

PRUDENTIA IURIS N° 84

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



Diciembre 2017
Buenos Aires, Argentina.

ISSN: 0326-2774 (impresa)
ISSN: 2524-9525 (en línea)

AUTORIDADES

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

Rector

Mons. Dr. Víctor M. Fernández

Vicerrector de Asuntos Académicos e Institucionales

Dr. Gabriel Limodio

Vicerrectora de Investigación e Innovación Académica

Dra. María Clara Zamora de Najún

Administrador General

Dr. Horacio Rodríguez Penelas

FACULTAD DE DERECHO

Dr. Daniel A. Herrera

Decano

Dr. Néstor Raymundo

Secretario Académico

Dr. Fernando Ubiría

Prosecretario Académico

Dr. Nicolás Lafferriere

Director de Investigación Jurídica Aplicada

Dr. Gustavo Costa Aguilar

Director de Posgrado

Director de la Revista

Jorge Nicolás Lafferriere

Secretaría de Redacción

Débora Ranieri de Cechini

Asistente Editorial

Estefanía Rogora

Comité Editorial

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

Consejo Académico

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

PRUDENTIA IURIS

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

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

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

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

Prudentia Iuris se encuentra incluida en la base de datos ERIH Plus, Fuente Académica Premier (EBSCO), Catálogo Latindex, Dialnet, CLASE, Google Académico y REBIUN. Todos los contenidos también pueden ser encontrados en la Biblioteca Digital de la Universidad.

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

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

ISSN: 0326-2774 (versión impresa)

ISSN: 2524-9525 (versión en línea)

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
Buenos Aires, Argentina

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

The Journal covers the following issues: Philosophy of Law (Natural Law, Legal Theory, Principles and Juridical Institutions); Public Law (Constitutional, Administrative, Labor, Social Security), Private Law (Civil and Commercial Law); History of Law; Canon Law; Comparative Law.

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

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

Prudentia Iuris is included in the database ERIH Plus, Fuente Académica Premier (EBSCO), Catálogo Latindex, Dialnet, CLASE, Google Scholar, and REBIUN. All content can also be found in the Digital Library of the University.

For subscriptions, swaps, paper submissions and correspondence:

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

ISSN: 0326-2774 (versión impresa)

ISSN: 2524-9525 (versión en línea)

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
Buenos Aires, Argentina

PRUDENTIA IURIS

SUMARIO

DICIEMBRE 2017 – N° 84

Presentación 13

PARTE I. Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana

MÉNDEZ, Julio R.
Derecho y Moral. ¿Por qué ocuparnos? ¿De qué ocuparnos? (*Law and Moral. Why we should take care of the issue? What we should deal with?*) 19

LAFFERIERRE, Jorge N.
Los argumentos a favor y en contra de la educación religiosa en Salta en las audiencias celebradas ante la Corte Suprema (*The arguments in favor and against religious education in Salta at hearings at the Supreme Court*) 31

PARTE II. Estudios Doctrinales

SACRISTÁN, Estela
El concepto de dignidad humana en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. (*The concept of human dignity in the case law of the National Supreme Court of Justice*) 41

NAVARRO FLORIA, Juan G.
Algunas consideraciones sobre la muerte y los muertos en el Código Civil y Comercial. (*About the death and the deads in the Civil and Commercial Code*) 73

FREILE FRANCO, Álvaro José
Aproximaciones a los métodos de la filosofía iusnaturalista clásica. (*Introduction to the methods used in classical natural law philosophy*)..... 107

ROMERO BERDULLAS, Carlos Manuel
Otras manifestaciones del principio de oportunidad. (*Others manifestations of prosecutorial discretion*) 137

SUMARIO

ARIANO, Chiara Il principio del contraddittorio. Lineamenti comparativi tra proceso italiano e canonico. (<i>The principle of adversarial process: the relationship between italian and canonic processes</i>)	165
CAJARVILLE, Juan Carlos La naturaleza jurídica del Reglamento de Propiedad Horizontal, la tutela del consumidor inmobiliario y las cláusulas abusivas. (<i>The legal nature of the Horizontal Regulation, the real estate consumer tutelage and the unfair contractual terms</i>)	191
SANTILLÁN SANTA CRUZ, Romina V. Argumentos para una reinterpretación del artículo 3º del Código Civil peruano: goce de derechos vs. capacidad de goce. (<i>Arguments for a reinterpretation of Article 3º of the peruvian Civil Code: enjoyment of rights vs. capacity for the enjoyment of rights</i>)	225

