesario un profundo cambio cultural que permita adaptarse de una manera más natural y armónica al alejamiento de prácticas inquisitivas. Ello sumado al imprescindible cambio en cuanto a los fines del procedimiento, es decir, descartar de los pilares a la persecución penal obligatoria y a la averiguación de la verdad como metas del procedimiento. Mientras la sociedad en su conjunto, no proponga alternativas y fines distintos a los mencionados, todas las reformas legislativas y/o jurisprudenciales serán sin sentido.

Difícilmente pueda imaginarse hoy un modelo inquisitivo o mixto que no contenga límite o regla alguna que condicionen la averiguación de la verdad,<sup>37</sup> esto es, el proceso judicial sólo podrá tender a aspirar a una verdad relativa, pero con ello no alcanza.<sup>38</sup>

Volviendo a la dicotomía acusatorio – inquisitivo, puede ilustrarse la problemática en palabras de Ferrajoli: “...el esquema decisionista... acompaña con frecuencia al método inquisitivo: según este es justo que el que juzga sea un órgano activo en la averiguación de la verdad sustancial, informado por criterios esencialmente discrecionales; la actividad instructora puede muy bien ser secreta, interesando más la decisión justa que su controlabilidad, el papel de la defensa resulta

35. LANGER, M., “La dicotomía acusatorio - inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado”, en MAIER, J. B. J. y BOVINO, A. (comps.), *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Del Puerto, 2001, pp. 239-268.

36. *Ídem*, p. 245. Según esta aproximación teórica, lo acusatorio y lo inquisitivo son tipos ideales integrados por determinados elementos estructurales que, además, pueden tener cierta clase de relaciones entre sí. Por lo general, ningún sistema procesal penal concreto corresponde exactamente a estos tipos ideales.

37. ZYSMAN QUIRÓS, D., “Imparcialidad judicial...” ob. cit., p. 344. Esta visión resulta de interés, pues nos permite ligar conceptualmente la existencia del principio de imparcialidad con la búsqueda de la verdad, y el nacimiento – a raíz de ella – de un juzgador: un juez en sentido sustancial. De aquí que el principio en comentario sólo pueda ser analizado, como consecuencia de la existencia de ciertos modelos de enjuiciamiento y proceso (formas jurídicas) orientados por una voluntad de verdad, como criterio de atribución de la razón en el litigio. A partir de este “suelo”, las relaciones entre juez y verdad comienzan su derrotero histórico, creando distintos modelos de imparcialidad.

38. GUZMÁN, N., *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, pp. 7-37.

irrelevante o, peor todavía, se considera un obstáculo para la buena marcha del juicio; el objeto privilegiado del proceso no es el hecho- delito sino la personalidad del reo”.<sup>39</sup>

Hasta aquí, dos principios constitucionales que, según el sistema de enjuiciamiento que los dirija, serán aplicados o no. Según pudo apreciarse anteriormente, como no es posible que tales sistemas se reflejen en tipos puros, se debe aclarar nuevamente que la vigencia y el avance de las garantías dependerá en mayor o menor medida de cuán inquisitivos, acusatorios o mixtos sean esos sistemas.

Se entenderá entonces que, bajo un sistema inquisitivo no operará la independencia judicial, como así tampoco la imparcialidad del juzgador. En un sistema acusatorio es muy probable que operen ambas garantías y por último, en un sistema mixto, y según el contexto histórico, político y cultural, es más probable que opere la independencia judicial pero no correrá la misma suerte la garantía de imparcialidad.<sup>40</sup>

#### IV. EL PROCEDIMIENTO PENAL NACIONAL (CPPN)

Para expresar como hoy en día se mantienen vigentes muchas de las prácticas inquisitivas al interior de nuestro sistema es que a continuación se transcribe un extracto de lo que se dio en llamar el *Manual de los Inquisidores*: “Con la Inquisición pasó lo que con todas las instituciones: ha sobrevivido su codificación. Codificado, adquirió semblante de vida autónoma, desmantelado, sobrevive merced a la vida que lo animaba antes de que tuviera un nombre y se manifestara mediante un procedimiento. Efectivamente, sobrevive –en presente indicativo– pues aunque la institución parezca muerta, la actitud ideológica –espiritual, ritual, eclesiológica; es amplia elección de adjetivos aceptables– de lo que era un exponente privilegiado, conserva buena salud”.<sup>41</sup>

En el apartado anterior se sentaron las bases de cómo funcionan los principios de independencia judicial y de imparcialidad del juzgador en cada modelo de enjuiciamiento criminal. Así también quedó plasmado que el contexto histórico y las

39. FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón...* ob. cit., p. 541.

40. ZYSMAN QUIRÓS, D., “Imparcialidad judicial...” ob. cit., p. 343. De aquí que una visión histórica nos lleve a apreciar la existencia de sistemas jurídicos que no sólo resguardaron en forma diversa este principio, sino que plantearon distintos *modelos normativos de imparcialidad* que lo estructuraron. El hecho que existan diversos modelos normativos permite considerar en el plano fáctico distintas intensidades de su cumplimiento (mayor o menor satisfacción del principio según el modelo), pero no así la comparación descontextualizada entre modelos.

41. BOVINO, A., “Juicio y verdad en el procedimiento penal”, en AA.VV., *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 230.

metas propuestas en cada proceso penal constituirán el norte al que quedará sujeto el cumplimiento en más o en menos de las citadas garantías.

Nuestro CPPN está enmarcado en un sistema de enjuiciamiento mixto, importado del sistema napoleónico antes referido, y a su vez, como se mencionó anteriormente, nuestra CN exige la implementación de un sistema acusatorio como lo es el juicio por jurados (art.118).

El sistema mixto no puede cumplir, especialmente, con la garantía de imparcialidad que exigen nuestra CN y los instrumentos internacionales incorporados a ella; si bien el mismo, puede decirse que se divide en dos partes, la primera con características fuertemente marcadas del sistema inquisitivo y la segunda, con características del sistema acusatorio, el peso de la primera fase lo transformará en inquisitivo de manera obligada, que para expresarlo en sentido metafórico, es como describía aquél viejo refrán donde “la manzana podrida pudre a las demás”.

No puede dejar de mencionarse que, al estar tal principio relacionado a determinada forma de búsqueda de la verdad, cuando se hace referencia al sistema inquisitivo reformado que adopta nuestra república, se representa con aquél que se encuentra sujeto a reglas. Y ello es así ya que la evolución histórica hizo que ciertas prácticas debieran ceder para llegar a los objetivos del proceso; entre aquellas reglas, es que, mediante una evolución humana, se llega a la eliminación de la tortura, como forma exclusiva para arrancar la “verdad” del proceso, arribando mediante tormentos a una confesión.<sup>42</sup> Aunque de todas formas, sin adentrarme de lleno en la temática, es posible afirmar que el hecho de la existencia de normas vigentes que castiguen hechos de tortura indica que la evolución no es total.<sup>43</sup> Y aun en el mejor de los casos, y en relación al tema de la confesión, puede decirse que en la actualidad se han encontrado prácticas enmascaradas como son el “juicio abreviado”<sup>44</sup> o la “suspensión del proceso a prueba”<sup>45</sup> que si bien no utilizan mecanismos de tortura física, indican una involución en el proceso judicial.

Nuestro proceso penal se divide fundamentalmente en dos partes, aunque lo que se denomina como la etapa de debate queda en una posición secundaria respecto

42. Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes – Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10/12/1984, Aprobada por la República Argentina mediante la Ley 23.338, publicada en el B.O. el 26/02/1987.

43. RAFECAS, E. D., *La Tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2013. A lo largo de su trabajo puede observarse la vigencia de tales prácticas.

44. LANGER, M., *La dicotomía acusatorio - inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado*, en MAIER, J. B. J. y BOVINO, A. (comps.), *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Del Puerto, 2001, pp. 239-241. Estos mecanismos de negociación fueron adoptados, entre otros, por el CPP Córdoba art. 415; CPPN art. 431 bis, CPP P. de Bs.As. arts. 395/402; CP Formosa arts. 503/506.

45. Código Penal art. 76 bis; CPPN art.515.

de la instrucción preparatoria. Ello se debe a varios factores, entre ellos, al peso que tiene la etapa instructoria, a la incorporación por lectura de las actas de debate y a los procedimientos abreviados antes referidos. Por tal razón, es que me detengo a analizar las consecuencias que acarrea el sistema mixto en este sentido y no por considerar menos importante la etapa de debate, sino al contrario, entendiendo que el mayor problema se centra en la instrucción.<sup>46</sup>

Puede afirmarse, sin demasiada reflexión, que la mayor consecuencia del juicio (debate) o juicio abreviado<sup>47</sup> es la imposición de una pena, de la misma forma que puede afirmarse que la mayor consecuencia de la etapa de instrucción, es la imposición de “medidas cautelares”, siendo la más gravosa la prisión preventiva. En este momento del proceso, y para decidir tal imposición, el juez también está juzgando, y por ende es necesaria su imparcialidad, de manera tal que, siguiendo los criterios antes expuestos, para cumplir con tal garantía, es necesario, entre otras cosas, dividir las funciones de quien instruye y quien juzga, es decir, no está legitimado que, quien imponga la “medida cautelar”, sea la misma persona que instruya la etapa preparatoria.

Lo dicho a la luz de las exigencias constitucionales, exigentes del cumplimiento de la garantía de referencia, demuestra la inconstitucionalidad de que sea un juez quien dirija la etapa instructoria. No menos importante es hacer referencia al abuso en la aplicación de tal medida cautelar<sup>48</sup> y a que la imposición de la misma hoy se encontraría legitimada en base a las metas del procedimiento. Entonces en consonancia con otro de los argumentos expuestos, se entiende que, por más reformas legislativas que se realicen, y aunque de ellas derive una clara, clarísima, distribución de tareas, el mayor problema radica en conservar los fines del procedimiento inquisitivo. Mientras la sociedad en su conjunto no realice un esfuerzo encaminado hacia un avance cultural que demuestre características humanas en evolución y civilización<sup>49</sup> perdurarán las tristes prácticas inquisitivas.

46. BAYTELMAN, A. y DUCE, M., *Evaluación de la Reforma Procesal Penal*, Santiago de Chile, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, 2003, citado en ABREGÚ, M., “La instrucción como prejuicio”, en AA.VV., *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 156. La instrucción preparatoria es un problema propio del enjuiciamiento penal y uno de los más delicados a enfrentar a la hora de decidir políticamente su regulación.

47. CARRIÓ, A. D., *Garantías...* ob. cit., pp. 126-127. Diversas legislaciones procesales están autorizando a los tribunales de enjuiciamiento a no celebrar el juicio del imputado, imponiéndole a este la pena requerida por el agente fiscal.

48. *Due Process of Law Foundation, Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada – Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*, consultado en [<http://www.dplf.org/es/prision-preventiva>] el 20/05/2014.

49. HENDLER, E. S., “Enjuiciamiento penal y conflictividad social”, en MAIER J. B. J. y BINDER, A. M. (comps), *El Derecho Penal Hoy. Homenaje al Profesor David Baigún*, Buenos Aires, Editores del

La instrucción “preparatoria” es el verdadero “juicio”<sup>50</sup> y lo que allí quede fijado serán las bases para delimitar (o transcribir) el eventual debate, de forma tal que la suerte del acusado dependerá en mayor medida de lo que el Rey-Juez instructor determine; sumado a ello, una vez declarada su prisión preventiva, sus herramientas defensivas se encontrarán muy limitadas en esta etapa del proceso.

Una de las formas de contrarrestar esta abusiva práctica será declarar la inconstitucionalidad de la figura del juez en sus funciones de dirección de la instrucción, es decir, el sistema regulado en los arts. 194 y ss. CPPN (Investigación directa).<sup>51</sup>

Por otro lado, sería necesario registrar modificaciones en las prácticas burocráticas, cuestiones como la supresión del auto de procesamiento, donde en líneas generales no comparto la exigencia de aquellos autores como Marcelo Solimine<sup>52</sup> quien como otros se apoyan en respuestas dogmáticas y de rebuscada interpretación legislativa para continuar con un sistema que legitima un sistema perverso. Seguramente, como tal autor menciona, será más difícil articular la procedencia, entre otras, de la prisión preventiva, donde a ello respondo que una alternativa sería

---

Puerto, 1995, p. 383. La voz “civilizar” tuvo, hasta 1752, el sentido exclusivo de denotar la conversión de un proceso penal en uno civil.

50. ABREGÚ, Martín., “La instrucción como pre-juicio”, en AA.VV., *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 157. En referencia al art. 193 CPPN predica: “Cómo puede observarse, en el texto ya no se trata solamente de hacer referencia al carácter preparatorio de la instrucción, sino que este artículo identifica como objeto de la investigación el mismo objeto que tiene el juicio. De hecho, si uno incluyera este artículo dentro de la sección dirigida a regular la etapa del juicio, probablemente la redacción sería muy similar”.

51. CPPN art. 194 *Investigación directa*: “El juez de instrucción deberá proceder directa e inmediatamente a investigar los hechos que aparezcan cometidos en su circunscripción judicial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 196...”.

52. SOLIMINE, M., “Exigibilidad del procesamiento en las causas de instrucción delegada (Art. 196 del CPPN)”, en *Revista de Derecho Procesal Penal - La injerencia en los derechos fundamentales del imputado*, 2006, Vol. 1, pp. 203-210. La reflexión del autor viene dada por la interpretación que exige el art. 215 CPPN en cuanto no requiere de manera expresa el auto de procesamiento, sino que el requisito indispensable para la requisitoria de elevación a juicio es la declaración indagatoria del imputado. Para el autor, y quienes consideran que es indispensable el auto de procesamiento (Navarro, Daray, D’Albora, Torres Bas, Almeyra y Báez) sostienen el argumento remitiéndose a las restantes normas que lo exigen, es decir, arts. 346, 353 CPPN, en la posibilidad de apelar el mismo, en el control sobre los actos fiscales y en lo que ellos consideran el problema de su prescindencia en delitos de extrema gravedad, “para los cuales sería necesario imponer prisión preventiva”. Dentro de la corriente que sostiene no indispensable el procesamiento en causas delegadas los argumentos como el siguiente son esclarecedores: La jueza Garrigós de Rébora, en la causa “Falduti”, de la Sala IV sostuvo que el dictado de la prisión preventiva tampoco requiere el auto de mérito aludido, ya que una vez individualizado el hecho por el director de la investigación, su fundamento residirá en evitar que el imputado no logre eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones, de forma que los parámetros a tener en cuenta no requieren un análisis de las pruebas del sumario.

incorporar la igualdad de armas en esta etapa del proceso y demostrarle a un juez, de manera preliminar, la presunta inocencia o no del acusado. Y tal vez ello, en tiempos judiciales, no signifique una real celeridad,<sup>53</sup> pero seguramente evitará, en alguna medida, la sistemática práctica referida.

Otra de las costumbres burocráticas, inútiles<sup>54</sup> y hasta perversas del sistema es aquella regulada en los arts. 348 y 349 CPPN, de las que surge, además de la clara violación a la garantía de imparcialidad, un adelanto de la estrategia de defensa,<sup>55</sup> salvo que esta instancia sea utilizada para desconcertar al fiscal de juicio. Aquí, más allá que coincido, en líneas generales, con los argumentos expuestos por los citados autores Marcelo Buigo y Sergio Paduczac, debo hacer una aclaración respecto de su observación en relación al Código Procesal de la Provincia de Córdoba, en cuanto consideran brinda, en este punto, la posibilidad de una apelación y la intervención de un tribunal más imparcial. Entiendo que ello no se verá reflejado como una real garantía del imputado y en esta idea me remito a recordar la funcionalidad y el nacimiento de los recursos, sobre todo en esta etapa del proceso.

Por otro lado, vale aclarar a esta altura de la propuesta que, con la misma no es que se intente una inclinación que se refleje en similitud a una instrucción sumaria o algo similar, sino dejar en claro que un avance, para cumplir con la garantía en cuestión, es determinar la separación de funciones entre investigación y actos jurisdiccionales y no una simple delegación ocasional (art.215 CPPN) o discrecional (art.196 CPPN) sino que la figura encargada de llevar a cabo las funciones instructoras sea el fiscal por excelencia, pero que a su vez el imputado junto con su defensor

53. SOLIMINE, M., “Exigibilidad del procesamiento...” ob. cit., p. 213. Si se sostuviera que el auto de procesamiento no debe existir en causas delegadas (y no delegadas), sería consecuencia obligada sostener que el rechazo a la oposición a la elevación a juicio debiera ser apelable. El agregado subrayado me pertenece.

54. BUIGO, M. R. y PADUCZAC, S. A., “Algunas cuestiones relacionadas con el principio de imparcialidad como garantía del imputado en el proceso penal”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 1999, Vol. 5 (9B), pp. 290-310. El Código Procesal Penal de la Nación prevé en su art. 194 que la instrucción estará a cargo del juez de Instrucción que, a lo largo de toda esta etapa es, sin duda, el responsable de la investigación, el que indaga, el que procesa, corre la vista prevista en el art. 346 y para el caso en que el fiscal pida el sobreseimiento puede manifestar su desacuerdo conforme lo prevé el art. 348, elevar la causa en consulta y lograr en definitiva que se formule requerimiento. Si tenemos en cuenta que es el mismo juez de instrucción quien debe resolver la oposición a juicio y sobreseimiento que en los términos del art. 349 formule la defensa, se desprende claramente lo dificultoso que será para la defensa que su pretensión tenga favorable acogida.

55. BUIGO, M. R. y PADUCZAC, S. A., “Algunas...” ob. cit., pp. 290-310. Los defensores deberán evaluar también, dadas las pocas posibilidades de éxito en esta etapa, si vale la pena anticipar la línea argumental que se sostendrá en el juicio, pues esto significará que el fiscal de juicio pueda conocerla antes de la citación prevista en el art. 354 y en consecuencia ofrezca prueba que no hubiera ofrecido si no se hubiera planteado la oposición.

pueda desplegar todas las herramientas defensoras en igualdad de armas, incluso si es necesario en la etapa preliminar.

En este punto la propuesta incluye, si bien en un segundo plano y aspirando a la celeridad de este primer momento (con la ultraintención de llegar a que el debate sea el protagonista de un enjuiciamiento) que los planteos en relación con las medidas cautelares que hasta el momento se hayan tomado sean debatidas (en lo posible de manera oral y pública) en una especie de cesura de la instrucción a la que luego haré referencia.<sup>56</sup>

La declaración indagatoria, como los demás actos que involucren la investigación preliminar deberán ser llevados a cabo por el fiscal y ello será un paso al frente para garantizar la imparcialidad del juzgador, como así también un proceso penal más democrático con miras al acusatorio.<sup>57</sup> Será el fiscal también quien deberá efectuar la comunicación circunstanciada de la imputación al acusado<sup>58</sup> con miras a robustecer el ejercicio de defensa. A lo dicho se suma la exigencia que tales cambios sean abonados a la par de otorgar una mayor participación de la víctima<sup>59</sup> como también un mayor espacio en la aplicación del principio de oportunidad<sup>60</sup> con

56. SOLIMINE, M., “Exigibilidad del procesamiento...” ob. cit., p. 216. “De allí que los códigos procesales que autorizan a prescindir del auto de procesamiento contengan siempre alternativas compensadoras para el derecho de defensa del imputado y al debido proceso, traducidas en la facultad que le asignan de recurrir en apelación el auto de elevación a juicio que eventualmente dicte el juez (véase, en tal sentido, el art. 352 CPP de Tierra del Fuego e Islas del Atlántico Sur; art. 337 CPP de la Provincia de Buenos Aires)”.