PARTE III. Notas y Comentarios

Nuevos horizontes de la discriminación genética en los Estados Unidos a partir del caso “Chadam v. Palo Alto Unified School District” (<i>New horizons of the genetic discrimination in the United States from the case “Chadam v. Palo Alto Unified School District”</i>), por Leonardo Geri	265
Acerca de la enseñanza religiosa escolar en Salta. (<i>Regarding the religious education in Salta’s publics schools</i>), por José Durand Mendioroz	277

PARTE IV. Documentos

Leiva, Alberto D., “La Escuela Jurídica Católica Argentina”. Incorporación del Académico de Número Dr. Alberto David Leiva, Pontificia Universidad Católica Argentina, miércoles 23 de agosto de 2017.....	289
Pretel, Magdalena; Orpelli, Delfina y Gaspari, Andrea, Crónica de la Jornada: “La relación entre Estado y Religión frente a diferentes paradigmas”, Facultad de Derecho (UCA), 10 de agosto de 2017.....	299

SUMARIO

RECENSIONES

SCHAUER, Frederick, <i>The Force of Law</i> . Cambridge-Massachusetts/ London, Harvard University Press, 2015 (por Carlos I. Massini Correas)	309
QUINTANA, Eduardo M., <i>Filosofía jurídica, política y moral</i> , en <i>Jür- gen Habermas</i> , Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2007 (por Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba)	312
NAVARRO FLORIA, Juan G., <i>Los derechos personalísimos</i> , Buenos Aires, El Derecho, 2016 (por Jorge N. Lafferriere)	319
Normas de publicación	323

PRESENTACIÓN

El nro. 84 de la Revista *Prudentia Iuris* que aquí presentamos recoge interesantes y actuales debates jurídicos, junto con serios trabajos de investigación. En primer lugar, en la habitual sección dedicada a la Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana, se incorpora una nota del Pbro. Julio Raúl Méndez sobre Derecho y Moral, que vuelve a un debate siempre vigente. Vale resaltar que el P. Méndez ha sido uno de los sacerdotes más activamente implicados en la discusión ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la constitucionalidad de la ley que dispone la educación religiosa en las escuelas públicas salteñas. Justamente sobre ese tema proponemos, luego, una breve nota que sintetiza los argumentos esgrimidos durante las audiencias públicas que convocó la misma Corte Suprema los días 16, 17 y 30 de agosto para que los “Amigos del Tribunal” hicieran sus aportes. Los textos relacionados con la causa se completan con el trabajo del Dr. José Durand Mendioroz en la sección de Notas y comentarios. El jurista salteño también tuvo una activa participación en los debates y nos ofrece aquí una ponderada y fundamentada explicación sobre la constitucionalidad de las normas salteñas y las políticas públicas que garantizan a todos los padres el derecho de poder elegir la educación de sus hijos. Por su parte, las jóvenes Magdalena Pretel, Delfina Orpelli y Andrea Gaspari realizan, en la sección de Documentos, una reseña de la Jornada “La relación entre Estado y Religión frente a diferentes paradigmas”, en la que organizaron dos proyectos de investigación de la Facultad de Derecho de nuestra Universidad el 10 de agosto de 2017.

En los Estudios Doctrinales, la Dra. Estela Sacristán aborda, con su conocida precisión, la presencia en los fallos de la Corte Suprema de Justicia del concepto de dignidad. El trabajo, partiendo de los significados del término y cómo se ha incorporado en el orden normativo, ofrece una visión sistemática sobre los usos jurisprudenciales en múltiples campos de estudio: materia penal y no-penal, patrimonial y no patrimonial, individual y social. En el campo de la filosofía jurídica, Álvaro José Freile Franco propone una reflexión desde la teoría del conocimiento de Leonardo Polo, a la filosofía

iusnaturalista clásica, desarrollando cuestiones tratadas tradicionalmente por este enfoque.

Esta sección también cuenta con tres trabajos provenientes del Derecho Civil. El Dr. Juan G. Navarro Floria, partiendo de la afirmación de que la muerte se ha vuelto algo que “conviene ocultar, que es socialmente inapropiado mencionar”, entiende que nada hay más inexorable y, por lo mismo, más humano que ella y de allí que se ocupe también del derecho de la muerte. En su trabajo profundiza de qué modo el legislador se ha ocupado de ella en el reciente Código Civil y Comercial de la Nación, dejando a la luz algunas inconsistencias e incoherencias que reclamaban un tratamiento más riguroso. El joven investigador Juan Cajarville profundiza un tema novedoso, también vinculado con los alcances del nuevo Código. Nos referimos al problema de la naturaleza jurídica del Reglamento de Propiedad Intelectual y la incidencia que tienen las normas del Derecho del Consumidor y las cláusulas abusivas. La tercera contribución vinculada con el Derecho Civil llega desde Perú, de la mano de la prof. Romina V. Santillán Santa Cruz, y se enfoca en la distinción entre goce de derechos y capacidad de goce a luz del artículo 3º del Código Civil peruano.

Por su parte, dos artículos relativos al Derecho Penal completan los Estudios Doctrinales. En primer lugar, el Dr. Carlos Manuel Romero Berdullas vuelve a tocar un tema que fuera objeto de tratamiento en un número anterior de *Prudentia Iuris*, como es el del principio de oportunidad. En esta ocasión, analiza otras manifestaciones de este principio en relación a la mediación, conciliación y reparación, las enfermedades incurables en estado terminal y/o avanzada edad, la pena natural, los procedimientos derivados, la suspensión del juicio a prueba, el arrepentido, el agente encubierto, las cuestiones de ley penal tributaria, los estupefacientes y psicotrópicos y las leyes de amnistía e indulto. Finalmente, la profesora italiana, Chiara Ariano, propone un estudio comparativo entre el proceso italiano y el canónico en torno al principio adversarial.

El joven abogado rosarino, Leonardo Geri, ofrece una nota sobre los debates en torno a la noción y los alcances de la discriminación genética en los Estados Unidos a partir de un caso vinculado con el ámbito educativo. Junto con la ya mencionada nota del Dr. José Durand Mendioroz, completan la sección de Notas y comentarios. La sección de Documentos se jerarquiza con el discurso brindado por el profesor Dr. Alberto David Leiva, sobre el tema “La Escuela Jurídica Católica Argentina”, con motivo de su incorporación como Académico de Número a la Academia del Plata. Entre las recensiones, el Dr. Carlos I. Massini Correas ofrece un estudio sobre el libro de Frederik Schauer, titulado *The Force of Law*. El Dr. Juan Carlos Riofrío nos actualiza una obra de Eduardo Quintana, titulada *Filosofía jurídica, política y moral, en Jürgen Habermas*. La sección se completa con una reseña realizada por

PRESENTACIÓN

el Director de la Revista sobre el libro *Los derechos personalísimos*, del Dr. Juan Navarro Floria.

Estamos muy contentos de poner en manos de nuestros lectores un nuevo número de *Prudentia Iuris*, que continúa queriendo servir a sus ideales fundacionales de elaborar un pensamiento jurídico coherente con los principios fundamentales de la Justicia y el orden natural, iluminados por la Fe (*Prudentia Iuris*, Nro. 1, agosto 1980, p. 3). Un agradecimiento especial para la profesora Débora Ranieri de Cechini, que no sólo ha realizado sus habituales tareas como Secretaria de Redacción, sino que ha sido una activa participante en los debates en torno a la educación religiosa en Salta, con una incansable labor en pos de esclarecer los principios jurídicos en juego en esta decisiva causa. El agradecimiento también se extiende a la joven Estefanía Rogora que, en la asistencia editorial, hace posible que la Revista salga a la luz. Esperamos que los lectores encuentren de interés este nuevo número, que encomendamos agradecidos al Señor Jesús.

JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE
Director

PARTE I

**CÁTEDRA INTERNACIONAL
LEY NATURAL Y PERSONA HUMANA**

DERECHO Y MORAL
¿POR QUÉ OCUPARNOS? ¿DE QUÉ OCUPARNOS?¹

Law and Moral.

Why we should take care of the issue? What we should deal with?

Julio R. Méndez²

Recibido: 11 de septiembre de 2017

Aprobado: 15 de septiembre de 2017

Resumen: El autor vuelca algunas reflexiones en torno a la conocida cuestión sobre la relación entre Moral y Derecho. En un primer momento, las analiza en aquello que poseen en común: pertenecen a la razón práctica y buscan lograr una conducta humana; luego, las contrasta en su especificidad mostrando, al mismo tiempo, su inescindible compatibilidad. Concluye con la pregunta: ¿de qué debe ocuparse el jurista al hacer las normas? Y encuentra cinco tópicos: los dos primeros versan sobre el paso de contenidos de la Moral al Derecho, otros dos acerca de la situación de lo moral a partir de lo jurídico, y el quinto sobre el influjo de lo moral extrajurídico sobre lo jurídico como perspectiva política.

Palabras claves: Moral - Derecho - Conducta humana - Legislador.

Abstract: The author offers some reflections on the well-known question of the relation between Moral and Law. At first, it analyzes them in what they have in common: they belong to practical reason and seek to guide human behavior; then, contrasts them in their specificity showing at the same time, their inescapable compatibility. He concludes with the question: what should the jurist do when making the rules? Finding five topics: the

1 Este trabajo fue discutido en las XXXI Jornadas Nacionales de Filosofía del Derecho de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. Salta, 23-26 de agosto de 2017.