57. ÁLVAREZ, A. E. “El principio acusatorio: garantía de imparcialidad”, en *Nueva Doctrina Penal*, 1996/B, p. 414. “En efecto, la garantía que pretende proteger el principio acusatorio es la separación entre juez y acusador, de tal forma que el primero pueda sustraerse de los “influidos subjetivos” que la investigación pueda provocar en su decisión...”.

58. ÁLVAREZ, A. E. “El principio acusatorio...” ob. cit., p. 416. La existencia de la imputación conforme el principio acusatorio tiene por objeto delimitar el objeto del juicio; la promoción de la acusación consiste en la vinculación temática del tribunal. De esta forma, el principio acusatorio protege la imparcialidad, la situación de tercero frente al conflicto que se le presenta a través de evitar que éste pueda formular los límites de hecho de su decisión, el objeto del juicio le viene dado por la acusación.

59. ROXIN, Claus, *Strafverfahrensrech*, Munich, 1991, p. 249 y ss. citado en GUARIGLIA, F. O., “La investigación preliminar en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación: instrucción jurisdiccional vs. investigación fiscal preparatoria”, en MAIER, J. B. J. (comp.), *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993, Volumen 1, p. 211. Las reformas introducidas mediante la llamada “Ley de Protección a la Víctima” han procurado compensar, de algún modo, el amplio poder de decisión del que goza el ministerio público en esta etapa –consecuencia casi necesaria del modelo adoptado– mediante una intervención más activa de la víctima durante ella.

60. BORDA, R. D., “El requerimiento de instrucción ¿Es siempre necesaria su existencia?”, en *Lecciones y Ensayos*, Vol. 75, Buenos Aires, 2000, p. 175. Resulta imperioso ajustar la selectividad intrínseca de la persecución penal a criterios predeterminados, uniformes y racionales que permitan una mejor asignación de los recursos judiciales reservándose los medios y las energías para la persecución penal de aquellos

el objetivo de evitar que este cambio de figuras se vea nuevamente frustrado por un ejercicio arbitrario y desprovisto de control sobre el fiscal, es decir, un sistema de frenos y contrapesos tanto en niveles macro (independencia judicial) como micro (imparcialidad judicial – administración de justicia).

Tal vez sea demasiado pretenciosa la propuesta, pero al analizar el art. 196 CPPN puede observarse claramente una de las mayores características de arbitrariedad y discrecionalidad que adopta el sistema, ya que queda a criterio exclusivo del juez instructor quién será el encargado de esta etapa del proceso; la citada norma es a todas luces inconstitucional; es violatoria, no sólo de la garantía de imparcialidad sino también del principio de independencia judicial en su faz “interna”, ya que echa por tierra la separación de poderes según el art.120 CN y las misiones encargadas a tal organismo (MPF).

Reflexión aparte merece el análisis en cuanto a la alarmante práctica de “prevención” policial, donde bajo la interpretación de los arts. 183, 186 y 188 CPPN y el defectuoso abordaje jurisprudencial en la materia,<sup>61</sup> permite que, ya desde estadios previos a la etapa instructoria, el proceso penal se encuentre viciado desde su inicio, y aunque sus consecuencias no sean menores, su abordaje excede la finalidad del presente.

El planteo que se propone, y a pesar del intento por dotarlo de cierta originalidad, recibe una inclinada similitud con el procedimiento establecido en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires en general y en particular (Cap. III) donde la prisión preventiva se acredita mediante la solicitud del Agente Fiscal y es declarada por el Juez de Garantías. No así en el Código Procesal Penal de Córdoba donde es el mismo fiscal quien determina la misma.<sup>62</sup> Si bien se coincide con varios rasgos del procedimiento de la Provincia de Buenos Aires, los requisitos que exige

---

casos en los cuales se juzga imprescindible la aplicación del poder penal del Estado, procurándose de esta manera una mayor efectividad en determinadas áreas del derecho penal (por ej. La corrupción de funcionarios públicos, los llamados delitos de “cuello blanco”, el llamado derecho penal económico y la protección del medio ambiente...).

61. GUARIGLIA, F. O., “La investigación preliminar...” ob. cit., p. 208. No ha sido extraña a este debate, por ejemplo la decisión de rechazar de plano la posibilidad de encomendarle al ministerio público la investigación preliminar en el proyecto de Código Procesal Penal de la Nación redactado por Ricardo Levene (h.). El proyectista, que se basó por completo en el Código de Córdoba de 1939, redactado por Sebastián Soler y Alfredo Vélez Mariconde, se apartó significativamente de su modelo al eliminar la citación directa en su proyecto, sobre la base de que “...no se le pueden dar al fiscal, casi siempre dependiente del Poder Ejecutivo, las enormes atribuciones de citar, detener, indagar, conceder la excarcelación, hacer declarar, citar testigos, ordenar allanamientos y secuestros, requisas personales e inspecciones”. Este razonamiento revela un elevado grado de contradicción, cuando no hipocresía: los mismos reparos no han sido dirigidos contra la posibilidad de que gran parte de estas tareas fueran realizadas por la policía, ultradependiente del Poder Ejecutivo”.

62. GUARIGLIA, F. O., “La investigación preliminar...” ob. cit., p. 211. CPP Córdoba art. 336.

para acceder a la excarcelación distan de la objetividad que debería caracterizar su procedencia (art. 169 inc.11 y art. 171 párr.2º), donde en realidad se están delimitando verdaderas cuestiones de política criminal.<sup>63</sup> Ello se ve reflejado en las sucesivas irregularidades en las que incurre la justicia provincial citada en cuanto al abuso y las formas en que se efectúan las restricciones a la libertad. Un ejemplo de ello es el precedente que dejó plasmado el fallo “Verbitsky”.<sup>64</sup>

En este punto se reitera aclarar que, más allá del diseño institucional al que se llegue, es imprescindible profundizar el debate en relación al sistema penal en su conjunto y como sociedad repreguntarnos hacia donde nos dirigimos o queremos dirigirnos.

## V. OTROS PROBLEMAS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL NACIONAL (CPPN)

No es que en el análisis recorrido se intente eludir lo igualmente inconstitucional de la forma en que están organizados los juicios correccionales,<sup>65</sup> de menores, penal, administrativos o la recusación/inhibición de figuras en instancias recursivas,<sup>66</sup> sino que las consecuencias que acarrearán las decisiones de los juzgados

63. VANELLA, C., “Juez correccional y principio de imparcialidad ¿Con la sospecha basta?”, en *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, Volumen: 2005/B, p. 648.

64. Fallos: V856 XXXVIII RHE, *Verbitsky, Horacio s/habeas corpus*, 03/05/2005 CSJN: En donde la CSJN ordena a los poderes provinciales, entre otras cosas, tomar medidas tendientes a diseñar políticas respecto del instituto de la prisión preventiva para que lo resuelto en el fallo no volviera a ocurrir (6000 detenidos en condiciones inhumanas).

65. NADDEO, C. C., “La imparcialidad del juzgador frente al caso concreto: El problema de los jueces correccionales en la justicia nacional”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal – Casación*, 2006, Vol. 5, pp. 173-228. En análisis del fallo “Llerena”: la defensora de Horacio Luis Llerena fundó su temor de parcialidad, puesto que en contravención con el principio acusatorio de división de funciones, la jueza interviniente había ejercido actividades instructoras que pudieron haber afectado *objetivamente* su ajenidad con el caso, y de manera subsidiaria solicitaba se declare la inconstitucionalidad del segundo párrafo del art. 88 de la Ley N° 24.121 el cual había suprimido el originario inc. 1º, del art.55 del CPPN; la cláusula editada preveía expresamente, según la recurrente, la causal invocada en su recusación. La posibilidad reseñada borra los límites entre la denominada “imparcialidad objetiva” y, su complemento, la “imparcialidad subjetiva” puesto que, de esta manera, el juez deja de ser un tercero ajeno al conflicto y pasa a tener un interés en el resultado del juicio: el de ocultar los posibles defectos de la instrucción que él mismo realizó. (consid. 39 voto del juez Petracchi). Así, Obarrio advertía ya acerca del peligro que genera que sea un mismo juez quien dirija la marcha del sumario y, luego, deba encargarse de su fallo, puesto que ese juez “*esta expuesto a dejar nacer en su espíritu preocupaciones que puedan impedirle discernir con recto criterio de justicia*”. Resulta ilustrativa la conclusión de Zysman Quirós sobre el punto al afirmar “que no es que el acusatorio sea garantía de imparcialidad judicial: es que nuestra imparcialidad judicial es la del sistema acusatorio y los jurados”.

66. DE LUCA, J. A., “El principio del juez imparcial y el procedimiento penal nacional”, en *Nueva*

en lo criminal de instrucción (CPPN), en cuanto restricciones a la libertad (mediante el uso indiscriminado de la prisión preventiva), es lo que se considera hoy un problema de mayor entidad –y ello sumado a la práctica del “juicio abreviado” (importada de los Estados Unidos) sugiere una enmascarada vuelta al sistema inquisitivo, que por tal se entiende merece una mayor atención–.

En el apartado anterior se hacía referencia a lo que se consideró el mayor problema en cuanto a la violación de los principios de independencia judicial “interna” y de imparcialidad, es decir, a un procedimiento donde no se encuentran diferenciadas las tareas de investigar y juzgar. La etapa preparatoria, en el ámbito nacional, es encargada al juez de instrucción, que será quien lleve a cabo la investigación y a su vez juzgue, en definitiva, elevar o no la causa a juicio, considerada la etapa fuerte del proceso. Se concentró en ella la atención para evaluar la aplicación o no de las referidas garantías, a la vez que se determinaba que las consecuencias que surgen en esta etapa del proceso, entre ellas la prisión preventiva, como la de mayor gravedad, hacen que una reflexión crítica al respecto sea obligatoria.

En este aspecto se debe mencionar que los problemas del sistema se extienden a otros que, por sus consecuencias, resultan de menor entidad, como son el diseño de los juicios correccionales,<sup>67</sup> en los cuales se ve con mayor claridad la violación a la garantía, ello sin descartar el avance a partir de los dichos de la CSJN en el fallo “Llerena”.<sup>68</sup> Y aquí es donde la inflexión deviene preocupante, ya que, si en un caso de evidente inconstitucionalidad se ha demorado tanto tiempo en su reconocimiento, surge claramente que, el esfuerzo por demostrar la inconstitucionalidad en cuestiones no tan evidentes ha de ser mayor.

Lo que se desprende de la reflexión anterior, es que si bien puede representar un avance en cuanto a establecer la vigencia de una “interpretación amplia” en las causales de recusación por la vía jurisprudencial citada, lo cierto es que es necesaria una interpretación aun más amplia de la garantía en cuestión y se hace evidente el reclamo respecto de la actitud que los propios jueces deberían tomar al respecto

---

*Doctrina Penal*; 1998, Vol. B, pp. 753-761. Tema este último, que a su vez, está relacionado, al menos de manera mediata, con la garantía del plazo razonable, y su problemática sobre todo en las provincias, donde es probable que a través de la movilidad en los cargos de los magistrados de un tribunal a otro, ello se de con una frecuencia similar al tiempo en que se emiten las resoluciones a lo largo de las etapas del proceso. Cuestión que reafirma la posición de que se trata de un problema sistémico y no de simples irregularidades aisladas.

67. CARRIÓ, A. D., *Garantías...* ob. cit., p. 175. Lo trascendental del fallo de la Corte es haber afirmado que la garantía del juez imparcial está por encima de los casos concretos que el legislador pueda imaginar, como demostrativos de una posible parcialidad. De allí que, en la medida que el imputado pueda demostrar que él tiene fundado temor, la garantía en examen podrá ser invocada, sin que deba a su vez identificar conductas concretas de los magistrados demostrativas de la parcialidad denunciada.

68. CSJN: *Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones, arts.104 y 89 CP* - Causa N° 3221 -17/05/2005

velando por el cumplimiento de garantías constitucionales, es decir, los propios jueces son quienes deberían inhibirse sin tanto recelo ante casos como los referidos.

Pero como la experiencia demuestra lo contrario, se hace evidente que el reclamo por aproximarnos a una justicia más democrática y protectora de las garantías del imputado deberá iniciarse por parte de la defensa. Y aunque, si bien no es posible que a esta altura los jueces confundan su honor con causas objetivas de parcialidad,<sup>69</sup> lo cierto es que la problemática del sistema penal en general y procesal en particular no se ve afectada sólo por la violación de la garantía de referencia, sino por un sistema de enjuiciamiento que no condice con las exigencias constitucionales, y por tal razón es que se intuye que no será el propio inquisidor quien solicite ser apartado del trono.

La problemática en cuanto a sus consecuencias es de extrema gravedad y mientras no se proponga una restructuración del sistema se estará legitimando una gran sentencia definitiva “que causa gravamen irreparable”. En respuesta, de por sí anticipada, a quienes aleguen problemas de recursos al respecto y en palabras del Dr. Javier De Luca: “El “costo - beneficio” de esas soluciones está fuera de toda discusión ni bien se mire las responsabilidades internacionales en que podría incurrir el Estado argentino por el incumplimiento y/o violación de disposiciones expresamente contenidas en los instrumentos de derechos humanos citados”.<sup>70</sup>

## VI. MÁS CONSERVADORES QUE LA IGLESIA

En el presente apartado, como a lo largo del análisis, se intenta dejar plasmada la necesidad de una profunda reflexión respecto al tema que nos ocupa.

Con diferente enfoque, pero de todas formas esclarecedor, es el discurso por el cual, no hace muchos años, la Iglesia Católica pidió perdón por los crímenes ejecutados bajo el régimen inquisitivo, lo cual reafirmó un avance respecto de ciertas prácticas inhumanas, pero lamentablemente, varios rasgos del mismo se muestran intactos en la actualidad; ello refleja que, una de las instituciones más conservadoras del mundo (aunque de manera tardía), ya ha expresado su posición al respecto demostrando el atraso en nuestro sistema, es decir, aquello que debería estar en prioridad de agenda<sup>71</sup> no parece ser hoy un tema central. Tal vez dentro de unos mil años,

69. NADDEO, C. C., “La imparcialidad del juzgador...” ob. cit., p. 190. Estamos, tal como se desprende claramente del fallo comentado, ante una tesis superadora puesto que aquí “no se debe cometer el error común (...) de creer que la recusación cuestiona la honorabilidad del magistrado, ni tampoco la parcialidad de las decisiones ya tomadas en el caso”.

70. DE LUCA, J. A., “El principio del juez imparcial...” ob. cit., p. 761.

71. BORDA, R. D., “El requerimiento de instrucción...” ob. cit., p. 171. “...Sin embargo, esos problemas

algún representante del Poder Judicial, pida perdón por todas las arbitrariedades que vivimos diariamente.<sup>72</sup>

## VII. ALTERNATIVAS

Dentro del contexto argumental que se viene desarrollando, la alternativa por excelencia, que deberá adoptarse para sustituir las prácticas inquisitivas en nuestro sistema, es la recepción del juicio por jurados.<sup>73</sup> La resistencia al cambio es uno de los principales problemas para su implementación.<sup>74</sup>

---

técnicos se ven agravados, fundamentalmente, por una interpretación judicial dependiente de las rutinas y vicios prácticos adquiridos en la aplicación del CPCN (1889), realidad que expresa la resistencia de los funcionarios judiciales a admitir nuevas instituciones e, incluso, a la interpretación progresiva de instituciones antiguas”.

72. Ciudad del Vaticano, El Vaticano, 16 junio de 2004. Juan Pablo II volvió a pedir perdón al mundo por la dolorosa experiencia de la Inquisición. El Vaticano por su parte, al cabo de una larga investigación histórica, reconoció los abusos cometidos por la Iglesia católica, pero también, aclaró, que hubo muchas exageraciones en esta leyenda negra. Tras seis años de trabajos históricos recogidos en un volumen de cerca de 800 páginas, el Vaticano siguió en el camino emprendido por Juan Pablo II antes del jubileo del año 2000, de la purificación de la memoria. Tras recibir libros. Juan Pablo II reafirmó el arrepentimiento de la Iglesia por el escándalo de la Inquisición, es decir, los pecados de intolerancia cometidos desde el siglo XIII hasta el siglo XIX por los tribunales eclesiásticos. Al presentar el volumen, El Vaticano aclaró que la inquisición nació para defender la verdad de los herejes, pero que muy pronto se alejó de sus buenos propósitos. “Es indudable que hubo abusos”, pero, afirmó el Cardenal George Cottier, “hay que tener en cuenta la mentalidad de la época”. “Es muy difícil”, añadió, “juzgar el pasado, por eso no hemos condenado a los Papas de la Inquisición”. Lo que emergió es que hubo muchas menos brujas quemadas de lo que se piensa y muchas menos condenas a muerte. De los 44 mil 674 casos de la inquisición española, por ejemplo, solo el 1.8 por ciento fue condenado a muerte. El Cardenal Roger Etcheagaray afirmó que no sólo se justifica el que Juan Pablo II haya pedido perdón sino que este tiene que ser un ejemplo para que en el presente y el futuro la Iglesia defienda la verdad sin recurrir a métodos violentos e intolerantes.

73. ALMEIDA, V. y BAKROKAR, D., “Una alternativa posible para contrarrestar las prácticas inquisitivas: el juicio por jurados”, en *Derecho Penal*, 2012, Vol. 1(3), pp. 3-48. Gran parte de los juristas, son conscientes de que la modificación de la forma de administración de justicia resulta imperiosa para dejar atrás los sistemas mixtos y, alcanzar finalmente modelos acusatorios, tal cómo lo exige nuestra CN. Uno de los principales ejes de la reforma, es el de estatuir al juicio oral y público como momento central del proceso, como así también la participación ciudadana en la administración de justicia, la separación de funciones entre acusar y juzgar, la eliminación del expediente, la aplicación de criterios de oportunidad, mayor participación de la víctima, el control del tiempo, la utilización de medidas alternativas a la prisión preventiva, el rol activo de las partes y pasivo del juzgador durante el juicio entre otros.

74. Ídem, pp. 13-19 Tal como lo sostiene Binder: “la reforma no es un hecho, sino un proceso, que tiene inicio pero no final...”. Una reforma integral implica un cambio cultural muy grande y es por ello que se vislumbran complicaciones en las prácticas. El principal problema que se observa en las provincias que han implementado sistemas acusatorios, es la resistencia al cambio que se vislumbra en las prácticas de

Por tal, lo que parecía pretencioso en líneas anteriores, ahora deviene un “requisito de mínima” para cumplir con la referida garantía, es decir, la separación entre acusador y juez, y por lo tanto adoptar la propuesta en subsidio a la implementación del sistema acusatorio es la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 194 y 196 CPPN, donde la investigación deberá ser asumida, de manera directa, por el fiscal.<sup>75</sup> Ya en un tercer plano podrá exigirse la reestructuración respecto de prácticas burocráticas, es decir, simplificar las instancias del proceso sin que por ello dejen de ser operativas y funcionales; en este punto, se reitera la posibilidad de suprimir el auto de procesamiento,<sup>76</sup> y crear una instancia recursiva respecto del requerimiento de elevación a juicio, actualmente inapelable.<sup>77</sup> Las medidas cautelares, que sea necesario imponer, serán resueltas por el juez, en base a los parámetros exigidos para su aplicación, es decir, el peligro de fuga y el entorpecimiento en la investigación, donde las partes deberán contar con igualdad de armas para demostrar su procedencia o no, lo cual es independiente de los hechos que se investigan. Estas últimas, si se quiere, a su vez, podrán contar con la posibilidad, a nivel organizativo-estructural, de ser impugnadas, al igual que el requerimiento de elevación a juicio, que como se propuso anteriormente, una manera posible es que sean tratadas, y para mayor imparcialidad, en una cesura de la instrucción.<sup>78</sup> Con el esquema

los actores judiciales. Se advierte una carencia de capacitación de los defensores y fiscales para litigar en un juicio oral. Ello sumado al estricto apego a las constancias escritas, debido al temor que les produce desligarse de las actuaciones realizadas en la etapa de investigación, y quedar librados a los avatares que pueden originarse en el curso del debate. Otro tanto sucede con los jueces, quienes en su afán por no resignar su poder, no se conforman con ostentar un rol pasivo y realizan actividades que no atañen a su función.