2 Universidad Católica de Salta. Correo electrónico: mendezjulio.raul@gmail.com.

first two deal with the passage of Moral content to Law, two others deal with the situation of the moral from the legal perspective, and the fifth on the influence of extrajudicial moral on the legal issues as a political perspective.

Keywords: Moral - Law - Human Behavior - Legislator.

Para citar este texto:

Méndez, J. R. (2017). “Derecho y Moral. ¿Para qué ocuparnos? ¿De qué ocuparnos?”, *Prudentia Iuris*, N° 84, pp. 19-29.

Una cuestión permanente: ¿por qué ocuparnos?

Los deberes jurídicos no están solos en la vida humana, se encuentran con otras prescripciones compartiendo el mismo ámbito de las conductas humanas. Están los usos sociales, lo políticamente correcto, los mandatos de pertenencia a una clase social, los criterios ideológicos, los mandatos religiosos y los imperativos morales. La relación más relevante, por el nivel de imperio respectivo, es la que se produce entre Derecho y Moral.

Recordando una observación de von Ihering, escribía Benedetto Croce que el problema de las relaciones entre Derecho y Moral es el cabo de Hornos, el “cabo de los naufragios”, de la Filosofía del Derecho, donde zozobran los esfuerzos teóricos por esclarecer la naturaleza de la experiencia jurídica frente al actuar ético³.

Nos parece que la histórica discusión acerca de las relaciones entre Derecho y Moral obedece a dos elementos sustanciales, que nos dan las razones de *por qué ocuparnos* de este asunto cuando se trata de legislar o de juzgar.

El primero de ellos es que *ambos ámbitos pertenecen al universo discursivo de la razón práctica*. Ambos generan normas, es decir, juicios y proposiciones que pretenden regular conductas humanas. No hay decisiones humanas sin un juicio de la razón; por ello, ni el Derecho ni la Moral son espacios ciegos, de un decisionismo irracional. La razón en cada sujeto es una sola y el discurso personal, tanto como el debate social, se dan en el mismo seno de la racionalidad

El segundo es que *ambos juicios tratan imperativamente de lograr una determinada conducta humana*, es decir, recaen sobre el mismo objeto. Esto afecta profundamente al sujeto humano que ha de actuar y ha de tomar una decisión confrontándose con esos imperios normativos.

3 Conf. Von Ihering, R. (1854). *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Leipzig. Breitkopf & Härtel, vol. II-1, §26, 48. Croce, B. (1996). *Filosofía della pratica*. Napoli. Bibliopolis, 366.

El carácter racional e imperativo de ambos órdenes hace que sean *commensurables*, es decir, que se pueda desarrollar una relación reflexiva sobre ambos en conjunto, en cuanto pertenecen al mismo universo de las proposiciones deónticas. El hecho de que ambas se dirijan al mismo sujeto humano, pretendiendo dirigir el curso de su conducta, torna imprescindible tematizar argumentativamente esta vinculación, pues se da de hecho, y por sí sola, en la realidad psicológica y social.

Toda la actividad jurídica aparece como una expectativa de justicia. El mismo lenguaje así lo manifiesta. Entonces, ¿significa esto que el Derecho se identifica con los actos de la virtud de la justicia? Ésta pertenece a la moral social.

Inicialmente tenemos que reconocer una coincidencia, pues la virtud de la justicia se define como el “hábito de voluntad de dar a cada uno lo suyo”. El hombre justo cumple sus deberes, realizando las conductas que lo ajustan con el otro en la convivencia por una decisión de su voluntad que se inclina hacia lo justo por ser tal, quiere eso y obra consecuentemente.

Pero también es cierto que, si el fin de la conducta jurídica es ponerlo al otro en su estricta integridad dándole lo suyo, lo que importa en el Derecho es la conducta en cuanto sale al otro. El Derecho Objetivo (la conducta justa debida) mira al acreedor titular del Derecho Subjetivo para ponerlo en la situación en que autónomamente pueda cumplir su fin.

De allí que el Derecho en su cumplimiento pueda soslayar la disposición de ánimo del agente. Jurídicamente no importa estrictamente al orden social que el obligado cumpla de buen o mal talante. Mientras lo haga en el tiempo y modo debidos, jurídicamente no importa si el sujeto agente se identifica o no con una voluntad cumplidora. Cumplida la conducta en cuanto afecta al otro (término), la disposición de la voluntad del agente no es lo que está dentro del análisis jurídico y hasta puede ser obviada. No ocurre lo mismo con el juicio moral.

Ahora bien, esto no significa que el *juicio moral* atienda sólo a la interioridad de la voluntad. La realización externa le agrega bondad o malicia al acto: no es lo mismo tener la intención de matar que cometer realmente un homicidio. Tampoco significa que el *juicio jurídico* prescinda absolutamente de la interioridad, pues no se trataría, entonces, de conducta humana. No existe un mandato jurídico que diga que se obre de tal modo sólo exteriormente, sin participación alguna de la interioridad.

Hay actos humanos puramente interiores (amor, odio, pensamientos, etcétera), juzgados por la Moral, pero no hay actos humanos puramente exteriores. La Moral juzga lo interior y lo exterior; pero lo referido a la justicia es juzgado no sólo moralmente sino también jurídicamente.

El juicio jurídico no atañe a todas las acciones que considera el juicio moral, sino sólo a las de justicia y soslayando, a veces, la intención (sin to-

mar en cuenta de qué manera lo haga el agente). En cambio, el juicio moral alcanza todas las acciones jurídicas en su exterioridad e interioridad.

El juicio moral siempre considera la intención. El juicio jurídico puede prescindir de ella en algunos casos. Para la justicia objetiva del acto no se requiere necesariamente y siempre tener en cuenta la intención (v. gr., el caso del deudor que paga por coacción o temor a la deshonra).

No siendo esencial al Derecho la intención justa, es pertinente considerarla cuando la mala intención o la falta de intención pueden afectar la justicia objetiva dañando a los miembros de la relación o al bien común; por ejemplo, para determinar si hubo culpa o dolo, si hubo premeditación, buena o mala fe, etcétera. Pero siempre se la conoce por signos exteriores, lo que encierra importantes límites.

Lejos de constituir un timbre de sapiencia o de destreza jurídica, es una corrupción de lo jurídico hacerlo y apoyarse en la duplicidad entre interioridad y exterioridad, jugando con las ficciones jurídicas o con los actos simulados, donde se oculta expresamente la verdadera intención. Tolerar el tipo de ruptura entre interioridad y exterioridad, que constituye el fraude, resulta un principio ruinoso del orden jurídico.

Llegados a este punto debemos recordar que el ámbito de lo moral es el de las conductas normadas en cuanto racionalmente dirigidas a la integridad completa del hombre en su actuar, la cual se llama bondad en el sentido pleno de *honestidad*. Se distingue, así, de las bondades parciales, como son la utilidad, la belleza, la verdad, el placer, la fama; pero las incluye a todas. De aquí derivan el carácter absoluto de sus principios y el ámbito de autonomía desde donde imperan.

La *absolutez* de los mandatos morales es totalizadora respecto a la vida de la persona, por ello no admite la exclusión de algún campo de la actividad humana. La Moral está por encima de las reglas de cortesía, de las presiones sociales y busca gobernar los impulsos de la propia persona. Propuestas tales como “los negocios son los negocios” o “son razones políticas” y otras semejantes, al pretender trazar zonas antropológicas de exclusión para el juicio moral, marcan una inferioridad del mandato moral, que contradice su propia especificidad de no-disponible para el individuo. A la inversa, el imperativo legal que coincide con el imperativo moral goza de mayor prestigio.

A su vez, la *autonomía*, como ámbito donde reside el mandato moral, emerge como una dimensión antropológica irreductible para cualquier determinación extrínseca.

La justicia como virtud atiende no sólo al cumplimiento de lo justo respecto al otro (término), sino también a la disposición de ánimo del agente, ella rectifica la voluntad del obligado. Si no hay rectitud en la voluntad, la conducta justa no lo perfecciona al agente en su integridad relativa interna

y externa, aunque sí al término destinatario (acreedor) en su exterioridad, que es lo único que jurídicamente es exigible.

Respecto a la materia de las conductas en la perspectiva de la justicia, la valoración moral y la valoración jurídica se identifican. En este orden lo inmoral es lo injusto.

Pero el ámbito de lo jurídico tiene sus límites de índole subjetivo y objetivo, por lo cual, si bien no se opone (por definición) a lo moral, no se identifica en toda la extensión de la consideración moral.

En efecto, por una parte, queda para el juicio más amplio de la Moral la plenitud de la justicia como virtud en cuanto su acto requiere la rectitud de voluntad del agente. Pero advertimos que si bien lo jurídico como tal puede (y en algún caso debe) prescindir del fuero interno de los ciudadanos, el orden jurídico (la justicia operada) sólo estará asegurado cuando se dé plenamente la justicia virtud como fuente interior constante de ese tipo de conductas sociales.