75. ARMENTA DEU, T., “La investigación penal, ¿Jueces o Fiscales?”, en *Revista de Derecho Procesal Penal*, 2012, Vol. 1, pp. 15-18. En contra de lo que se ha reiterado, que la instrucción esté dirigida por el MF no es algo esencial o definitorio, ni para diseñar un sistema acusatorio, ni para proteger en mayor medida los derechos humanos. Siendo así, no se alcanza a comprender porqué parece siempre el empeño más urgente. Resulta un “lugar común” devaluar la figura del juez instructor, por sus reminiscencias inquisitorias, y simultáneamente enaltecer la del juez de garantías.

76. CAFFERATA NORES, J. I., “La garantía de doble instancia durante la instrucción – La ‘investigación delegada’ del art.196 CPP Nacional y la ‘pena del banquillo’”, en CAFFERATA NORES, J. I. (comp.), *Proceso penal: nuevos estándares y controversias*, Córdoba, Mediterránea, 2008, Volumen: u., p. 72 y ss. Esta posibilidad que surgiría de una interpretación literal de la actual redacción del art.215 CPPN y que acercaría con mayor claridad el sistema de la investigación delegada al modelo acusatorio que se insinúa en otros códigos argentinos ha sido cuestionada en base a la imposibilidad de recurrir en estos casos. La posibilidad de que el fiscal pudiera requerir la elevación a juicio de la causa, sin requerir previamente el dictado del auto de procesamiento, importaría sin duda una buena contribución a la celeridad procesal.

77. *Ídem*. p. 75.

78. BERTONI, E. A., “La cesura del juicio penal”, en MAIER, J. B. J. (comp.), *Determinación judicial de la pena*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993, pp. 113-123. En similar línea argumental de lo que el autor propone en cuanto a la determinación de la pena, refiero en este punto a su implementación

propuesto es que se aspira, entre otras cosas, a lograr la imparcialidad del juzgador como así también la adecuada defensa del imputado<sup>79</sup>, hasta tanto se implemente el juicio por jurados exigido por nuestra CN.

## VIII. CONCLUSIÓN

Pocas palabras quedan para una reflexión final y que a su vez contenga cierto enfoque positivo al respecto, pero se intentará inducir al lector, para que dentro de sus posibilidades, intervenga de manera activa en un proceso de quiebre entre paradigmas.

La respuesta por excelencia que deviene como la mejor alternativa a la sustitución del sistema inquisitivo que sufre nuestro sistema de enjuiciamiento es la implementación del sistema acusatorio; y tal como expresara Zysman Quirós: "... no es que el acusatorio sea garantía de imparcialidad: es que nuestra imparcialidad judicial es la del sistema acusatorio y los jurados".

Tal implementación, si bien deberá encontrarse receptada por la normativa para que devenga operativa, es imprescindible que provenga de una profunda reflexión social y cultural, que naturalmente acepte el espíritu del sistema.<sup>80</sup>

Al momento se registran numerosos reclamos doctrinarios en igual sentido, como también algunos, más aislados por cierto, provenientes de la justicia.<sup>81</sup> Con ello, se infiere que, de mantenerse en el tiempo y sin registro de soluciones prácticas al respecto, aquello que se está naturalizando es el reclamo en sí y no verdaderas actitudes de cambio en pos de modificar de manera concreta la realidad existente. Lo referido, en cierta forma, colabora a legitimar un sistema que, no sólo viola la garantía de imparcialidad,<sup>82</sup> sino que es la base para el despliegue satisfactorio de

---

respecto de la instrucción. "Establecido que la cesura del juicio consiste en la separación de todo aquello referido a la determinación de la pena de lo estrictamente relacionado con la culpabilidad del autor por el hecho reprochado, la disyuntiva se presenta en la opción por el momento del proceso más apropiado para que la división alcance los fines perseguidos".

79. HUARTE PETITE, A., "Instrucción a cargo del fiscal o instrucción jurisdiccional. A propósito de los fallos que declararon la inconstitucionalidad del art. 353 bis del CPPN", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 2000, Vol. 6 (10B), p. 113.

80. ALLIAUD, A., "Principio acusatorio. Estudio histórico-comparado de su génesis y evolución", en HENDLER, E. S. (comp.), *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Buenos aires, Editores del Puerto, 2001, p. 234. La ley, según vimos en la primera parte, es casi impotente cuando no está sostenida por el sentimiento público.

81. Fallos: 328:3399 CSJN, *Casal, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa – causa n° 1681*, rta el 20/09/2005 – *Obiter dicta*

82. ALLIAUD, A., "Principio acusatorio. Estudio histórico-comparado de su génesis y evolución", en

las restantes garantías. El tema expuesto tienta, por momentos, a ser descripto con cierto sarcasmo, pero ello alimentaría aun más los oídos sordos de muchos responsables de tal situación.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABREGÚ, Martín, “La instrucción como pre-juicio”, en AA.VV., *Estudios sobre Justicia Penal, Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.
- ALMEIDA, Vanina y BAKROKAR, Denise, “Una alternativa posible para contrarrestar las prácticas inquisitivas: el juicio por jurados”, en *Derecho Penal*, 2012, Vol. 1(3).
- ALLIAUD, Alejandra, “Principio acusatorio. Estudio histórico-comparado de su génesis y evolución”, en HENDLER, Edmundo S. (comp.), *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.
- ÁLVAREZ, Alejandro E., “El principio acusatorio: garantía de imparcialidad”, *Nueva Doctrina Penal*, 1996/B.
- ARMENTA DEU, Teresa, “La investigación penal, ¿Jueces o Fiscales?”, en *Revista de Derecho Procesal Penal*, 2012: Vol. 1.
- BATESON, Gregory, JACKSON, Don D., HALEY, Jay & WEAKLEAN, John, “Toward a theory of schizophrenia”, en *Behavioral Science*, Veterans Administration Hospital (Palo Alto, California) and Stanford University, California, 1956.
- BERTONI, Eduardo A., “La cesura del juicio penal”, en MAIER, Julio B. J. (comp.), *Determinación judicial de la pena*, Buenos Aires, del Puerto, 1993.
- BINDER, Alberto M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2º ed., 2005.
- BORDA, Rodrigo D., “El requerimiento de instrucción ¿Es siempre necesaria su existencia?”, en *Lecciones y Ensayos*, número 75, Buenos Aires, 2000.
- BOVINO, Alberto, *Imparcialidad de los jueces y causales de recusación no escritas en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, en *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998.
- BOVINO, Alberto, *Juicio y verdad en el procedimiento penal*, en AA.VV., *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.

---

HENDLER, E. S. (comp.), *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, p. 235. Considerada en tal sentido como “meta garantía” que opera como presupuesto necesario y previo para la operatividad práctica de las demás garantías fundamentales.

- CAFFERATA NORES, José I., “La garantía de doble instancia durante la instrucción – La ‘investigación delegada’ del art.196 CPP Nacional y la ‘pena del banquillo’”, en CAFFERATA NORES, José I. (comp.), *Proceso penal: nuevos estándares y controversias*, Córdoba, Mediterránea, 2008, Volumen: u.
- CARRIÓ, Alejandro D., *Garantías Constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 5º ed., 2006.
- CARRIÓ, Alejandro D., *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos*, Buenos Aires, Editorial Eudeba, 1990.
- CORREA GARCÍA, S., “El rol de la víctima en el moderno sistema procesal penal acusatorio”, consultado en [[http://www.pjbc.gob.mx/admonjus/n27/AJ27\\_002.htm](http://www.pjbc.gob.mx/admonjus/n27/AJ27_002.htm)] el 09/09/2014.
- DE LUCA, Javier A., “El principio del juez imparcial y el procedimiento penal nacional”, en *Nueva Doctrina Penal*; 1998, Vol. B.
- DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION, *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada – Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*, consultado en [<http://www.dplf.org/es/prision-preventiva>] el 20/05/2014.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.
- GUARIGLIA, Fabricio O., “La investigación preliminar en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación: instrucción jurisdiccional vs. investigación fiscal preparatoria”, en MAIER, Julio B. J. (comp.), *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993.
- GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.
- HENDLER, Edmundo S., *Enjuiciamiento penal y conflictividad social*, en MAIER, Julio B. J. y BINDER, Alberto M. (comps), *El Derecho Penal Hoy. Homenaje al Profesor David Baigún*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995.
- HUARTE PETITE, Alberto, “Instrucción a cargo del fiscal o instrucción jurisdiccional. A propósito de los fallos que declararon la inconstitucionalidad del art. 353 bis del CPPN”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 2000, Vol.6 (10B).
- GOSSEL, Karl H., *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2001.
- LANGER, Máximo, “La dicotomía acusatorio - inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado”, en MAIER, Julio B. J. y BOVINO, Alberto (comps.), *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Del Puerto, 2001.
- MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, Fundamentos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2ª ed., 1996.

- NADDEO, Cecilia C., “La imparcialidad del juzgador frente al caso concreto: El problema de los jueces correccionales en la justicia nacional”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal-Casación*, 2006, Vol. 5.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, “¿El juez de instrucción es inconstitucional?”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 1997, Vol.3 (7) 05:343.2/9, C751c.
- SOLIMINE, Marcelo, “Exigibilidad del procesamiento en las causas de instrucción delegada (Art. 196 del CPPN)”, en *Revista de Derecho Procesal Penal – La injerencia en los derechos fundamentales del imputado*, 2006, Vol. 1.
- RAFECAS, Eduardo Daniel, *La Tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2013.
- ZYSMAN QUIRÓS, Diego, “Imparcialidad judicial y enjuiciamiento penal. Un estudio histórico conceptual de modelos normativos de imparcialidad”, en HENDLER, Edmundo S. (comp.), *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico comparado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.

# TRADUCCIÓN Y AFINES



## LAUDATIO ACADÉMICA – RONALD DWORKIN\*

MARCELO ALEGRE\*\*

Decana Mónica Pinto, Profesor Ronald Dworkin, Señora Irene Brendel, amigos y amigos:

Con este Doctorado honorífico la Universidad de Buenos Aires homenajea al Profesor Ronald Dworkin por sus contribuciones sin paralelo al universo de las ideas, a lo largo de un rango enorme de temas y áreas del conocimiento. Este espectro amplísimo incluye la filosofía ética, moral, jurídica y política, la teoría de la interpretación, el derecho constitucional, la teoría de la democracia, el derecho de los derechos humanos, el derecho internacional (como lo ejemplifica la conferencia que dictará en unos minutos) y la lista continúa creciendo (por ejemplo, en unas semanas el Profesor Dworkin dictará en Suiza una conferencia “Albert Einstein”, en la que expondrá sobre la difícil relación de la física con lo contingente, y sobre el fin del empirismo).

Ronald Dworkin estudió en Harvard, Yale, y Oxford. Fue Profesor Holhfeld en la Escuela de Derecho de Yale, Profesor de Filosofía del Derecho y Fellow en Oxford, y Profesor Quain de Filosofía del Derecho en el University College de Londres. En la Universidad de Nueva York es Profesor de Derecho desde 1975 y Profesor Frank Henry Sommer desde 1994. Ha recibido entre otras distinciones, el Premio Nicolas Luhmann en Ciencias de la Universidad de Bielefeld, la Friendly Medal del Practicing Law Institute, la Jefferson Medal de la Universidad de Virginia, y el Premio Holberg en Humanidades del Reino de Noruega. Entre sus numerosos libros se destacan *Los derechos en serio*, de 1977, *Una cuestión de principios*, de 1985, *El imperio del derecho*, de 1986, *El dominio de la vida*, de 1993, *El derecho de la libertad*, de 1996, *Virtud soberana*, de 2000, *La Justicia en Toga*, de 2006, *¿Es posible aquí la democracia?* de 2006, *La falange de la Corte Suprema*, de 2008, y *La justicia para erizos*, de este año.

Al mismo tiempo, la entrega de este diploma es una buena ocasión para reflexionar sobre la inmensa pertinencia de las ideas y argumentos del Profesor Dworkin, en particular respecto de nuestro país. Al fin de cuentas, este doctorado es, antes que nada, una forma de agradecimiento por los aportes del profesor Dworkin al mejoramiento y al progreso del Derecho y de su enseñanza en la Argentina.

\* La presente *laudatio* fue pronunciada el 21 de noviembre de 2011 en el Salón Rojo de la Facultad de Derecho (UBA) en razón de que Ronald Dworkin fue investido con la máxima distinción que otorga la Universidad de Buenos Aires: el doctorado *Honoris Causa*.

\*\* Abogado (UBA), LL.M y Doctor en Derecho (New York University), Profesor Titular de “Teoría General del Derecho y Filosofía” de la Facultad de Derecho de la UBA, Director del proyecto UBACyT “Principio de autonomía, libertad de conciencia y libertad religiosa.”

Cuando se recuperó la democracia, a fines de 1983, muchos textos de Dworkin ya eran conocidos en nuestro medio. Desde entonces, sus ideas iluminaron debates y avances cruciales para nuestras libertades. Una de las primeras tareas de la democracia, a cargo de sus jueces, era la de construir rápidamente una nueva jurisprudencia constitucional, que reemplazara las concepciones jurídicas autoritarias, oscurantistas y represivas vigentes luego de medio siglo de inestabilidad constitucional.

Un pilar de esa empresa era la necesidad de arraigar una noción robusta de los derechos. Hasta entonces uno de los dogmas simplistas dominantes afirmaba que en un eventual conflicto entre los intereses generales y un derecho individual, debían primar los intereses generales. La crítica de Dworkin al utilitarismo, en paralelo a la de John Rawls, enriqueció una comprensión radicalmente diferente de los derechos. Ellos se desprenden de la exigencia de que el estado exhiba igual respeto y consideración hacia aquellos de quienes reclama obediencia. Los derechos son cartas de triunfo frente a las consideraciones políticas generales y su respeto a veces implicará la frustración de algunas preferencias mayoritarias. La democracia, aprendimos de Dworkin, no puede reducirse a la mera regla de la mayoría.

Esta comprensión robusta de los derechos se plasmó en fallos como Bazterrica o Sejean. En Bazterrica la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de la punición de la tenencia de drogas para consumo personal. Este precedente fue dejado de lado por la Corte de los noventa. Cuando dos décadas más tarde la Corte actual reivindicó a Bazterrica, se basó en escritos del Profesor Dworkin para afirmar, citándolo:

...el Estado tiene el deber de tratar a todos sus habitantes con igual consideración y respeto, y la preferencia general de la gente por una política no puede reemplazar a las preferencias personales de un individuo.

En el fallo Sejean (que declaró la inconstitucionalidad de la prohibición de contraer segundas nupcias a las personas separadas) el Juez Petracchi se basó en la obra del Profesor Dworkin para sostener que:

...la primera parte de nuestra Constitución se encuentra destinada a proteger a los ciudadanos, individualmente y en grupo, contra ciertas decisiones que podría querer tomar una mayoría, aun cuando ésta actuase siguiendo lo que para ella es el interés general o común.

En la causa “González de Delgado”, la Corte avaló la decisión de la Universidad de Córdoba de permitir la inscripción de mujeres en el Colegio Montserrat de Córdoba. Frente al agravio de los padres que se oponían a este cambio y acusaban a los jueces de legislar, el Juez Petracchi formuló una extensa cita del libro *Una cuestión de principios*, en la que el Profesor Dworkin cuestiona la pretensión de

apoliticidad de la lectura conservadora y originalista de la Constitución. La cita concluye así:

Basarse en la teoría política no es una corrupción de la interpretación, es parte de lo que la interpretación requiere.

Otra misión de la democracia naciente era la de restaurar una noción básica de igualdad ante la ley. Esa tarea hacía inaceptable la impunidad de los responsables de las atrocidades de la dictadura. En 1985, nuestro homenajeado estuvo en Buenos Aires y asistió a algunas audiencias del histórico Juicio a las Juntas, seguido contra los comandantes de las Fuerzas Armadas, varios de ellos ex-presidentes de facto, en un contexto de amenazas al gobierno democrático, y bajo la acechanza de un aparato represivo aún intacto. Sus impresiones, junto a un lúcido análisis de la historia de la violencia en la Argentina del siglo XX, y a una vívida defensa de la necesidad de juzgar y castigar a los responsables de las atrocidades, fue publicado como el prólogo de la versión en inglés del *Nunca Más*, bajo el expresivo título: “Crónica desde el infierno”. Permítanme leer algunas líneas, como pintura del horror en el que vivimos durante tanto tiempo, y como una apelación, tan vigente hoy como hace tres décadas, a que exhibamos la mayor de las intransigencias frente a las prácticas de la tortura y la desaparición. Escribió Dworkin:

El juicio se llevó a cabo en una sala sombría y con paneles negros, en la sede del tribunal, ubicada en el centro de Buenos Aires. (...) los escalofriantes detalles eran posteriormente difundidos a la nación en los diarios, periódicos y la televisión. Asistí a una de las audiencias con un grupo de filósofos y abogados británicos y estadounidenses con los que había ido a Buenos Aires a discutir sobre derechos humanos y civiles con miembros del gobierno de Alfonsín. En un solo día escuchamos dos testimonios que confirmaron la arbitrariedad, la criminalidad absoluta y la violencia sexual presentes en el mundo que los torturadores habían creado para sí mismos y para sus víctimas. Una joven declaró que después de haber sufrido durante meses torturas y vendajes constantes en sus ojos se le permitió –al igual que a otros en su grupo– higienizarse para recibir una visita del General Galtieri que por ese entonces era comandante del Ejército en el distrito local. Galtieri le preguntó a la joven si sabía quién era él y si comprendía el poder absoluto que tenía sobre ella. “Si yo digo que vivís, vivís”, comenzó. “Y si digo que morís, morís. Como resulta que tenés el mismo nombre de pila que mi hija resulta que vivís”. Otra chica declaró que uno de los jóvenes oficiales que la había torturado le preguntó si podía escribirle después que lo asignaran a otras tareas. “Me gusta mantenerme en contacto con todas mis chicas”, le dijo y durante años le mandó a la chica tarjetas navideñas (...).

Su análisis de la sentencia resulta de enorme y vigente interés jurídico. Continuaba Dworkin:

La política del tribunal de hacer distinciones entre los acusados, absolviendo a cuatro y dictando sentencias menos severas para otros, fue valiosa en varios sentidos. Primero mostró al tribunal como un órgano independiente del gobierno y de los fiscales –que habían exigido sentencias mucho más graves– y, en ese sentido, reforzó el carácter del juicio como un ejercicio del debido proceso de la ley, más que como una venganza política. También evitó cualquier sugerencia de que no podía haber grados de culpa para los delitos contra la humanidad, que quienes habían cometido atrocidades podían cometer otras sin temor alguno a ser castigados en el futuro (...).

Y concluía Dworkin, tomando (como siempre) una posición clara y fuerte, que se volvería muy relevante en los años futuros para la Argentina, pero también para Estados Unidos y el mundo entero:

Debemos esperar que el gobierno de Alfonsín acepte el riesgo y procese a cualquiera de quien pueda probarse que torturó o mató a civiles, aún siguiendo órdenes, aún si resultara que solo un pequeño número de personas fuese condenado... El mundo necesita un tabú sobre la tortura. Necesita una creencia indudable y arraigada de que la tortura es criminal en cualquier circunstancia; que nunca puede haber una justificación, o excusa, para esa práctica: que todo aquél que la inflige comete un crimen contra la humanidad.

Sus discusiones sobre la objetividad en la moral y en el Derecho son un anfitrión poderoso contra una de las distracciones más perniciosas en el pensamiento contemporáneo: el subjetivismo, la noción de que ni las afirmaciones morales ni las jurídicas son susceptibles de ser verdaderas o falsas. El Profesor Dworkin, a lo largo de más de cuatro décadas ha venido explicando la inconsistencia del escepticismo externo o arquimédico, que asume incorrectamente que (en sus palabras) “existen preguntas filosóficamente importantes sobre los valores que no se responden con juicios de valor.” El Profesor Dworkin también ha argumentado extensamente en contra del pluralismo axiológico, la visión de que los valores fundamentales son radicalmente incompatibles. Esta visión puede dar lugar a cierto conformismo intelectual, que lleve a juristas, jueces y pensadores políticos a abandonar prematuramente el desafío de armonizar los valores más importantes.

Este conformismo vulnera la exigencia de integridad, que requiere que nos esforcemos en interpretar cada valor a la luz de los demás. Nos reclama, por ejemplo, que entendamos a la igualdad a través del prisma de la libertad y viceversa. Dworkin nos propone que busquemos consistencia y respaldo mutuo entre nuestras convicciones. Y esta búsqueda de coherencia debe guiarnos incluso entre diversos

dominios, como la ética, el derecho, y la política. Por ejemplo, debemos responder a la pregunta sobre nuestro florecimiento y crecimiento personal pensando al mismo tiempo en nuestras obligaciones con los demás. La clásica dicotomía entre auto-interés y altruismo, propone Dworkin, debe dejar paso a la noción de dignidad. La dignidad respalda nuestras aspiraciones personales y justifica nuestras ambiciones, pero al mismo tiempo requiere de un contexto igualitario. Si la cancha está inclinada, mi triunfo no es digno. Por injusta, mi victoria no agrega nada a mi crecimiento personal.

Las ideas de nuestro homenajeado ayudan a iluminar debates actuales, como el de las debilidades de nuestras democracias. En nuestro país, tanto como en el suyo, la calidad democrática exige por un lado eliminar la influencia del dinero en la política; y por otro, asignar un peso mayor a las ideas. Su aspiración es que el peso que hoy tienen los intereses económicos en el sistema político lo ocupen las ideas. Dworkin ha escrito extensamente denunciando los retrocesos en la protección de la arena democrática frente a las presiones económicas.

Las contribuciones de Dworkin también son importantes para el mejoramiento de la actividad de los jueces. Su teoría de la interpretación judicial apela a la responsabilidad de los jueces en hacer su aporte para mejorar el derecho. Cuando los jueces enfrentan los casos difíciles, como aquellos en los que se discute el alcance de alguna cláusula constitucional abstracta, tienen una responsabilidad ineludible: proveer la mejor solución al caso que enfrentan. Ellos no pueden escaparse de esa responsabilidad bajo pretexto de ejercer una supuesta discreción judicial, “completando” el derecho por medio de un acto de legislación judicial no sometido a estándar alguno. Tampoco cumplen con su responsabilidad si resuelven esos casos por medio de algún artificio supuestamente neutral, como la apelación al literalismo o a la intención original del legislador o del constituyente.

Sus textos también echan luz sobre temas complejos como el del aborto, respaldando a la amplia mayoría, que de uno u otro lado del debate, desea una disminución en el número de abortos, pero al mismo tiempo reconoce que el derecho penal ha fracasado como herramienta para lograr este objetivo. El profesor Dworkin ha mostrado con elocuencia cómo la decisión de abortar pertenece a la esfera más sagrada de la autonomía individual, la de las decisiones éticas profundas, que el Estado no puede usurpar sin ofender la dignidad de las mujeres.

Las concepciones de Dworkin son relevantes también en materia de derechos sociales y económicos. Su concepción de la igualdad de recursos es aún más pertinente jurídicamente en la Argentina que en los Estados Unidos, donde todavía solo una minoría de juristas lee derechos sociales y económicos en la Constitución. En nuestro país, en cambio, la Constitución expresamente reconoce estos derechos, consagra repetidamente la igualdad real de oportunidades y garantiza el acceso universal y gratuito a la educación y a la salud. La noción dworkiniana de la igualdad de recursos es una contribución muy fértil para la reconstrucción teórica de nuestro

marco constitucional. Un estado democrático constitucional debe garantizar a sus habitantes iguales recursos para que puedan moldear sus destinos y enfrentar las incertidumbres de la vida, incluyendo las referidas a la salud y a la dotación genética. Los derechos sociales y económicos, pues, no son la consecuencia de una mera buena voluntad humanitaria, ni derivan de una aspiración por maximizar el bienestar agregado. Ellos son un requerimiento, en el plano material, de la igualdad moral de las personas.

Del mismo modo, las reflexiones de Dworkin sobre la desobediencia civil son especialmente útiles para ayudarnos a eludir las reacciones facilistas frente a fenómenos complejos como las acciones de protesta de quienes objetan la validez de una norma o de un curso de acción estatal. También sus escritos sobre las acciones afirmativas han mostrado que éstas no violan derechos y que constituyen, en cambio, una herramienta legítima y eficaz para lograr el objetivo de la diversidad.

En nuestra Facultad, igual que en buena parte del mundo, sus obras lideraron la renovación de las ideas filosóficas, en nuestro caso contribuyendo a la liberación del pensamiento iusfilosófico de los estrechos límites marcados por la disputa entre el positivismo lógico y el iusnaturalismo tomista. Quienes enseñamos Derecho también agradecemos al Profesor Dworkin por la elocuencia y claridad de su prosa, y por ayudar a presentar al derecho como una provincia de la moral, o, en otras palabras a mostrar la estrecha continuidad entre la argumentación jurídica y la filosófica. Su crítica al positivismo jurídico ha puesto en el centro de la consideración los problemas que enfrentan quienes aspiran a identificar en forma no valorativa las soluciones jurídicas.

Otra de las virtudes de nuestro homenajeado es su profundo compromiso con la deliberación pública. A lo largo del último medio siglo ha escrito en los medios de prensa en contra de la guerra de Vietnam, ha defendido la libertad de expresión, ha bregado por un sistema igualitario y universal de salud y por un sistema impositivo más progresista, ha demolido los argumentos expuestos por la mayoría conservadora de la Corte Suprema de su país, que entronizó torcidamente a Bush en la presidencia en el año 2000, o que restringió las regulaciones financieras en las campañas electorales, o que hizo más borrosos los límites entre religión y estado, ha cuestionado a Guantánamo y los tribunales militares establecidos para juzgar a sospechosos de terrorismo, etcetera, etcetera.

Por último, estamos muy agradecidos y felices de escucharlo exponer sus ideas hoy, y de poder discutir sobre su último libro mañana. A propósito, el Profesor Dworkin tiene otra virtud, la de responder incansable y meticulosamente las críticas y observaciones que sus escritos generan. Su legendario Coloquio, codirigido con Thomas Nagel, y a veces, con Jürgen Habermas y Jeremy Waldron, es una muestra de lo más elevado de la discusión académica. Mucho debemos aprender de la actitud con la que Dworkin encara los trabajos de los demás, poniéndolos siempre en su mejor luz, antes de, por supuesto, pulverizarlos.

Si se conformara un Club Internacional de Refutadores de Dworkin, su membresía sería muy numerosa, y el capítulo argentino del club también dispondría de muchos socios. Refutadoras y refutadores de Dworkin, mañana a las 11 en el Salón Rojo, tendrán una nueva oportunidad para hacerse oír.<sup>1</sup>

Profesor Ronald Dworkin: Con este doctorado honorífico la Universidad de Buenos Aires, hace un humilde pero sincero reconocimiento a uno de los filósofos más relevantes de nuestro tiempo, al jurista innovador, y al ciudadano comprometido. Agradecemos, pues, su aporte para mejorar la calidad de los estudios del derecho, para entender las exigencias políticas y económicas de la igualdad, para enriquecer la argumentación de jueces y gobernantes, y para profundizar la democracia.

Me permito, con mis disculpas, unas últimas palabras en inglés, que intentan sintetizar las razones de este doctorado honorífico.

Dear Professor Dworkin, we are honored by your presence here tonight. Your ideas express the best hopes of our still young democracy. Your arguments are an unparalleled source of inspiration to improve our Law, our teaching, and our scholarship. Your integrity as a public citizen is an example for our intellectuals and our youth to follow. With this honorary degree the University of Buenos Aires recognizes and celebrates your gigantic contribution to the world of ideas. We are thrilled to be able to listen to you tonight and tomorrow. We all hope you and Irene will enjoy your stay in Buenos Aires. With this diploma we say, as citizens, thank you for helping us to better think about our democracy. As lawyers, we say thank you for helping us to understand the demands of equality. And finally, as professors, we say thank you for helping us to improve the teaching of the law as the privileged province of justice.

Muchas gracias.

1. N. del E., la actividad se publicará en el próximo número de la revista.



## UNA NUEVA FILOSOFÍA PARA EL DERECHO INTERNACIONAL\*

RONALD DWORKIN\*\*

Decana, Secretario General, profesores, estudiantes, amigos, les agradezco desde el fondo de mi corazón por este honor. Al entregarme este título de esta universidad me convierten en uno de ustedes, y para mí es un orgullo unirme a ustedes; les agradezco por eso. Respecto del resumen que hizo el profesor Alegre de mi trabajo, si me permiten decirlo así, nunca me gustaron tanto mis propias ideas como cuando lo escuché a él describirlas, así que la verdad que le agradezco; fue realmente maravilloso.

Esta tarde quiero hablar un poco acerca del derecho internacional. Ustedes como ciudadanos, como parte de la comunidad internacional, son mucho más conscientes de su función que la mayoría de los ciudadanos de mi país. El derecho internacional, a mi parecer, se va a convertir en un asunto de suma importancia, cada vez mayor, quizá un día de suma importancia para la supervivencia de nuestra civilización.

La primera vez que estudié derecho internacional fue en Oxford –hace como cien años, como ustedes se imaginarán–, y en aquel entonces la pregunta más importante que abordaban mis profesores era la de la existencia del derecho internacional. Esa era una segura pregunta de examen así que prestábamos mucha atención. No obstante, parece que hoy en día ya no es una pregunta pertinente. Todos los abogados internacionalistas, los estadistas, los ministros de Estado parecen suponer que existe algo así como el derecho internacional y que, por ejemplo, los estatutos y normas de las Naciones Unidas son parte de este derecho internacional. Pero los viejos acertijos filosóficos nunca se resuelven; simplemente pasan de moda. Y, efectivamente, las preocupaciones que aparecen cuando alguien se pregunta si existe tal cosa como el derecho internacional aún siguen vívidas.

Pensar lo que es el derecho internacional se vuelve realmente importante cuando tenemos que interpretar el derecho internacional y aplicarlo a cuestiones

\* La presente conferencia fue dictada el 21 de noviembre de 2011 en el Salón Rojo de la Facultad de Derecho (UBA) luego de que Ronald Dworkin fuese investido con la máxima distinción que otorga la Universidad de Buenos Aires: el doctorado *Honoris Causa*. Traducción: Sabrina Frydman, Nahuel Maisley, María de los Ángeles Ramallo (Secretaría de Investigación, FD-UBA).

\*\* Ronald Dworkin, experto en filosofía del derecho, estudió en Harvard, Yale y Oxford. Fue profesor de derecho en prestigiosas universidades como en la Escuela de Derecho de Yale, y profesor de filosofía en Oxford y en la University College de Londres. Desde 1975 fue profesor en la Universidad de Nueva York y profesor Frank Henry Sommer en esta institución desde 1994. Entre sus principales obras se encuentran *Los derechos en serio* (1977), *Una cuestión de principios* (1985), *El imperio del derecho* (1986) y *Justicia para erizos* (2011).

cargadas políticamente. Por ejemplo, en este momento hay un gran debate acerca del estatus, según las leyes de la guerra y las Convenciones de Ginebra, de las organizaciones terroristas internacionales que no ocupan un territorio y cuyos soldados no usan uniformes. Surgen las preguntas: ¿estamos en guerra con Al Qaeda o es esta una acción policial dirigida contra criminales? ¿El derecho internacional requiere que los prisioneros que tienen los Estados Unidos en la Bahía de Guantánamo tengan los privilegios de las Convenciones de Ginebra, o se los tiene que considerar, como dijo el presidente Bush, como “combatientes enemigos, que no tienen derecho al estatus de soldados enemigos”? Los Estados Unidos han enviado recientemente bombas no tripuladas a distancias de muchos miles de kilómetros, dirigidas por “pilotos”, como se autodenominan en Texas, para matar a miembros individuales de lo que se considera –o lo que nuestro gobierno considera– organizaciones terroristas. Y la pregunta de lo que hacemos con esos “*drones*” (vehículos aéreos no tripulados), como se los denomina, es una pregunta vívida del derecho internacional, y hay mucho debate al respecto.

Esta tarde voy a hablar de otra cuestión de interpretación que está también muy viva. Se trata de la pregunta acerca de si la intervención de la OTAN en Kosovo sin el apoyo del Consejo de Seguridad fue una violación de la Carta de las Naciones Unidas, en particular de su Artículo 2.4: “Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado”. Esta intervención en Kosovo, diseñada para detener el genocidio, ¿deberíamos contarla como una violación de la prohibición contra el ataque a la integridad territorial o a la independencia política? Es una cuestión muy importante, que surgió nuevamente respecto de Libia, pero en circunstancias muy diferentes, claro. Los abogados internacionalistas están muy divididos respecto de cómo responder a esto. Un importante colega de la Universidad de Nueva York (NYU) que acaba de fallecer, Thomas Franck, dijo que “la intervención en Kosovo fue ilegal, un ejemplo de desobediencia civil internacional. Era moralmente necesaria pero estaba prohibida jurídicamente”. Esa es una idea muy peligrosa. Los internacionalistas están renaciendo en estos momentos. Y anunciar que la moral es una carta de triunfo frente al derecho en circunstancias como estas es muy peligroso. Y esto hace mucho más vívida la pregunta por la interpretación.

Cuando me preguntaban como alumno si existía el derecho internacional, el positivismo jurídico que mencionó Marcelo todavía era la teoría dominante del derecho internacional. Eso hizo que la pregunta sea obvia y, por cierto, una respuesta negativa parecía plausible. El positivismo jurídico en ese momento se basaba en las visiones de John Austin, que decía que el derecho existe solamente cuando hay un “comandante no comandado”, alguien que está a cargo, sin lugar a dudas, y el derecho son los comandos (órdenes) que ese soberano indiscutido emite. En el derecho

internacional no hay un soberano indiscutido a cargo, por ende, si uno adopta la visión austriana del positivismo, vemos que no existe el derecho internacional.

Justo en la época en que yo consideré ese asunto, Herbert Hart había elaborado una versión más sofisticada del positivismo, según la cual el derecho existe aún cuando no haya un comandante no comandado; el derecho existe cuando los oficiales de una comunidad política o la gran mayoría de ellos aceptan –a modo de convención– una cierta manera de identificar el derecho, de identificar cómo se hace el derecho, cómo se aplica, cómo se reconoce. Él llamó a esa regla, esa regla fundamental aceptada como convención, “la regla de reconocimiento”. Y luego, en su famoso libro, cuando habló del derecho internacional, dijo que es obvio que no hay regla de reconocimiento en la comunidad internacional. Pero luego, sorpresivamente, dijo que “eso no responde la cuestión de si existe el derecho internacional”. Uno hubiera creído, dada su definición, que sí respondía la cuestión. Pero luego dijo que “quizá teóricamente o prácticamente resulte útil contar el derecho internacional como un tipo de derecho”.

Creo que vale la pena hacer una pausa un momento ahora para entender que, al decir eso, el profesor Hart –un gran positivista– está reuniendo dos conceptos diferentes del derecho: primero, un sentido sociológico del derecho, el sentido que utilizamos cuando nos preguntamos “¿no sería una buena idea contar las reglas internas de la cooperación internacional como constitutivas de un sistema legal?”. Y contestaríamos: “sí, si eso les resulta útil, si eso trae luz a la naturaleza general del derecho, eso quizá sea una buena idea, o quizá simplemente lleve a una confusión”. Para mí ese sería el concepto sociológico del derecho.

Hay otro concepto del derecho, que es el concepto que ustedes usan en este edificio, es el concepto que ustedes, los profesores, adoptan cuando les dicen qué es el derecho ante una pregunta determinada. Es el sentido del derecho que usa el presidente cuando les pregunta a sus asesores: “¿el tratamiento que le estamos dando a los prisioneros de la Bahía de Guantánamo es legal según el derecho internacional?”. En este sentido, al que llamaré “sentido doctrinario del derecho”, la pregunta no es si de alguna manera resultaría útil clasificar el derecho internacional como derecho. Es una pregunta diferente; la pregunta doctrinaria es cómo decidimos qué requiere el derecho internacional en algún asunto particular. Aunque Hart no trató de responder a esta pregunta, muchos de sus discípulos sí lo hicieron; y se desarrolló una teoría respecto del sustento del derecho internacional en las últimas décadas –aunque en realidad es más antigua–, que sostiene que ese sustento consiste en el consentimiento de las naciones soberanas. ¿Cómo sabemos si algo es derecho? Nos preguntamos si las naciones, si los sujetos del derecho internacional, prestaron su consentimiento para estar sujetos a esa norma.

Esta visión de que el consentimiento es la base de todo el derecho internacional –y la base, por ende, de toda interpretación cuando llegamos a las cuestiones difíciles que yo describo– fue aparentemente codificada en el Estatuto de la Corte

Internacional de Justicia. Todos los manuales –y al pensar este tema he leído varios manuales de derecho internacional– responden a la pregunta de cuáles son las fuentes del derecho apuntando a los siguientes párrafos del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (Artículo 38.1): “La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: 1. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; 2. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; 3. los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas;” y luego tenemos un cuarto, bastante reconfortante para la gente de este edificio, que agrega a “las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones” (pero no se emocionen con esto, en realidad no les otorga mayor valor que el que se le otorga en cualquier lado a cualquier artículo doctrinario de derecho).