Recordemos que la norma jurídica carece de sentido sin su referencia a la conducta efectiva y carece de vigencia (por tanto, de entidad jurídica) cuando cae en *desuetudo*; asimismo que para la definitiva conformación de la norma es necesaria su vigencia como *consuetudo*. Ahora bien, esta costumbre social tiene asegurada su previsibilidad cuando se ha constituido en *mores*, es decir, en conductas que brotan de una actitud interior por hábitos de vida. El mejor fundamento de una seguridad jurídica cumplida resulta ser el tono moral de una sociedad como impulsor de las conductas.

La *coercibilidad*, como propiedad de lo jurídico y no de lo Moral, asegura el mínimo de justicia en la adecuada posición de la convivencia. Pero el funcionamiento y los resultados de una vida social a fuerza de coacción son los menos efectivos (como mover un carro de ruedas cuadradas).

Por otra parte, si bien se puede atacar una norma que prescriba lo inmoral o injusto, no todo lo inmoral puede ser evitado o combatido por la norma positiva, sea porque permanece en el fuero interno de los sujetos y así no tiene alcance político, sea porque de por sí carece de incidencia política objetiva, sea porque en su particularidad escapa al legislador. La exterioridad y la generalidad son siempre limitaciones esenciales de lo jurídico.

Asimismo, como un corolario de lo anterior, la materia de lo jurídico, si bien ha de ser moral en cuanto razonado como “justo”, ha de ser capaz de resistir la posible prescindencia de la voluntad virtuosa del obligado. Por estas mismas limitaciones, el mínimo de moral que adquiere dimensión jurídica reclama para su funcionamiento un mayor clima ético. El bien común, fin de todas las normas, no se construye solamente con las normas.

La vida jurídica pertenece a la vida política y ésta incluye visiones morales que se nutren de distintas fuentes (tradiciones, convencionalismos, convicciones religiosas, convicciones personales y sociales, ideologías, etcé-

tera). Por ello, el diseño normativo y el funcionamiento real de la vida jurídica son el destinatario de la proyección de esas visiones político-morales, lo que se advierte en los encendidos debates que originan los temas más radicales de la vida y de la convivencia humana.

La objeción de la imposibilidad de conectar lógicamente lo jurídico y lo Moral, por carecer esto último de la especificidad de la fuente positiva, pierde de vista la común pertenencia al plano de la inteligencia y de la voluntad humana. La distinción no excluye del seno común. En la inteligencia es donde ambos se constituyen en primera instancia y donde se define la coherencia antropológica insoslayable. En la voluntad, particularmente en el caso del legislador y del juez como fuente positiva, permanece la relación con el dictamen de su inteligencia, también con su reclamo de coherencia.

No es posible la remisión de la Moral al ámbito de la pura interioridad, para entregarle a lo jurídico la pura exterioridad. El sujeto es uno solo. Aunque lo jurídico, en gran parte de los casos, logre delimitarse en la exterioridad, la Moral no admite barreras. El juicio de la conciencia incluye la actuación externa, que es actuación del mismo y único sujeto. Y esto en los casos de los ciudadanos, del legislador y del juez.

¿De qué ocuparnos?

De las consideraciones anteriores surgen algunos tópicos sobre *de qué ocuparnos* en los procesos de instauración de normas, sea en la legislación, sea en la judicatura.

Vamos a enunciar sintéticamente cinco tópicos.

Los dos primeros versan sobre el paso de contenidos de la Moral al Derecho, otros dos acerca de la situación de lo moral a partir de lo jurídico, y el quinto sobre el influjo de lo moral extrajurídico sobre lo jurídico como perspectiva política.

1. La Moral excluye algunas materias de su inclusión jurídica por vía negativa

No es congruente: a) prescribir jurídicamente lo que está moralmente prohibido, ni b) prohibir jurídicamente lo que está moralmente mandado. De lo contrario, se afecta seriamente el núcleo antropológico donde residen el Derecho y la Moral. Ambos imperativos se dirigen a la inteligencia y a la voluntad del mismo sujeto en orden a una única conducta. Una contradicción entre las prescripciones significa que al mismo sujeto agente se le presentan en la misma circunstancia dos mandatos que se excluyen mutua-

mente: i) no debe ser P (moral) y debe ser P (jurídico), o ii) debe ser P (moral) y no debe ser P (jurídico). Esto resulta operativamente imposible para el sujeto obligado a actuar.

Por su amplitud (interioridad y exterioridad) originada en la autonomía⁴, y por su referencia a principios absolutos, la Moral se presenta delimitando un campo de superioridad de prevalencia.