El Artículo 38. 1 dice “la base es el consentimiento”, y esta es una idea muy atractiva por muchas razones. Una de ellas es que –el gran sueño positivista–, al convertir al derecho en algo meramente fáctico, solo hay que buscar a qué han consentido los Estados. También parece preservar la idea de la soberanía básica de los Estados. El derecho internacional es coherente con el tipo más puro de soberanía, porque el derecho internacional es simplemente lo que han consentido y acordado los Estados ejerciendo su soberanía. También, casualmente, tiene que ver con una corriente de teoría política muy importante, denominada “contractualismo social”. Se dice que la base de la legitimidad del gobierno debe basarse en un contrato social en el cual toda la gente se ha puesto de acuerdo en ciertas circunstancias, o se hubiera puesto de acuerdo, o algo por el estilo. Y la teoría del consentimiento dice que eso también es cierto a nivel internacional.

Sin embargo, hay debilidades en esta idea de que el derecho internacional se basa en el consentimiento, algunas de ellas evidentes. Una de las debilidades es que, tal como les leí en los estándares propuestos por el artículo 38, no se establece una prioridad entre ellos, no se sabe qué es lo que ocurre cuando dos estándares entran en conflicto.

Además, si recuerdan lo que he dicho, el Estatuto no dice realmente que el consentimiento de cada estado es necesario. El Estatuto dice que las naciones civilizadas tienen que haber dado su consentimiento, pero no dice cuáles son. Nos habla de las prácticas habituales de las naciones pero no dice que todas las naciones que están obligadas por una práctica consuetudinaria deben haber prestado su consentimiento. Y esto es totalmente entendible porque un derecho internacional aplicable únicamente a las naciones que han consentido no sería muy útil. Sin embargo, socava la idea de que el consentimiento es congruente con la soberanía.

Voy a dejar esas objeciones conocidas de lado esta tarde, porque me quiero concentrar en una dificultad aún más básica de la teoría del consentimiento, una

dificultad que señala el camino hacia una mejor teoría respecto de los fundamentos del derecho internacional. La teoría del consentimiento parece en cada etapa de su aplicación ser fatalmente circular. Consideren la idea de que los Estados crean el derecho por práctica consuetudinaria; el 38. 1 es explícito en que no es simplemente cualquier costumbre antigua o cualquier estilo antiguo usual de comportamiento por parte de los Estados lo que hace que el Estado esté obligado por la ley. Según la doctrina del derecho internacional, es solamente costumbre aquella establecida a través del reconocimiento del derecho. El término técnico es *opinio juris*: el Estado no se compromete como cuestión de derecho a menos que su comportamiento demuestre no sólo que sigue una cierta práctica sino que sigue una cierta práctica porque supone que esa práctica es requerida por el derecho. Pero entonces, si eso es así, el Estado debe tener una teoría diferente de las fuentes del derecho internacional, tiene que haber decidido cuándo está obligado por la norma y cuándo no. No puede usar el estándar del consentimiento porque sino estaría diciendo que “para decidir si hemos consentido o no, tenemos que ver si hemos consentido”. Uno podría decir que un Estado está obligado en función del reconocimiento legal, cuando reconoce que los demás Estados han dado su consentimiento para estar obligados. Pero con esto no se sale del círculo, simplemente significa que tenemos que preguntarnos qué teoría del derecho esos otros estados adoptaron cuando decidieron que estaban obligados legalmente. Uno podría decir “bueno, es simplemente una convención”, pero las convenciones no son derecho de manera automática. La existencia de una convención puede ser destruida cuando una parte de quienes convienen decide dejar de aceptarla. De hecho, la teoría del consentimiento no puede explicar el derecho consuetudinario, una vez que uno acepta que ese derecho es un comportamiento regido por otro estándar más fundamental respecto de qué es el derecho.

¿Y qué sucede con los tratados? Uno pensaría que los tratados son un ejemplo perfecto de naciones vinculadas por el consentimiento que han otorgado. Pero esto no sirve. Personificamos a los Estados. Decimos que los Estados que han firmado un tratado han prometido y deben cumplir con su promesa. Pero no es la abstracción jurídica personificada la que se ve obligada, sino que es la población, y esa población probablemente sea totalmente distinta de la población cuyos líderes firmaron ese tratado. Pueden haber habido cambios constitucionales tan drásticos que nada de la normativa doméstica de ese estado haya sobrevivido. Entonces, ¿por qué sobrevive la obligación de los tratados? Incluso si nos aferramos a la personificación y decimos que el Estado, propiamente dicho, ha prometido algo, se nos vuelve a plantear la pregunta que ha sido un acertijo filosófico desde que los humanos la identificaron: “¿por qué una promesa genera una obligación?”. Los filósofos asumen o suponen que tiene que haber un principio moral más profundo que explique por qué la promesa genera obligaciones. Uno no puede decir simplemente que pronunciar ciertas palabras mágicas genera una obligación; tiene que haber una explicación. Los internacionalistas pueden decir que hay un principio más profundo que es el *pacta*

*sunt servanda* (cuando los abogados internacionalistas hablan latín uno sabe que es necesario ahondar aún más). Pero el *pacta sunt servanda* simplemente repite que los tratados imponen obligaciones, pero no nos dice *por qué* lo hacen.

Yo considero que tenemos que empezar de nuevo. El consentimiento que surge del positivismo jurídico, con sus raíces en la teoría de la soberanía absoluta debe ser dejado de lado, debe ser abandonado. Y propongo que empecemos de nuevo volviendo al espíritu que motivó la arquitectura del derecho internacional en su primera “era dorada”, en los siglos XVI y XVII. Que sigamos a los arquitectos líderes, como Hugo Grocio, que comenzó presuponiendo que el derecho internacional es un aspecto de la moral internacional. Tan pronto como uno dice esto, inmediatamente surge la pregunta: “¿cómo sabemos la diferencia entonces?” Si nosotros planteamos que el derecho internacional es parte de la moral y buscamos sus fundamentos en la moral, surge en forma instantánea la pregunta acerca de cuál es la diferencia entre la decencia y la moralidad entre las naciones (lo cual es sin duda una cuestión moral en el derecho internacional; que es, podríamos decir también, una cuestión moral, pero que aún así exige una distinción).

¿Acaso les quiero decir que no hay ninguna diferencia entre lo que *es* el derecho en el ámbito internacional y lo que *debería ser*? No, no es así. A mi entender, la pregunta acerca de qué es el derecho internacional es una pregunta moral, pero es una pregunta moral distinta. En otros trabajos, particularmente en el libro que mencionó Marcelo, “Justicia para erizos” –que discutiremos mañana–, lo que sostengo es que distinguimos al derecho de otras partes de la moral identificando al derecho como una serie de derechos individuales que puede ejercer cualquier persona, sin necesidad de ningún acto por parte de otra institución política, que cualquier persona tiene derecho a exigir de cualquier institución coercitiva, como una corte. Entonces, cuando nos preguntamos qué es el derecho, debemos preguntarnos: ¿qué derechos o qué obligaciones se pueden ejecutar apropiadamente de esa forma tan especial, a pedido de la persona individual?

Es difícil aplicar esto al derecho internacional, lo admito, porque no existe un tribunal general con el poder de afirmar estos derechos con jurisdicción sobre todos los Estados, eso aún no existe; pero podemos resolver el problema muy rápidamente. Imaginemos que existe tal tribunal. Planteémonos esa pregunta. Si existiera ese tribunal, ¿qué derechos correspondería que ejecutara, sin necesidad de una legislación o acuerdo internacional, solamente a pedido de una parte? Ese es el punto de partida. Y luego comenzamos a responder esa pregunta, y yo creo que debemos empezar concentrándonos en las cuestiones de la legitimidad política. En todo el planeta hay personas con poder, con armas y con ejércitos a su disposición. Algunos de ellos, la mayoría de ellos en realidad, alegan tener la autoridad moral de gobernar. No son sólo terroristas, no son sólo personas con pistolas, son mandatarios legítimos en determinado territorio.

¿Cuáles son las condiciones que se deben cumplir para que un gobierno sea legítimo, para que se gane ese título que alega? Es muy complicado, hay ríos de tinta sobre el tema. Pero yo considero que son tres requisitos. El poder debe haberse formado, debe existir el Estado adecuadamente; a nosotros nos interesa la formación de un gobierno históricamente. Es una pregunta muy complicada en la que no me voy a adentrar en este momento. ¿Cuándo un Estado que se conformó ilegalmente, por ejemplo mediante una conquista –como lo fueron los estados de Norteamérica y de Sudamérica– a través de algún tipo de prescripción histórica, se considera formado apropiadamente? Esa es una pregunta importante. Pero digamos que la formación del Estado es una de las condiciones de su legitimidad.

La segunda condición no se refiere a cómo se adquirió el poder, sino a cómo se ejerce el poder. Un gobierno legítimo debe gobernar en forma democrática, de conformidad con un sentido apropiado de democracia, y debe respetar los derechos humanos básicos de todos sus habitantes. Una vez más, esto también es vago y general, pero constituye una condición de legitimidad.

Ahora quisiera concentrarme en la tercera condición de legitimidad, y esta es el sistema internacional que le da poder a un Estado particular y que también limita este poder. El sistema internacional debe ser legítimo en sí mismo para que cualquier Estado cuyo poder se ve garantizado por el sistema internacional de Estados sea legítimo, y eso hace que el derecho internacional sea directamente relevante para la legitimidad de todos y cada uno de los miembros de la comunidad internacional. El sistema westfaliano, como lo llamamos, de Estados individuales con límites territoriales particulares, se formó en los siglos XVI y XVII como salida ante los horrores de las guerras de religión que habían hecho añicos el continente europeo.

Pero este sistema westfaliano, que reconoció los límites existentes, ha sufrido y sufre de varios defectos. Los límites establecidos según el régimen imperante actualmente son arbitrarios: dependen de dónde corren los ríos o de quién durmió en la cama de qué rey. Hace que los Estados sean vulnerables y la soberanía territorial se basa únicamente en estos accidentes históricos, protegiendo a los Estados de la interferencia por parte de otros Estados. Hay un sistema que denominamos “de inmunidades”. Tiene al menos cuatro defectos que atentan contra su legitimidad. En primer lugar, no permite que las personas de las diversas naciones del mundo vengan al rescate de otros seres humanos que están siendo aterrorizados a manos de sus propios Estados. A la inversa, sí permite que los Estados aterroricen a sus propios ciudadanos. Estos son defectos muy importantes, fallas muy importantes en la legitimidad. Hay otras fallas: el sistema internacional evita que las naciones puedan lograr algún tipo de coordinación. Normalmente resolvemos problemas de lo que se denomina “dilema del prisionero”: el problema creado por la crisis bancaria, por ejemplo, un problema que no puede ser resuelto a menos que todas las naciones coordinen ciertas restricciones a los bancos; el problema del cambio climático, que no puede ser atacado con éxito a menos que todas las naciones acuerden, o todas las

naciones económicamente importantes acuerden implementar ciertas restricciones. El sistema internacional de soberanía diferenciada hace que sea prácticamente imposible resolver estos temas.

Por eso yo sugiero lo siguiente en relación con las soluciones a estos problemas: propongo que los Estados asuman, en función de su deber de proteger su propia legitimidad, un deber de mitigar las falencias del sistema mundial de naciones. Los Estados, en otras palabras, tienen la obligación de implementar medidas que logren una mejora. Creo que es una obligación muy simple, muy clara, y que tiene que ver con su propia facultad moral de gobernar.

Ese es el fundamento subyacente del derecho internacional. Pero en sí mismo no dice mucho, porque no les dice a los Estados cuántas medidas o qué tipo de medidas deberían implementar. Cualquiera de estas medidas resultaría útil siempre que la adoptaran todos los Estados, pero no nos dice por dónde empezar. Por ello yo recomiendo además del deber de mitigar, otro deber adicional. Propongo que exista un deber adicional de preponderancia, un principio de preponderancia. Esto quiere decir que si alguna norma o alguna práctica se vuelven pertinentes en función de la historia o de la práctica, entonces los Estados tienen el deber de seguir esa regla o esa práctica o ese principio como ley. Los Estados, entonces, tienen el deber de mitigar y el deber de hacerlo siguiendo estos principios preponderantes, siempre que –por supuesto– se mejorara significativamente la legitimidad del sistema internacional si todas las naciones efectivamente los adoptaran como ley.

¿De dónde surge este principio de la preponderancia? En la “era dorada”, la preponderancia venía de dos fuentes distintas. El derecho internacional era europeo y Europa era cristiana, con lo cual se aceptaba que los principios básicos del derecho natural eran los principios del derecho internacional. Europa también disfrutaba lo que los romanos llamaban “*ius gentium*”, que eran los principios comunes y compartidos entre todas las naciones. Hoy no tenemos un mundo que se describa como cristiano; el mundo ha crecido enormemente, e incluye no sólo los sistemas europeos –continentales o de common law–, sino también otros tipos de sistemas. No tenemos, entonces, un *ius gentium*. Necesitamos una fuente distinta de preponderancia, otro faro que guíe a las naciones para poder equipar el deber de mitigar. Necesitábamos eso y en 1945 en San Francisco el mundo nos lo dio. Debemos pensar a las Naciones Unidas no como un gran tratado que obliga a todas las naciones que lo suscribieron o que se sumaron más adelante. Debemos pensar en las Naciones Unidas como un motor de preponderancia. Es obvio que el motor de las Naciones Unidas, la estructura de las Naciones Unidas, debería llenar este vacío de acción colectiva y del deber de mitigar.

No quiero robarles mucho más de su tiempo, pero sí me gustaría darles algunos ejemplos retomando esa pregunta de la interpretación que dije que era tan importante. ¿El Artículo 2.4 prohíbe la intervención para evitar un genocidio cuando uno o dos miembros del Consejo de Seguridad vetan un intento de intervención?

Existe muchísimo desacuerdo entre los internacionalistas respecto de los poderes de la Asamblea General (que, por supuesto, no está limitada por el poder de veto). ¿Tendrían las Naciones Unidas la potestad, la facultad de adoptar una resolución autorizando una intervención para evitar un genocidio? Pensemos en una resolución adoptada en las Naciones Unidas, usualmente denominada “resolución Acheson”, en la época en la que Rusia la boicoteaba. La Asamblea General aquí resolvió que si el Consejo de Seguridad por falta de unanimidad, no ejerce su responsabilidad primaria, entonces la Asamblea General podía hacerlo en su lugar.

Yo considero que la estructura del derecho internacional que he descrito, la estructura que dice que el derecho internacional es una respuesta a un deber para curar los aspectos ilegítimos del sistema internacional, nos ofrece un muy buen argumento en el sentido de que la Asamblea General sí tiene esa potestad. Si yo tuviera que redactar una resolución en nombre de la Asamblea General, tomaría una versión algo más limitada de la “resolución Acheson”, en dos sentidos: i) restringiría la intervención a aquellos casos en los que el Artículo 2.4 no aplica plenamente, por ejemplo, en casos en que se busque evitar un genocidio y no cambiar límites territoriales; y ii) también diría que cualquier resolución de la Asamblea General que autorice una intervención debería presentarse a la Corte Internacional (la Asamblea General tiene la facultad de hacerlo). Debería plantearse como pregunta para que se expida la Corte Internacional, y la pregunta debería ser “¿es el gobierno que es objeto de esa medida responsable de crímenes de lesa humanidad, tal como se definen en el Tratado de Roma que crea la Corte Penal Internacional?” No digo que yo pueda redactar esa resolución aquí y ahora pero yo creo que lo plantearía en esos términos. ¿Creen que sería *ultra vires* para la Asamblea General? Eso es una cuestión interpretativa. Si adoptaran la concepción positivista, sin ninguna duda que sí. Si ustedes adoptan la teoría que yo recomiendo ahora, yo creo que no.

Hay otras sugerencias en las que podríamos pensar. Si quieren algo incluso más extremo yo considero que la Asamblea General debería adoptar una resolución estipulando que se puede ejecutar contra todas las naciones un régimen de control del cambio climático, con una asignación de privilegios de emisiones aplicable a todas ellas, siempre que ese régimen contara con lo que yo considero un “régimen de las cuatro mayorías”; es decir, i) una mayoría de votos en la Asamblea General, ii) los votos de los países en la Asamblea General que representaran a la mayor parte de la gente del planeta, iii) una mayoría de los miembros del Consejo de Seguridad, y iv) una mayoría de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad. Yo creo que si se lograra una resolución de este tipo no podría haber ninguna objeción contra ella con fundamento en la democracia mundial y, en mi opinión, esto recaería dentro de los poderes de la Asamblea General, dadas las dificultades que ha planteado el poder de veto en el Consejo de Seguridad.

Realmente han demostrado una paciencia extraordinaria viéndome a mí saltar de una idea extravagante a otra, y hasta ahora nadie se paró para aceptar u objetar,

“¿pero quién debería aceptar estos planteos, estas propuestas?” Una pregunta muy importante. Quizás llegue la hora en que la necesidad de un sistema más sólido de derecho internacional que el que tenemos hoy sea clara para todas las naciones (yo apostaría por el cambio climático como motor de este cambio). Puede ser que sólo pocas naciones acepten estos poderes de la Asamblea General que yo acabo de defender, pero les repito, no tenemos hoy una doctrina de derecho internacional, la teoría del consenso no es adecuada, ya ha fracasado. Cuando llegue la hora en que las naciones del mundo estén listas para una teoría mejor, si llega esa hora, no debería ser culpa nuestra, no debería ser culpa de la academia, ni de las Facultades de Derecho, por no estar listos con una propuesta. Nosotros debemos estar listos, nosotros debemos discutir, y si ustedes consideran que mis ideas son un poco extravagantes, me pregunto, ¿podemos tener alguna teoría? La teoría del consentimiento ya no sirve, y les compete a los internacionalistas retomar esa vieja pregunta acerca de si existe el derecho internacional, y si lo hay, cuáles son sus fundamentos y cuáles son las implicaciones para la interpretación de esos fundamentos. Ya hemos pasado demasiado tiempo catalogando las ramas y ramillas de la doctrina internacional: es hora de nutrir sus raíces. Gracias.

## A NEW PHILOSOPHY FOR INTERNATIONAL LAW\*

RONALD DWORKIN\*\*

Dean, Secretary General, professors, students, friends, I thank you from the bottom of my heart for this honor. By awarding me a degree of this university you make me one of you and I'm proud to join you and I thank you. As for professor Alegre's summary of my work, may I say, I never liked my ideas so much as when I heard him describe them. So I'm very glad for that, it was very quite wonderful.

I wanted this evening to say a little bit about international law. I represent a citizen of one country, I come here, you are part of the international community, more responsive and aware of your role in that respect than most citizens of my country are. And international law, I believe, will become a matter of increasing importance, indeed perhaps one day of paramount importance to the survival of our civilizations.

When I was first taught about international law I was in Oxford, as you can gather, almost a hundred years ago. And at that time the most important question that my teachers addressed was "is there any such thing as international law?" That was a question bound to appear on the examination paper, so we paid a lot of attention to it. That doesn't seem any longer to be a pertinent question.

All international lawyers or statesmen or Ministers of State seem to assume that there is international law and that, for example, the statutes and edicts of the United Nations are part of international law. But old philosophical puzzles are never solved. They simply go out of fashion. And the worries that come to the question "is there any such thing as international law" are still vivid.

The great importance to my mind and thinking about what international law properly understood really is, comes when we must interpret what we say is international law, we must interpret it and apply it to the most politically charged issues. For example, just now there is much debate about the status under the laws of war and under the Geneva Conventions of international terrorist organizations, that don't occupy any territory and whose soldiers do not wear uniforms. The question arises:

\* Conference pronounced at the University of Buenos Aires Law School on November 21, 2011, in the occasion of receiving an *honoris causa* doctorate from UBA.

\*\* Ronald Dworkin, expert in legal philosophy, studied at Harvard, Yale and Oxford. He was professor of law in prestigious universities such as the Yale Law School, and professor of philosophy at Oxford and at the University College of London. He was also professor at New York University since 1975 and Fran Henry Sommer Professor of Law in the same institution since 1994. His main work includes *Taking rights seriously* (1977), *A matter of principle* (1985), *Law's empire* (1986) and *Justice for hedgehogs* (2011).

are we at war with Al Qaeda or is this a police action directed against criminals? Does international law require that the prisoners America holds in Guantanamo Bay should be accorded the privileges of the Geneva Conventions or are they really to be understood, as president Bush called them, as “enemy combatants not entitled to the status of enemy soldiers?”

The United States has in recent times sent unmanned bombs over many thousands of miles directed by “pilots”, as they call themselves in Texas, to kill individual members of what it takes to be –or what our government takes to be– members of terrorist organizations. And the question of what we do with “drones”, as they are called, is a vivid question of international law, much debated.

I’m going to talk this evening more about another matter of interpretation which is very much alive and that is the question whether NATO’s intervention in Kosovo without Security Council backing was a violation of the United Nations Charter, particularly article 2(4): “All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state”.

This intervention in Kosovo, designed to put a halt to genocide, should we count that as a violation of the prohibition against an attack on territorial integrity or political independence? Very important issue – it came up I think again in Libya, though under very different circumstances. International lawyers divide about the question, how to answer this [how to answer the question]. One very eminent colleague of mine at NYU, sadly recently dead, Thomas Franck, said “the intervention in Kosovo was illegal; it was an example of international civil disobedience. It was morally required though legally forbidden”. That is a very dangerous idea. International lawyers nascent at the present times [are] struggling for rebirth. And to announce that... is a trump over law in circumstances such as this [is a] very dangerous idea. And that makes the question of interpretation all the more vivid.

When I was asked as a student “is there any such thing as international law?”, legal positivism, which Marcelo mentioned, was still the dominant theory of international law and that made the question an obvious one and indeed a negative answer seemed plausible. Legal positivism at that time was taken to come to the views of John Austin, who held that law exists only when there is an uncommanded commander, someone indisputably in charge, and law are the commands that the undisputed sovereign issues. In international law there is no undisputed sovereign wholly in charge and, therefore, if you adopt the Austinian theory, the Austinian version of positivism, then there is no international law.

Just about the time that I considered the matter Herbert Hart had developed a more sophisticated version of positivism, according to which law exists even when there is no uncommanded commander; law exists when the officials of a political community or the vast bulk of them have accepted a certain -accepted just as a matter of convention- a certain way of identifying law, of identifying how law is made,

how law is enforced, how law is recognized. He called that rule, that fundamental rule accepted as a matter of convention, a rule of recognition. And then in his most famous book when he came to talk about international law, he said it is obvious there is no rule of recognition in the international community. But then, as a kind of surprise, he said: "However that doesn't decide the question whether international law is law". One would have thought, given his definition, that it did decide the question, but then he said "perhaps it is theoretically or practically useful to count international law as a kind of law". It's worth pausing a moment, I think, to understand that in saying that, as great positivist professor Hart, is bringing together two different concepts of law. A sociological sense of law, the sense we use when we ask ourselves "would it be a good idea to count the internal rules of great international cooperation as constituting a legal system?" Well, we would say "yes, if that's helpful, if that throws light on the general nature of law, that may be a good idea, or that might just lead to confusion". That I would call "the sociological concept of law". There's another concept of law, it's the concept you use in this building, it's the concept that your professors adopt when they tell you what the law is on a certain question. It's the sense of law that the President uses when he asks his advisors "Is our treatment of the prisoners in Guantanamo Bay legal under international law?" In this sense, which I've called the "doctrinal sense of law", the question is not "would it be useful in some way to classify international law as law?" That's a different question; the doctrinal question is how do we decide what international law actually requires on some issue? That's the question that, though Hart did not attempt to answer, many of his disciples have attempted to answer; and the theory has developed on the ground of international law in recent decades -actually it's older than that-, which claims that the ground of international law understood in the doctrinal sense is the consent of sovereign nations. How do we tell whether something is rule of law? We ask: Have the nations, the subjects of international law, actually consented to that being law for them?

This view that consent is the basis of all international law, and therefore the basis of interpretation when we come to the difficult issues I described, was apparently codified in the Statute of the International Court of Justice. Every textbook-and thinking about this issue I've read a number of textbooks on international law-and they all answer the question "what are the grounds of law?" by pointing to the following paragraphs in the Statute of the International Court of Justice: "(Article 38 1)" -if you don't mind, I'll read it to you- "The Court, whose function is to decide in accordance with international law shall apply 1. International conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states; 2. International custom, as evidence of a general practice accepted as law; 3. the general principles of law recognized by civilized nations; and then they add a 4<sup>th</sup> one (rather comforting to you people in this building) which says, subject to the provisions of Article 38, the teachings of the most highly qualified professors

of law at distinguished universities (don't be excited by that, it actually doesn't count for anything anymore than any law review article, anywhere would count).

Article 38.1 says "the basis is consent", and that's a very appealing idea for many reasons. One of them is that it makes, -the great positivist dream- it makes what is the law just a matter of fact, you find what the states consented to. It also seems to preserve the idea of basic sovereignty of states. International law is consistent with the purest kind of sovereignty because international law is just what states have consented to in the exercise of their sovereignty. It also resonates incidentally with a very important strain of political theory called "social contract law". People say the basis of the legitimacy of government must lie on a social contract to which all people have agreed or might have agreed under some circumstances, would have agreed, or something of that sort. And the consent theory says that's also true at the international level.

There are, however, weaknesses, some of them apparent in this idea that international law rests on consent. One of the weaknesses is: (I read you all a list of the standards proposed by in Article 38.1 of the Statute) No priority is given among these, no idea what happens when they conflict.

Also you will recall from what I said, that the Statute doesn't really say that every state's consent is necessary, the Statute says civilized nations must have consented but doesn't tell us who they are, it tells us about customary practice among nations but it doesn't say every nation who is bound by the customary practice must have consented. And that is perfectly understandable because international law that really applied only to those who have consented to it would not be very helpful. However, it does undermine the idea that consent is really consistent with sovereignty.

I'm going to set those familiar objections aside this evening however, because I want to concentrate on a more basic difficulty in the consent theory - a difficulty that points the way of my view to a better theory about the grounds of international law. The consent theory seems at every state of its application to be fatally circular. Consider the idea that states make law by customary practice. 38(1) is explicit that it isn't just any old custom, any old usual style of behavior by a state that gets that state obliged by law.

It's only, according to the international law doctrine, it's only custom established as if through recognition of law - the technical term is *opinio juris*. A state does not commit itself as a matter of law unless its behavior shows not just that it follows a certain practice but that it follows a certain practice because it supposes that practice required by law. But then, if that's so, the state must, of course, have a different theory of the grounds of international law, it must have decided when it's bound by law or not, it can't use the standard of consent because then it would be saying: "in order to decide whether we've consented we have to see whether we've consented".

You might say, well, a state is bound as a matter of legal acknowledgement when it recognizes that other states have consented to be bound. But that doesn't break out of the circle, it simply means that we then have to ask what theory of law those other states were adopting when they decided that they were bound as a matter of law.

You might say it's just a convention, but conventions are not automatically law. The existence of a convention can be destroyed simply when one party to the convention decides no longer to accept it. So, in fact, the consent theory does not, cannot explain customary law once you accept that customary law means behavior governed by some other more fundamental standard of what the law is.

What about treaties? You would think that treaties are a perfect example of consent, nations being bound because they have consented. It won't do. We personify states, we say states who have signed a treaty have promised and they must keep that promise. But it isn't the personified legal abstraction that is actually bound, it's the population. And that population may be -probably is- entirely different from the population whose leaders signed the treaty. There might have been constitutional changes so dramatic that none of the domestic law of that state has survived. Why does the obligation of treaties survive? Even if we hold fast to the personification and say "the state itself has promised", we simply raise the question, a philosophical puzzle ever since humans identified it: Why does promising create obligations? Philosophers assume that there must be some deeper, some other principle of morality that explains why promising creates obligation. You cannot simply say that speaking magic words creates an obligation; there must be some explanation why. International lawyers might say to you "there is a deeper principle, it's called "*pacta sunt servanda*" - very grand, when international lawyers speak Latin, you know that further unpacking is necessary. But *pacta sunt servanda* simply repeats that treaties impose obligations, it doesn't explain *why* they do.

I believe that we must start again. The consent theory with its roots in legal positivism, its roots in absolute sovereignty of nations theory, must be set aside, we have to begin again. And I suggest that we begin again by going back to the spirit that animated the architecture of international law on its first Golden Age, 16<sup>th</sup> and 17<sup>th</sup> century, that we follow the lead of architects like Hugo Grotius, who began by saying, just assuming that international law is an aspect of international morality. As soon as one says that, then, of course, the question arises: "how do we tell the difference?" If we start saying international law is part of morality, we look to morality for the grounds, then, we face the immediate question "what is the difference between decency and morality among nations?", which is, of course, a moral matter in international law; which is, if you say, also a moral matter, cries out for a distinction.

Am I suggesting to you that there is no difference between what the law is, internationally speaking, and what it ought to be? No. The question of what international law is is, from my view, a moral question, but it is a distinct moral

question. In other work, in particularly in the book that Marcelo mentioned “Justice for Hedgehogs” -that we are going to discuss tomorrow-, I argue that we distinguish law from other parts of morality by identifying law as the set of rights that people are entitled to enforce on demand without the action of any other political institution, are entitled to demand from a coercive institution, like a court. And so when we’re thinking about what the law is, we ask ourselves the question “which rights or duties are appropriately enforced in that very special way on demand of individual people?” Hard to apply that to international law, I agree, because there is not such institution as a General Court with powers to enforce a jurisdiction over all states, it doesn’t yet exist.

We can solve that problem very quickly, we simply imagine such a Court. We ask the question “if there were such a Court, what would it be appropriate for the Court to enforce on demand, without further international agreement or legislation, simply on the demand of a single party?” That is where we start. And then, we start to answer that question, and I believe we start by concentrating on questions of political legitimacy. All across the planet there are people with power, guns and armies at their disposal. Some of them, indeed most of them, claim moral authority to govern. They are not just terrorists, they are not just people with guns, they are legitimate rulers in some territory. What conditions must be met in order that a government be legitimate, that it have earned the title it claims? Very complicated matter, many books written on it. It comes down to three requirements: The power must have been formed, the State must exist properly. We are interested in the formation of a government historically. It’s a very complicated question, which I won’t touch on. When a State that was formed illegally, by conquest -as North America and South America where-, when a state, through some historic statute of limitations, becomes properly formed? That’s an important question. But let us say that the formation of a state is one condition of its legitimacy.

The second condition is not how it acquired power, but how it exercises that power. A legitimate government must rule democratically, according to some proper sense of democracy, and it must respect the basic human rights of its inhabitants. That’s again very vague and general, but it states a condition of legitimacy.

I want to concentrate now on the third condition of legitimacy; that is the international system, which gives a particular state power, and limits that power. The international system must itself be legitimate in order for any state whose power is secured by the international system of states. And that makes international law directly relevant to the legitimacy of all the members, one by one, of the international community. The Westphalian System, as we call it, of individual states with particular territorial boundaries, was formed in the 16<sup>th</sup> and 17th centuries as a way out of the horrors of the wars of religion which had torn the continent of Europe apart.

But the Westphalian System, recognizing existing boundaries, has had and has many defects. The boundaries that are established under the present international

understanding are arbitrary. They depend on where rivers run and who slept in which King's bed. They leave states vulnerable, and they have the system which awards territorial sovereignty on the basis of these historical accidents, and protects states from interference by other states. The system, we might call it "of immunities", has at least four grave defects that are stains on its legitimacy. First, it does not allow people in nations around the world to come to the rescue of fellow human beings who are terrorized by their own governments. Conversely, it allows states to terrorize their own citizens. Those are important defects in legitimacy. There are others: The international system prevents the nations from achieving any kind of coordination. We normally solve problems of what are called "prisoner's dilemmas". The problem created by the banking crisis, for example, a problem that can't be solved unless all nations coordinate certain constraints on banks; the problem of climate change, which cannot successfully be attacked unless all nations agree, or all economically important nations agree to certain restrictions. The international system of separate sovereignty makes that nearly impossible.

Here is my suggestion for remedies to these problems: my suggestion is that States, out of a duty to protect their own legitimacy, have a further duty to mitigate the defects of the world system of nations; they have a duty to adopt practices that might bring about an improvement. That's a simple straightforward duty and it's a duty out of concern for their own moral title to govern.

That is the underlying ground of international law. But by itself it doesn't say much because it doesn't tell states which of any number of practices they should adopt, any of which would be helpful if adopted by all States, but it doesn't tell us where to begin. I therefore recommend, in addition to the duty to mitigate, a different duty which is a duty of salience, a principle of salience, and that is to say: if some rule or practice is made pertinent by history or practice, then States have a duty to join that rule, or that practice, or that principle as law; they have a duty to mitigate and a duty to do it in a way that focuses on salient principles, provided, of course, that the principle that is said to be salient, say the laws of war, provided that the salient principle is one such that if all nations did adopt it as law, then the legitimacy of the international system will be significantly improved.

Where did salience come from? In the great Golden Age, salience came from two sources. International law was European and Europe was Christian; and it was just accepted that the basic principles of natural law were also principles of international law. Europe also enjoyed what the Romans called "*ius gentium*", that is the principles that were common and shared among nations generally.

We don't have a world understood to be Christian; the world has grown much larger, it includes not just all European civil law or common law system, it includes many different kinds of systems, we do not have a "*ius gentium*". We need a different source of salience, a different beam of light, around which nations may collect and equip their duty to mitigate. We need that, and the world provided it in

1945 in San Francisco. We should think of the United Nations not as a big treaty, binding on the nations that signed it or that later joined it, we should think of the United Nations as an engine of salience. It is obvious that the structure of the United Nations should be used to fill this need for collective action and the duty to mitigate.

I think, -I shouldn't take much more of your time-, but I think I want to illustrate this by going back to the question of interpretation that I said was so important. Does article 2(4) prevent intervention to stop genocide whenever one or two members of the Security Council veto an attempted intervention? There is a great disagreement among international lawyers about the powers of the General Assembly, which is not, of course, crippled by a veto. Would the United Nations have the authority, have the title, to adopt a resolution empowering intervention to stop genocide? Consider a resolution adopted, often called the Acheson Resolution, adopted in the United Nations at the time when Russia was boycotting it. The General Assembly resolves that if the Security Council, because of a lack of unanimity, fails to exercise his primary responsibility, then the General Assembly can do so.

I believe that the structure of international law that I've described, the structure that says international law is a response to a duty to cure the illegitimate aspects of the international system, provides a very good argument that the General Assembly does have that power. I would myself, if drafting a resolution on behalf of the General Assembly, adopt a more limited version of the Acheson Resolution; more limited in two ways, I would restrict the intervention to cases in which Article 2(4) is not plainly applied - that is seeking a shift away from genocide rather than changing territorial boundaries. And I would also say that any General Assembly Resolution licensing intervention would have to be submitted to International Court (the General Assembly has the power to do that). It will have to be submitted as a question to the International Court, and the question should be "is the target government is guilty of crimes against humanity, as defined in the Treaty of Rome, establishing the International Criminal Court". I'm not suggesting that I can draft a resolution here and now, but that would be the main body of it. Would it be *ultra vires* the General Assembly to do that? That's a question of interpretation. If you adopted the positivist consent theory, undoubtedly no. If you adopt the theory that I am recommending now, I believe yes.

There are other suggestions that we might think of. If you want something even more extreme, I believe the General Assembly should adopt a resolution which would provide that a climate change regime could be enforced against all nations, its allocation of emissions privilege could be enforced against all nations, provided that the scheme had collected what I would call a "four majorities regime"; that is a majority of votes of the General Assembly, the votes of countries in the General Assembly collectively representing most of the people on the planet, a majority of members of the Security Council, a majority of the permanent members of the Security Council. I think if -that's a very high hurdle-, I think that if some hurdle

of that character was adopted, there could be no objection made to it on grounds of world democracy and it would, in my opinion, be within the power of the General Assembly given the difficulties that the veto has posed in the Security Council.

Now, you have been very patient as I have gone from one extravagant idea to another, and nobody has jumped up yet and said: “but who would accept that?” Very important question. The time may very well come when the need for an international law more robust than we have it, is apparent to all nations - my money would be on climate change as bringing that about. It will be, indeed, of course it is, that few nations will accept the theory of international law and the hypothesis about the powers of the General Assembly that I unveil. But, to repeat, we don’t have a theory of international law. The consent theory is not an adequate theory, it’s a failed theory. When, and if, the time comes when the nations of the world are ready for a better theory, it shouldn’t be our fault, it shouldn’t be the fault of the Academy, it shouldn’t be the fault of the law schools that we aren’t ready with one. So, we should debate and if you think mine is a bit extravagant, then the question would be “can we have any theory?”, given that the consent theory won’t do, and it falls on the profession and particularly on international lawyers to return to the old question: “is there any such thing as international law?”, and on the assumption that there is what are its grounds and what are the interpretative implications of those grounds. We have been for too long cataloguing the bowers and the twigs of international doctrine. Now it’s time to nourish the roots. Thank you.



# ENTREVISTAS



## ENTREVISTA A GERMÁN J. BIDART CAMPOS\*

### I. PRESENTACIÓN<sup>1</sup>

*“Amar al que nos odia, al que nos quiere,  
al que haciéndonos mal nos ofendiere,  
y amar a los que pidan la venganza”*

GERMÁN JOSÉ BIDART CAMPOS, El Aljibe

“¿Dónde está la base de esta ciencia? ¿Cuál es su fundamento?”, se pregunta Savigny en su célebre trabajo, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*. ¿Dónde está la base de esta ciencia, de este estudio, o técnica que es el Derecho? Es una pregunta que todos los abogados, profesores y estudiantes de derecho se hacen (nos hacemos) en algún momento de su carrera. Algunos de los abogados encuentran ese fundamento o base del derecho en la poesía, en el valor de la palabra, ya que la palabra misma (tantas veces silenciada, tantas veces negada, la palabra tantas veces desaparecida, reprimida, torturada) puede ser una forma de justicia, de reparación, de presencia.<sup>2</sup> Muchos encuentran la base del Derecho en el humanismo. Bidart Campos era uno de ellos. Por eso quise comenzar esta presentación de la entrevista (hasta ahora inédita) que le realicé en 2003, con un poema de su libro *El Aljibe*. Porque esos versos lo muestran como lo que era: un abogado y un poeta comprometido. Como un constitucionalista y un humanista que privilegia la simpatía (el sentimiento más humano y genuino de todos, el primer sentimiento,

\* La entrevista fue una colaboración de Guido Leonardo Croxatto, antiguo miembro del Consejo de Redacción de la Revista, a quien agradecemos.

1. Quiero agradecer muy especialmente al Profesor Marcelo López Alfonsín, quién me estimuló –en Agosto de 2010– a escribir estas líneas y me encomendó la tarea de rescatar la entrevista inédita a Bidart Campos (que conservaba en mi biblioteca personal con el mismo sobre papel madera del Estudio Weinshelbaum en que Bidart Campos me la entregó en persona, con su firma de puño y letra), para publicarla en esta revista a modo de homenaje. También quiero agradecer el apoyo, en el mismo sentido, del Profesor Raúl Gustavo Ferreyra y de Eugenio Raúl Zaffaroni.