El Estado no es la fuente que establece los juicios morales, sino que los recoge de otra instancia racional y social. Pero siempre queda el caso particular no atendido, por ello se ha abierto camino la llamada objeción de conciencia.

La *objeción de conciencia* es una traba interna para que un imperativo legal en sentido contrario sea ejecutado armónicamente por el sujeto obligado. La cuestión opone autonomía y heteronomía, como un caso testigo de la relación entre Derecho y Moral en las sociedades contemporáneas.

La objeción de conciencia es una acción jurídica (en el sentido estricto y procesal del término) y no solamente moral. Es el ejercicio de un Derecho Subjetivo a ser autorizado a actuar en sentido contrario a lo jurídicamente prescrito, por razones de conciencia.

La fuente del contenido de la objeción no es jurídica. Lo jurídico es la admisibilidad de la acción de objeción, en cuanto le da cauce jurídico a una libertad de conducta que no coincide con la conducta prescrita.

Por ello es una figura nueva, no idéntica con la simple libertad religiosa, ni de pensamiento, o expresión, o cualquier otra que se vincule con ella, en cuanto recupera la libertad en un ámbito donde el legislador optó por prescribir lo contrario. El contenido de la conciencia, las razones que tiene, son morales, pero el acto de objetar (la acción procesal) y el resultado perseguido son jurídicos.

La figura de la objeción de conciencia salva al mismo tiempo la persona del ciudadano, que es exigida socialmente a algo que su conciencia no admite, y la de la organización social, que no por ello se ve desarticulada.

La aceptación de la primacía de la Moral de modo negativo (por sus mandatos negativos), aún en su forma restringida de la objeción de conciencia, distingue a los modelos jurídicos que respetan la libertad de la persona y se detienen ante ella, sin por esto afectar el bien común. Más aún, se trata de reconocer que el bien común propiamente político incluye la integridad de las personas con su libertad.

4 Aquí tomamos la autonomía como ámbito de pertenencia antropológica de la moral, sin identificarla con ninguna de sus dos posibilidades en las escuelas éticas: *autonomía trascendente* (objetivismo, naturalismo, intrinsecismo deontológico) y *autonomía inmanente* (subjetivismo, formalismo, extrinsecismo deontológico), respectivamente. Por su mayor consistencia, adherimos a la tesis de la primera.

2. Lo moral está incluido en sentido positivo en lo jurídico, pero de modo restrictivo

No es consistente prescribir jurídicamente todo lo prescripto de modo positivo en sede moral, sino sólo lo *racionalmente argumentable en materia de justicia* y con tres condiciones: *exterioridad, politicidad y factibilidad*.

Por el requisito de argumentabilidad racional, propio de la comunidad política, los preceptos morales de fuente religiosa o tradicional necesitan ser mediados por la argumentación racional para su posible juridización. Esta mediación puede no tratar el núcleo del precepto sino indirectamente, desde alguna repercusión social suya (por ejemplo, el feriado dominical en un contexto social cristiano).

Ahora bien, la primera de las condiciones *supra* mencionadas (la *exterioridad*) implica que se pueden juridizar sólo aquellas conductas exteriormente cumplibles y verificables. Respecto a sus aspectos interiores, el juicio jurídico sólo considerará aquellos externamente cognoscibles. Es el principio de la amoralidad subjetiva.

Entre las conductas justas externamente cumplibles y verificables, la vida jurídica sólo recoge aquellas socialmente relevantes. Esta segunda condición prolonga la anterior y reduce, aún más, el mínimo de moral jurídicamente receptado según el criterio de *politicidad*, es decir, de atingencia al bien común de una sociedad histórica. El repertorio de principios y preceptos morales juridizables se encuadra entre aquellos más graves, en especial, aquellos sin los cuales la sociedad humana no podría mantenerse o viviría de modo poco humano, que eviten daños a terceros y no acarreen males mayores.

La tercera condición es que sólo se puede prescribir jurídicamente aquello cuyo cumplimiento es fácticamente presumible en las condiciones socio-históricas de lugar y de tiempo. La *factibilidad* jurídica significa que no resulte operativamente imposible o extremadamente difícil, ni que exista un consenso firme y sostenido en su contra. En ambos casos el previsible incumplimiento generaría la *desuetudo*, erosionando el principio de autoridad por la irrazonabilidad del mandato.

Estas restricciones en la coincidencia material entre Derecho y Moral pueden reflejarse en la tesis de que la vida jurídica recoge una *minima moralia*, es decir, un contenido moral reducido. Todo esto torna la vida jurídica más digna de ser vivida.