2. NUSSBAUM, M., *Justicia poética: la imaginación literaria y la vida pública*, Bogotá, Editorial Andrés Bello, 1997.

según David Hume),<sup>3</sup> el afecto, el amor sobre la sed de venganza, esa sed de venganza que muchas veces se alimenta, con odio irracional, desde muchos medios de comunicación, espacios y tribunas: el abogado comprometido, humanista, “garantista”, está para luchar contra la venganza, y no para ser su instrumento. Esas líneas no son pues un poema inocente: son una declaración rectora de los principios con los cuales Bidart Campos pensaba y enseñaba el Derecho. “Amar al que nos odia, al que nos quiere, / al que haciéndonos mal nos ofendiere, / y amar a los que pidan la venganza”. El Bidart Campos poeta era el abogado humanista cristiano. La persona cálida. El profesor comprometido y predispuesto que siempre tiende la mano y escucha a sus alumnos. A todos los alumnos.

“El alma se eleva al bien por lo bello”, escribió Kant.<sup>4</sup> Bidart Campos hubiera dicho: el Derecho también. El derecho también se eleva al bien a través de la belleza de la palabra. A través de la belleza de la palabra justa, de la palabra a través de la cual se hace justicia.

En 2003 yo acababa de empezar la carrera de abogacía en la Facultad de Derecho y una de las primeras materias que cursé —entusiasmado— (y una de las primeras con las cuales sentí una verdadera vinculación con la justicia) fue derecho constitucional. Unos meses antes habíamos participado —con otros alumnos de mi colegio— de un concurso en la Universidad Austral, el Concurso organizado por la editorial La Ley, en el que obtuvimos un premio, y por ese motivo nos habían regalado un montón de libros: yo elegí unos libros de Savigny, el Tratado de Derecho Civil de Borda, y los tres tomos del Manual de la Constitución Reformada, de Germán Birdart Campos. Leer sus libros aumentó mi interés por conocerlo.

Quisiera narrar brevemente cómo fue mi primer encuentro con Bidart Campos. Recuerdo que habíamos hablado por teléfono una tarde lluviosa de abril y él aceptó muy contento encontrarse conmigo a la mañana siguiente.

Apenas entré al estudio Weinshelbaum, sobre la avenida Santa Fe, Bidart Campos me recibió personalmente. Me invitó a sentarme en una enorme oficina y me sirvió un café el mismo. Luego se sentó con una enorme sonrisa y comenzó a hacerme preguntas. Me preguntó si yo era abogado, después miró mi cara y se contestó solo: no, es muy joven. Me preguntó por qué había elegido Derecho, le conteste que porque creía en la justicia.

Hablamos durante mucho tiempo, durante varias horas. Lo que más me sorprendió de él fue su enorme disposición personal a ayudarme, a entenderme, a mí, un joven estudiante de abogacía que daba sus primeros pasos —vacilantes— en el mundo del derecho. Un mundo complejo. Bidart Campos ponía en mis manos todo su enorme caudal moral, profesional y humano. Me prestaba su tiempo. Me hablaba

3. HUME, D., *Tratado sobre la naturaleza humana*, Madrid, Alianza Editorial, 1999.

4. KANT, I., *Observaciones sobre el sentimiento de lo bello y lo sublime. Ensayo de estética y moral*, Madrid, Axioma Editorial, 2011.

de profesores de filosofía en Tucumán y en Rosario que podría presentarme y con los cuales podrían orientar mejor mis estudios. Me hizo decenas de ofrecimientos.

Esa tarde de 2003 yo iba a hacerle un montón de preguntas a Bidart Campos, en su oficina, pero las preguntas me las terminó haciendo él a mí. Me preguntó qué me interesaba: yo le dije que me interesaba mucho la filosofía del derecho. Eso le gustó. Él me dijo –algo resignado– “ya nadie se interesa por la filosofía”. Es cierto. Yo estaba como ayudante (alumno) del Dr. Guibourg y Bidart Campos vino a una clase, pero para mi sorpresa no dio él la clase. Se sentó al fondo del aula, mientras yo hablaba (recuerdo que entró al aula por la puerta del fondo y sencillamente, mientras yo lo miraba entre anonadado y sorprendido por contar con su presencia, se sentó) como un estudiante más, entremezclado entre los estudiantes (recordarlo, escribir estas líneas, tanto tiempo después, me conmueve, ya que revive el hecho, su presencia, su enorme humildad, su modestia) y se quedó escuchando lo que yo decía. (Esa clase hablamos de las lagunas formales del derecho, que era parte de la materia razonamiento judicial, de la cual yo era ayudante alumno, en el CPO). Cuando salimos me dijo “muy bien”. Me dijo que dar clases –y no sólo tomarlas– era una buena manera de aprender los temas que uno enseña. Y es verdad, porque dar clases es una forma de poner en juego lo que uno sabe (o cree que sabe). Un saber que no se “expone” a las preguntas y críticas, es un saber anquilosado: eso es lo que no debe ser el Derecho. Un saber repetido. Dogmático. Vetusto. Sin vida. Un papel que se repite sin pensar.

Esa tarde en la sala de profesores de la Facultad de Derecho (donde habíamos quedado en encontrarnos después de mi clase, para hacer finalmente la entrevista) me habló del castigo. Me preguntó si había leído a Kafka. Le dije que no. Me recomendó que leyera La Colonia Penitenciaria, y así lo hice. Y desde allí comprendí, por ejemplo, que mucho de lo que consideramos un castigo “legítimo” esconde –o es en realidad– un trato inhumano, cruel y degradante. Una forma de la tortura impuesta desde el Estado. Un dolor, un mal, una forma de violencia que no construye, no reeduca, no rehabilita. No aporta nada sino más violencia a la violencia que ya existe en una sociedad.<sup>5</sup>

Después de la clase quise hacerle la breve entrevista. Pero esa tarde –habíamos hablado tanto– ya no tenía tiempo. Le dejé entonces las preguntas (muy breves, algo informales, propias de un estudiante que da sus primeros pasos) y él me las

5. Mismo argumento en contra del sistema penal ateniense que usaba ya, en la Antigüedad, el presocrático Antifonte (hedonista naturalista y abolicionista en materia penal), que entendía que la única forma de erradicar la violencia de la sociedad es erradicando los castigos y penas, que siempre, en la visión de Antifonte, eran –son– injustos, independientemente de si la persona es o no es “culpable”, porque contribuyen a “aumentar” la cadena de males que existen en una sociedad. La pena no es nunca un bien para la persona. Por eso en la visión de Antifonte nunca puede estar justificada.

trajo, unos días más tarde, en un sobre papel madera del Estudio Weinschelbaum, que aún conservo.

Presento esta entrevista no por el rigor de mis preguntas de entonces, que son las de un joven que comenzaba su carrera, sino porque pintan a Bidart Campos como lo que era: como un profesor generoso, un humanista excepcional, y como un gran abogado, un buen escritor y una buena persona.

Cuando el Profesor Marcelo López Alfonsín me propuso publicar esta breve entrevista, a modo de homenaje, pensé que a él le hubiera gustado que lo recordemos así. No tanto por sus libros y tratados académicos (que tienen un prestigio bien ganado) sino por el Bidart Campos más personal: el Bidart Campos que además de ser abogado era poeta, y escribía hermosas líneas como “Amar, y siempre amar, toda la vida, /los bosques, y los mares, y las flores/ las estrellas, los pájaros cantores, /las tardes, y la noche enmudecida”.<sup>6</sup>

Hoy que el derecho (o la filosofía) parecen naufragar, y no encontrar respuestas, hoy que el derecho no puede (o parece no poder, o no querer a veces) responder a las múltiples inquietudes que le presentan los alumnos, hoy que el derecho no hace mucho frente a las demandas insatisfechas de grandes franjas de la población (que ven pisoteados sus derechos y garantías más elementales, sumidos en la pobreza, la expoliación, la exclusión, las guerras) evocar los poemas juveniles de uno de los constitucionalistas más trascendentes de las últimas décadas, puede resultar estimulante. Porque allí se muestra un jurista transparente, más humano. A un abogado más real. Más consustanciado con las demandas esenciales y universales de paz, igualdad, justicia, de construcción de un mundo con más equidad, con más derechos sociales. Demandas que el Derecho debiera satisfacer. Un hombre que se opone, como veremos, a la Guerra de Irak, a los crímenes absurdos, a la intolerancia, a la persecución, al dogmatismo, y a la forma en que el Derecho pervierte muchas veces sus objetivos, amparando causas que Bidart Campos consideraba ilegítimas.

A través de su amor por la literatura Bidart Campos me enseñó, además, que entre el derecho y la palabra hay una relación esencial y no una relación meramente formal, instrumental, abstracta o vacía. El abogado debe escribir bien y hablar bien,

6. BIDART CAMPOS, G. J., *El aljibe*, Buenos Aires, Ediar, 1969. Véase también los poemas de BIDART CAMPOS, G. J., *El otoño de mi noche*, Buenos Aires, Ediar, 1967. Ver estos poemas (en sus Libros, *El Otoño de mi noche*, o *el Aljibe*) puede ser útil porque es una manera oblicua, o indirecta, de afrontar el mismo problema, es otra manera de afrontar la injusticia, la intolerancia, el miedo, o la opresión. Y puede serlo porque nos ayuda a reflejar el costado más personal, más humano, de este abogado y profesor brillante que fue Bidart Campos. Si algo lo distinguió a Bidart Campos dentro del aula, fue, justamente, su forma de estimular, de apoyar a los alumnos, de encaminar al estudiante, y de enseñarle una manera de pensar (repensar y aplicar) el Derecho que estaba muy alejada del éxito mezquino, del propio interés individual, que nunca se debía poner sobre los intereses generales. Sobre el bien común.

decía. Por eso hay que leer literatura. Porque el derecho, parafraseando a Kant, se eleva al bien a través de lo bello. La palabra justa es la palabra bella.<sup>7</sup>

Hoy escribo estas palabras a modo de presentación para recordarlo a él, pero también para recordarme a mí y para recordarnos a todos- la misión más esencial, más alta de todo abogado. “No lo olvide, me decía Bidart Campos, el abogado se forma para ayudar a los demás”. Es una verdad simple. (“usted tiene la posibilidad de estudiar, otros no”) y me regaló el libro de Ihering (*La Lucha por el Derecho*) que no puedo abrir –todavía hoy– sin conmoverme profundamente y sentir que la influencia de Bidart Campos –en mí y en todos los que lo conocimos– está viva. Que su enseñanza más fundamental no estaba en sus libros (solamente). Porque Bidart Campos predicaba con el ejemplo moral más alto. No había entre lo que decía y lo que hacía ningún divorcio. Hacer derecho es vivir honestamente, decía Ulpiano. Bidart Campos hizo de esa frase una máxima de su vida personal.

Con motivo de cumplirse ya, aunque parezca mentira, diez años de la desaparición física del Dr. Germán J. Bidart Campos, presento entonces –con la inestimable ayuda del Dr. Marcelo López Alfonsín, esta entrevista (inédita, hasta el día de hoy) que le hice en el 2003, cuando empezaba la carrera de derecho (y me sentía, en lo personal, un poco defraudado). Ahora que soy abogado y curso el doctorado en la misma casa de estudios, veo que las preocupaciones que tengo hoy (como profesional, como docente, como investigador, como doctorando) son las mismas que tenía entonces, como estudiante. Veía entonces –con algo de preocupación– que materias centrales (como historia, o filosofía) eran, en realidad, marginales en el programa de la carrera, y que la formación que se nos daba –y que se nos sigue dando- no tenía, en realidad, mucho volumen crítico-. No se nos hacía pensar. Solo repetir. No existía esa aspiración (siendo que el espíritu crítico es el sentido esencial o la misión primordial de la Universidad pública, como la pensaron sus fundadores)<sup>8</sup> Cuando entré a la facultad tenía la impresión de que nos ayudaban a reproducir un orden estable, es cierto, podíamos defenderlo, pero no nos ayudaban a repensarlo, a cambiarlo, a cuestionarlo. Ahora veo, retrospectivamente, que por eso fui a buscar a Germán Bidart Campos. Porque necesitaba una respuesta y la busque de esta forma personal: con una entrevista, que quedó inédita. Necesitaba una respuesta a mis preguntas, una respuesta que no me daba la propia Facultad de Derecho, una alternativa, y es justo decir que Bidart Campos me la dio. Me recibió en su despacho del Estudio Weinschelbaum sobre la avenida Santa Fe una tarde, con gran humildad, me sirvió un café, que el mismo preparó, y me escuchó atentamente, como si fuera un padre. Una imagen enteramente humana de un profesor de derecho. Nada pretencioso. Nada formal. Si cuento esta historia, y la cuento así, sin pretensiones, es porque

7. AXAT, J., *Musulam o Bioética*, Buenos Aires, Libros de la Talita Dorada, 2013.

8. Véase INGENIEROS, J., *El Hombre mediocre*, Buenos Aires, Editorial Losada, 1998.

estoy seguro de que a Bidart Campos le hubiera gustado, le hubiera encantado ser recordado, a diez años de su muerte, de esa forma, no por sus célebres tratados, no por sus cátedras, por su premios, por su prestigio, sino por su humildad, por su entrega, su predisposición con un joven desconocido que acaba de ingresar a la Carrera de abogacía; su grandeza, su humanidad, son también, claro, su sana inteligencia. Ese es el mejor recuerdo. El grado máximo al que puede aspirar un profesor de derecho: el amor, la admiración, el afecto que le deparaban —y le deparan— sus alumnos. Es la mejor forma de seguir su modelo.

Recuerdo que le pregunté por las cárceles, le dije “para qué sirven las cárceles, Dr. realmente, de qué sirve encerrar una persona”, y Bidart Campos me contestó con una frase de T. S. Eliot, (poeta católico, como él mismo) “la fe en la violencia, es una confesión de debilidad”. Me quedé mudo. También le pregunté por la Guerra en Irak (Bidart Campos hablaba de invasión y lo hace en la entrevista), y me decía que la “doctrina de la Guerra preventiva” era una “retroceso, una inmoralidad que no se ha visto en décadas”. Le pregunté por la libertad y me dijo “La libertad es un derecho inalienable. Tal vez, el primero de todos, el más importante, con el derecho a la vida y a la propia identidad. Yo creo que la libertad no depende del nivel económico, educativo o profesional de la persona. La persona siempre es libre, incluso en las situaciones más tremendas, más penosas. Hablo de una libertad de espíritu, está claro que una persona encerrada, no tiene libertad física. Pero eso no quiere decir que esa persona no sea libre. Siempre lo es”. El resto de sus respuestas se encuentran transcritas a máquina por él mismo. Estas son dos respuestas que yo transcribí a mano de la conversación en la Facultad de Derecho: todo lo que decía me sonaba tan inteligente y todo quería anotarlo, para que no se perdiera. Debo disculparme con el lector, ya que tiene en sus manos las preguntas que un joven ingresante puede realizar. No son tal vez las preguntas que hubiera hecho ahora, pero son las preguntas que Bidart Campos respondió, con enorme humildad y afecto, hace una década, a un joven ingresante de la Carrera de Derecho. Y tienen ese exacto valor. Ese humano mérito.

GUIDO L. CROXATTO  
Buenos Aires, 2014

## II. ENTREVISTA

— *¿A qué atribuye usted la baja calidad de los sistemas democráticos en varios países latinoamericanos, como por ejemplo Argentina, Chile o Colombia? ¿Si la desregulación del mercado laboral va acompañada de un incremento en la intensidad del estado de policía, puede decirse que el desempeño confluye en un círculo vicioso capaz de alterar y quebrar la democracia?*

— La baja calidad del sistema democrático en varios países latinoamericanos registra una serie de con-causas, a veces según cada época. Como denominador común, podría decirse que guarda nexo con la baja calidad de la cultura social y de la cultura política. A la fecha, Chile y Uruguay me parece que son las dos sociedades de mejor calidad democrática en relación con las otras. El neoliberalismo capitalista salvaje aporta, entre sus efectos nocivos, uno que incide en el mercado laboral y en el desempleo, así como en salarios insuficientes para las necesidades básicas. Sin una democracia social que haga efectivos los derechos sociales el sistema democrático es de muy baja calidad.

— *¿Cómo afecta la calidad de un sistema democrático el que el electorado sea bombardeado de manera precisa y constante por los medios de comunicación, cuya rapidez en la transmisión de datos e imágenes torna incluso imperceptibles las opiniones filtradas? (técnicas de disuasión, etc.). ¿No constituyen uno de los más graves problemas de la democracia la escasa autonomía que refleja el voto de amplias franjas de la población?*

— Un electorado transido de falta de credibilidad y confianza en las dirigencias políticas, partidarias, gremiales, etc., no acusa espacios y franjas de muy bajo interés en la participación social, política y electoral, en tanto en otros hay escasa autonomía por causa de manipulaciones variadas, de mala influencia sobre todo durante las campañas electorales.

— *La creciente extensión social de posturas escépticas éticas, la resonancia de las posturas relativistas, nihilistas, producen un complejo nudo de indiferencias cívicas. ¿Cómo convive el derecho con estos fenómenos?*

— En los espacios sociales donde hace impacto todo lo referido a la ética, suele hacer presencia un conjunto de teorías e ideales relativistas y nihilistas que en el mundo del derecho reducen el valor de los principios, las creencias y las ideas que convergen al sistema axiológico de la democracia. Quien no arraiga ese sistema axiológico con suficiente vigor es propicio a su relativismo que, de alguna manera, milita en la indiferencia cívica.

— *¿Cuál es el rol de los abogados frente a la crisis política e institucional que atraviesa la Argentina?*

— El protagonismo del abogado en la actual crisis de Argentina es muy amplio y diversificado. Fundamentalmente, debe cumplir con la ética pública y promoverla desde su actividad profesional, así como empeñar continuamente todo su esfuerzo en la defensa y el cumplimiento de la constitución.

— *Actualmente la filosofía del derecho permanece como disciplina ausente, una sombra del derrumbe de la filosofía occidental en sentido amplio. ¿Cómo afecta a las futuras generaciones de abogados desconocer las principales cuestiones axiológicas, gnoseológicas u ontológicas?*

— A la filosofía del derecho le adjudico una importancia capital en la formación del abogado y del jurista. Para el lego, hay asimismo algunas nociones elementales para formar los juicios de valor que todos los días debe formularse la gente para saber cómo actuar. En los planes de estudio y en los posgrados creo que es imperiosa una buena dosis —así sea mínima— de contenidos iusfilosóficos.

— *Los Profesores Gozaini y Sagües perfilan al Derecho Procesal Constitucional como una disciplina independiente del derecho constitucional y del procesal. Esta nueva asignatura pretende estudiar las garantías contenidas en las cartas fundamentales, los procesos que al efecto se diseñan y los órganos encargados para encausar tales objetivos, es decir, las magistraturas constitucionales. ¿Puede interpretarse este fenómeno como una manifestación agregada de la creciente autonomía que experimenta en el plano académico y científico el antaño “mero tecnicismo” del derecho procesal? ¿Está usted de acuerdo con asignar el rótulo autónomo al derecho constitucional procesal?*

— Hay un “derecho constitucional procesal” constituido por las disposiciones constitucionales básicas a aplicar en el garantismo que han de satisfacer los procesos constitucionales (juicios de constitucionalidad de todo tipo, acciones de amparo, habeas corpus, habeas data, etc.). Y hay un “derecho procesal constitucional” compuesto por la normativa infraconstitucional que confiere desarrollo a las normas de la constitución. Por supuesto, soy proclive a reconocerle autonomía.

— *Teniendo en cuenta las redes sociales del sistema democrático, ¿es correcto decir que el sistema judicial de control difuso de constitucionalidad de las leyes es más apropiado que el sistema político de control concentrado. En otra perspectiva, ¿es la democracia la que empuja al sistema concentrado hacia un “sistema mixto”, que provea a los ciudadanos la posibilidad de reclamar ante un juez la inconstitucionalidad de una ley?*

— Cada sistema de control constitucional tiene sus ventajas y sus inconvenientes. El concentrado parece satisfacer la uniformidad de la interpretación constitucional, así como hacer posible el efecto erga omnes de las sentencias en materia constitucional. No obstante, con una amplia elástica de buen activismo judicial, el sistema difuso también es útil. Seguramente, como en otros tantos temas, fuera

aconsejable combinar una mixtura entre ambos sistemas, siempre con miras a que el control constitucional rinda una efectividad saludable para el sistema democrático.

— *Uno de los argumentos esgrimidos a favor del control de oficio de constitucionalidad de las leyes por parte de los magistrados sostiene que la aplicación de la Carta Magna no puede quedar en su debida aplicación sujeta a accidentales argumentaciones de las partes sobre cuáles son las normas vinculadas al caso. ¿Cree usted que la posibilidad de ejercer el control de oficio de constitucionalidad de una ley constituiría un exceso del Poder Judicial?*

— El control “de oficio” en el marco de una causa judicial está muy lejos de configurar un exceso. Antes bien, siempre he pensado que en virtud del “iura novit curia” es indispensable acogerlo. No es posible que juzgar la constitucionalidad de normas y actos dependa de que un justiciable lo solicite. La supremacía y la vigencia de la constitución obliga a los jueces a ejercer el control “de oficio”, aunque más no sea porque los jueces no dependen de las partes en cuanto a buscar y aplicar el derecho que rige cada caso y cada causa.

— *El humanismo occidental ha descubierto en las posturas garantistas su más fiel traducción en el saber jurídico. ¿Cómo convertir este humanismo social en un marco efectivo de acción jurídica?*

— El humanismo social (prefiero llamarlo humanismo “personalista”) ha de lograr un marco efectivo en el mundo jurídico a través de un buen y eficiente sistema garantista.

— *Ante la ausencia del Estado en esferas de prestación social, muchas ONG’s han asumido ese espacio determinando sobre sus espaldas un nuevo rol de notable trascendencia (comedores, establecimientos educativos, bibliotecas barriales, colectas, información sexual, resguardo del medio ambiente). ¿Cómo interpreta usted esta retracción en las prestaciones sociales públicas al tiempo que aumenta el presupuesto militar? ¿Refuerza ello la postura que sostiene que no se trata ya de hablar de “los de arriba y los de abajo” sino de “los de adentro y los de afuera”?*

— Está bien que haya ONG’s que, ante un Estado desertor, suplan lo que ese Estado no hace. Pero es irritante que el Estado retraiga el gasto público en las prestaciones sociales, al tiempo que confiere prioridad al pago de una deuda externa usuraria y al presupuesto militar. Las prioridades en el sistema axiológico de la constitución no consienten tales fines políticos.

— *“No necesitamos permiso de nadie para atacar Irak”. La unilateralidad con la que actuó la administración norteamericana en la invasión a Irak ¿marca la caducidad de las instituciones de derecho internacional surgidas de la segunda guerra mundial? ¿Cómo interpreta el silencio de la ONU ante la ejecución independiente de esa guerra? ¿Cuáles son sus consideraciones respecto de la nueva doctrina preventiva enhestada por el presidente estadounidense George W. Bush (h)?*

— La nueva doctrina de la seguridad preventiva y de la justificación de la agresión bélica en tal supuesto carece de toda legitimidad y conspira contra la paz universal. Hoy se reconoce el “derecho” a la paz entre los de categoría reciente como uno de los derechos humanos, y el derecho internacional le debe dar y le da alojamiento. Por ende, la guerra contra Iraq y la teoría de Bush resultan una amenaza para las institucionales internacionales surgidas de la segunda guerra mundial del siglo XX. El siglo XX no consiente semejantes retrocesos y desvaríos.

— *¿Qué le diría a los estudiantes y profesionales del derecho?*

— A los estudiantes y abogados les diría, modestamente, que con ética y correcta formación, cumplan el maravilloso Decálogo del Abogado de Ángel Ossorio y Gallardo.

### III. POEMA ESCRITO POR GERMÁN J. BIDART CAMPOS

#### AMAR

Amar, y siempre amar, toda la vida,  
los bosques, y los mares, y las flores,  
las estrellas, los pájaros cantores,  
las tardes, y la noche enmudecida.

Amar, que en el amor el mal se olvida;  
amar el padecer, los sinsabores,  
los goces, y la paz, y los dolores,  
y en el amor dejar sangrar la herida.

Amar al que nos odia, al que nos quiere,  
al que haciéndonos mal nos ofendiere,  
y amar a los que pidan la venganza.

GERMÁN JOSÉ BIDART CAMPOS

1.-La baja calidad del sistema democrático en varios países latinoamericanos registra una serie de con-causas, a veces según cada época.-Como denominador común, podría decirse que guarda nexo con la baja calidad de la cultura social y de la cultura política.-A la fecha, Chile y Uruguay me parece que son las dos sociedades de mejor calidad democrática en relación con las otras.-El neoliberalismo capitalista salvaje abierta, entre sus efectos nocivos, uno que incide en el mercado laboral y en el desempleo, así como en salarios insuficientes para las necesidades básicas.-Sin una democracia social que haga efectivos los derechos sociales el sistema democrático es de muy baja calidad.

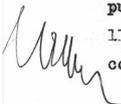
2.-Un electorado transido de falta de credibilidad y confianza en las dirigencias políticas, partidarias, gremiales, etc., acusa espacios y franjas de muy bajo interés en la participación social, política y electoral, en tanto en otras hay escasa autonomía por causa de manipulaciones variadas, de mala influencia sobre todo durante las campañas electorales.

3.-En los espacios sociales donde hace impacto todo lo referido a la ética, suele hacer presencia un conjunto de teorías e ideas relativistas y nihilistas que en el mundo del derecho reducen el valor de los principios, las creencias y las ideas que convergen al sistema axiológico de la democracia. Quien no arraiga ese sistema axiológico con suficiente vigor es propicio a un relativismo que, de alguna manera, milita en la indiferencia cívica.

4.-El protagonismo del abogado en la actual crisis de Argentina es muy amplio y diversificado. Fundamentalmente, debe cumplir con la ética pública y promoverla desde su actividad profesional, así como empuñar continuamente todo su esfuerzo en la defensa y el cumplimiento de la constitución.

5.- A la filosofía del derecho le adjudico una importancia capital en la formación del abogado y del jurista. Para el lege, hay asimismo algunas nociones elementales para formar los juicios de valor que todos los días debe formularse la gente para saber cómo actuar. En los planes de estudio y en los posgrados creo que es imperiosa una buena dosis -así sea mínima- de contenidos iusfilosóficos.

6.- Hay un derecho "constitucional procesal" constituido por las disposiciones constitucionales básicas a aplicar en el garantismo que han de satisfacer los procesos constitucionales (juicios de constitucionalidad de todo tipo, acciones de amparo, habeas corpus, habeas data, etc.). Y hay un derecho "procesal constitucional" compuesto por la normativa infraconstitucional que confiere desarrollo a las normas de la constitución. Por supuesto, soy proclive a reconocerle autonomía.



//

7.- Cada sistema de control constitucional tiene sus ventajas y sus inconvenientes. El concentrado parece satisfacer la uniformidad de la interpretación constitucional, así como hacer posible el efecto erga omnes de las sentencias en materia constitucional. No obstante, con una amplitud elástica de buen activismo judicial, el sistema difuso también es útil. Seguramente, como en otros tantos temas, fuera aconsejable combinar una mixtura entre ambos sistemas, siempre con miras a que el control constitucional rinda una efectividad saluáble para el sistema democrático.

8.- El control "de oficio" en el marco de una causa judicial está muy lejos de configurar un exceso. Antes bien, siempre he pensado que en virtud del "iura novit curia" es indispensable acogerlo. No es posible que juzgar la constitucionalidad de normas y actos dependa de que un justiciable lo solicite. La supremacía y la vigencia de la constitución obliga a los jueces a ejercer el control "de oficio", aunque más no sea porque los jueces no dependen de las partes en cuanto a buscar y a aplicar el derecho que rige cada caso y cada causa.

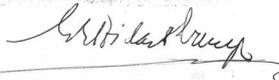
9.- El humanismo social (prefiero llamarlo humanismo "personalista") ha de lograr un marco efectivo en el mundo jurídico a través de un buen y eficiente sistema garantista.

10.- Está bien que haya ONG's que, ante un Estado desertor, suplan lo que ese Estado no hace. Pero es irritante que el Estado retraiga el gasto público en las prestaciones sociales, al tiempo que confiere prioridad al pago de una deuda externa usuraria y al presupuesto militar. Las prioridades en el sistema axiológico de la constitución no consienten tales políticas.

11.- La nueva doctrina de la seguridad preventiva y de la justificación de la agresión bélica en tal supuesto carece de toda legitimidad y conspira contra la paz universal. Hoy se reconoce el "derecho" a la paz entre los de categoría reciente como uno de los derechos humanos, y el derecho internacional le debe dar y le da alojamiento. Por ende, la guerra contra Iraq y la teoría de Busch resultan una amenaza para las instituciones internacionales surgidas de la segunda guerra mundial del siglo XX. El siglo XXI no consiente semejantes retrocesos y desvaríos.

12.- A los estudiantes y abogados les diría, modestamente, que con ética y correcta formación, cumplan el maravilloso Decálogo del Abogado de Angel Ossorio y Gallardo.-

Germán J. Bidart Campos



## CÓMO PUBLICAR EN *LECCIONES Y ENSAYOS*

### PAUTAS FORMALES PARA LA PRESENTACIÓN DE TRABAJOS

1. Deberán ser originales e inéditos, redactados en procesador de texto –preferentemente Microsoft Word 2003 o posterior– en fuente Times New Roman tamaño 12 pts., interlineado de 1,5 líneas, hoja tamaño A4 (21 x 29,7 cm.) y márgenes por defecto (superior e inferior 2,5 cm.; izquierdo y derecho 3 cm.). La extensión del trabajo, incluyendo las referencias bibliográficas, deberá ser de veinte (20) a treinta (30) páginas. Por carácter inédito se entiende que el texto no debe estar publicado, total o parcialmente, en soporte papel ni digital alguno, lo que incluye aunque no se limita a: libros, capítulos de libros, artículos, compilaciones, revistas impresas o electrónicas, suplementos digitales, blogs y sitios de Internet en general.
2. Deberá seguirse el siguiente orden en la presentación:
  - a. Título del trabajo en español;
  - b. Pseudónimo escogido por el autor, que no deberá dar lugar a la inducción de su identidad;
  - c. Resumen del trabajo en español (5 a 15 líneas);
  - d. Palabras clave en español;
  - e. *Abstract* del trabajo en inglés (de ser posible);
  - f. *Key words* en inglés (de ser posible);
  - g. Cuerpo del trabajo;
  - h. Referencias bibliográficas.
3. Las notas a pie de página se consignarán sucesivamente en el cuerpo del trabajo y no al final del documento. Deberán utilizarse tanto para los comentarios que el autor considere ilustrativos o secundarios como para las citas bibliográficas (sin perjuicio de consignar las referencias bibliográficas al final del trabajo).
4. Se deberá seguir el siguiente sistema para citar:
  - a. **Libros.** Apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor, título del libro (en *itálicas*), ciudad de edición, editorial, año, tomo –de haberlo–, número/s de página.

De haber cuatro autores o más, deberá consignarse el que primero aparezca en la publicación seguido de la fórmula “*et al.*”.

De tratarse de una compilación, deberá indicarse el nombre del compilador, seguido de la fórmula “(comp.)”. Lo mismo en el caso del director y/o coordinador, con las fórmulas “(dir.)” y “(coord.)”.

Ejemplo: PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 1, pp. 49-50.

**b. Capítulos de libros.** Apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor del capítulo, título del capítulo (entre comillas), “en”, apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor del libro, título del libro (en itálicas), ciudad de edición, editorial, año, tomo –de haberlo–, número/s de página.

Se aplican las pautas del punto (a), segundo y tercer párrafo.

Ejemplo: JELONCHE, Edgar I., “Gobierno societario y mercado de capitales”, en ETCHEVERRY, Raúl A., CHOMER, Héctor O. y GENOVESI, Luis M., *Derecho Comercial y de los Negocios*, Buenos Aires, Eudeba, 2007, t. 1, p. 81.

**c. Artículos publicados en revistas.** Apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor del artículo, título del artículo (entre comillas), “en”, apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del/de los director/es de la revista –de corresponder–, nombre de la revista (en itálicas), número de la revista, ciudad de edición, editorial, año de publicación, número/s de página.

Ejemplo: IRIBARNE, Santiago P. y BRAVO D’ANDRÉ, Ignacio M., “De los problemas que presenta la incorporación del daño punitivo”, en ALTERINI, Atilio A. (dir.), *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, n° 5, Buenos Aires, La Ley, mayo de 2009, p. 32.

Ejemplo: BENENTE, Mauro, “Fuera de la Corte Suprema’. Breves notas sobre las protestas frente al máximo tribunal”, en *Lecciones y Ensayos*, n° 88, Buenos Aires, Eudeba, 2010, p. 235.

Para revistas ampliamente conocidas, podrá utilizarse el sistema simplificado tradicional (LL 1990-A-324, JA 1999-II-230, etcétera).

**d. Artículos publicados en Internet.** Apellido (en versales), nombre y –en su caso– inicial del segundo nombre del autor del artículo, título del artículo (en itálicas), “consultado en”, dirección completa del vínculo entre corchetes, “en fecha”, fecha de consulta.

Ejemplo: BEADE, Gustavo A., *El problema del antiperfeccionismo en el liberalismo de Carlos S. Nino*, consultado en [[http://www.isonomia.itam/docs/isonomia35/Isono\\_356.pdf](http://www.isonomia.itam/docs/isonomia35/Isono_356.pdf)] el 11/12/2012.

5. Para consignar las referencias bibliográficas al final del trabajo, deberán seguirse las pautas para citar, salvo los siguientes puntos:
  - a. En el caso de libros, no deberá consignarse número de página alguno.
  - b. En el caso de capítulos de libros, deberá consignarse de qué página a qué página del libro abarca el capítulo (no la/s página/s citada/s).
  - c. En el caso de artículos publicados en revistas, deberá consignarse de qué página a qué página del libro abarca el artículo (no la/s página/s citada/s).
  - d. El listado de las referencias deberá hacerse en orden alfabético según apellido del autor.
6. Junto con el trabajo, deberá enviarse un documento por separado donde se asocie el pseudónimo escogido por el autor con su nombre y apellido, y en el cual se consignen además los siguientes datos: tipo y número de documento, domicilio, número de teléfono, dirección de correo electrónico actual, condición de estudiante o graduado. También podrá incluirse cualquier breve reseña curricular, dedicatoria y/o agradecimientos que el autor deseara formular para el caso de que el trabajo sea publicado, con tal que no superen los 350 caracteres con espacios en total.
7. El trabajo deberá enviarse exclusivamente por correo electrónico, a la dirección [lye@derecho.uba.ar](mailto:lye@derecho.uba.ar). Dentro de las 24 hs. se contestará con un acuse de recibo.

8. El envío de trabajos para su publicación en Lecciones y Ensayos implica la autorización para su publicación en la Revista y en cualquier soporte físico o digital que determine la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Los autores asumen exclusiva responsabilidad por los reclamos de cualquier naturaleza que pudieran efectuar terceros respecto de la originalidad del ensayo o por cualquier otra causa sobre el texto presentado.

## PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

Los trabajos están sujetos a un sistema de referato. En consecuencia, los ensayos y las lecciones son asignadas por la Secretaría de Redacción a un número determinado de miembros del Consejo de Redacción –tres (3) en la presente edición– bajo seudónimo, para preservar el anonimato y evitar la distorsión de las condiciones de evaluación. Estos miembros se expiden a través un dictamen escrito que contiene sus consideraciones e indica el voto a favor o en contra de la publicación.

De formarse el voto unánime de los dictaminantes a favor de la publicación de la asignación, ésta queda preseleccionada para el cierre editorial del número. Por el contrario, si todos los dictaminantes se expiden en contra, la obra es desestimada. Si hubiera disidencias en el sentido de sus votos, el escrito es elevado a la consideración del cuerpo editorial en pleno (plenario). En los tres supuestos, el autor recibe los votos fundamentados de los dictaminantes.

El plenario es la instancia donde la potencial publicación de los trabajos es debatida por la totalidad de los miembros del Consejo de Redacción y decidida a favor o en contra por mayoría simple, sin manifestación al autor de los fundamentos.

A diferencia de los ensayos y las lecciones, las obras presentadas para otras secciones de la Revista –reseñas bibliográficas, comentarios jurisprudenciales, etc.– son directamente sometidas a la evaluación del plenario, sin la instancia previa en la que se elaboran dictámenes individuales.

Todos los escritos que el Consejo de Redacción haya determinado como publicables quedan preseleccionados para su reconsideración al momento del cierre editorial. Así, en la etapa de conformación definitiva del número, los trabajos preseleccionados son nuevamente clasificados por el pleno para decidir cuáles son incluidos en la publicación física y digital. Todo escrito restante –es decir, no incluidos– es tenido por preseleccionado para su eventual inclusión en un número ulterior, si su autor así lo desea.

La presentación de trabajos para la consideración del Consejo de Redacción implica la autorización para su publicación en la revista Lecciones y Ensayos, tanto en su versión en papel como en su versión digital. Respecto al supuesto de evaluación externa consulte en nuestra página web el digesto de normas internas (4.3. Procedimiento de evaluación).



## CÓMO PARTICIPAR

Lecciones y Ensayos es una revista jurídica semestral dirigida por estudiantes dependiente del Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fue fundada en el año 1956 y desde entonces ha cumplido el papel de foro editorial de profesores y alumnos, sin más requisito que la excelencia académica.

Si querés participar de Lecciones y Ensayos, podés acercarte a nuestras reuniones los días jueves a las 20 hs.

Las reuniones tienen lugar en nuestra oficina ubicada en la Planta Principal, Pasillo Sumarios (al lado del Salón Verde) de la Facultad de Derecho.

También podés comunicarte con nosotros por teléfono (+54 11) 4809-5668 o enviándonos un e-mail a [direccionlye@derecho.uba.ar](mailto:direccionlye@derecho.uba.ar).

El único requisito para formar parte de Lecciones y Ensayos es ser alumno regular de alguna de las carreras de grado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

**Réplica:** Lecciones y Ensayos invita a escribir respuestas o reacciones a los artículos publicados en la Revista. Para su publicación, dichas respuestas deberán ser enviadas, junto con los datos completos del autor, a [lye@derecho.uba.ar](mailto:lye@derecho.uba.ar).