3. No todo lo que está jurídicamente permitido es moralmente honesto

Si bien jurídicamente todo aquello que no está prohibido está permitido, las restricciones de juridización dejan fuera de este ámbito una amplísima gama de conductas moralmente reprobables, sea por no pertenecer al ámbito de la justicia sino a otras virtudes, sea por no cumplir las tres condiciones antes señaladas de exterioridad, politicidad y factibilidad. Ninguna moral aceptaría pronunciar un juicio de bondad a una persona que solamente cumpliera estrictamente los preceptos jurídicos.

4. La prescripción jurídica introduce una prescripción moral en los casos en que ese contenido no esté prohibido ni ya prescrito por el juicio moral

Esto significa que una conducta puede resultar moralmente debida *porque* es jurídicamente debida. Se trata de aquello que en un principio da lo mismo que sea así o de otra manera, pero una vez establecido ya no da lo mismo. El fundamento de esta obligación se encuentra en la aplicación del precepto moral de obedecer a la autoridad legítima como algo justo y debido.

De aquí resulta la imposibilidad de considerar éticamente honesto al que viola las prescripciones jurídicas moralmente admisibles.

5. Las leyes jurídicas necesitan promover el desarrollo moral en sus obligados para asegurar un cumplimiento presumible y evitar la necesidad de recurrir a la coacción ni siquiera psicológica

Aunque la formalidad jurídica esté cumplida en general en la exterioridad, la adhesión interna a las obligaciones legales, por la presencia de la virtud de la justicia en los obligados, garantiza una vigencia efectiva sin recurso a los tipos de coacción. Ordinariamente la vida jurídica de una sociedad se desenvuelve por esta espontaneidad voluntaria de sus miembros. Cuando se hace necesaria la coacción la articulación de los dinamismos sociales se ve dificultada.

Ahora bien, por los presupuestos de distinción antes mencionados, esta promoción de la Moral desde lo legal tiene un requisito fundamental de realización: no puede ingresar al fuero moral en sentido propio, sino que ha de actuar *indirectamente*.

Esta acción indirecta tiene, a su vez, dos caminos: a) no apoyando las actividades consideradas inmorales, b) promoviendo las instituciones y acciones que favorecen la moralidad de los miembros de la sociedad.

Esta promoción de la Moral desde la legalidad estatal no significa una confusión de órdenes según los modelos totalitarios o fundamentalistas, sino el reconocimiento realista de la unidad de la persona y de sus conductas, de manera que las distinciones entre la especificidad de lo jurídico y lo moral no conlleven una separación utópica, sino una lógica articulación para la plena vigencia del Derecho en la paz y la integridad antropológica de sus actores, por el cultivo de la virtud de la justicia acompañada de otras virtudes en la unidad de la personalidad. *Principalmente le interesa a la vida jurídica que se promueva la virtud de la justicia, y ordenadas a ésta las demás virtudes.*

Antes que confiar en que las cárceles reeduzcan a los delincuentes, es mejor promover que desde niño se aprenda a no robar ni matar, a respetar y cuidar los ancianos, a ayudar a los pobres, a cumplir los deberes propios y a ser generosos con los demás desde lo propio en la vida común. Es mejor y más efectivo destacar la ejemplaridad de los ciudadanos virtuosos que exaltar a los no solidarios, a los mentirosos o a los que viven de los vicios ajenos.

Una consideración final

Ante el panorama del alcance que puede adquirir el conflicto entre Moral y Derecho, cabe recordar la dificultad propia de los juicios prácticos.

En ellos resulta accesible la certeza en pocos principios y son más frecuentes la opinión y la duda en la generalidad de los casos. De allí la necesidad de revisión responsable de la propia tesis moral y la ponderación de los reales alcances del posible conflicto por la jerarquía de los bienes en juego y de las consecuencias que se siguen para imponer o para atacar un curso de acción.

Si bien es cierto que no es requisito de validez de las normas su aprobación por la conciencia de los obligados, sino que la misma se basa en su contenido, origen y forma, también es cierto que cabe el error en el juicio práctico de la autoridad, por ello ha de ponderar cuidadosamente lo que pueda ser justo en las circunstancias. De allí la pertinencia de que la voluntad del legislador y la del juez estén animadas (rectificadas) por la virtud de la justicia.

Ciertamente el Derecho recoge una *minima moralia*, pero no establece un contenido *extra moralia* (fuera de la Moral). Los contenidos jurídicos, aunque no recojan todo lo moral, lo que recogen es una parte de la Moral y,

como tal parte, intrínsecamente sigue perteneciendo al todo de la moralidad de la vida humana.

Lo jurídico no totaliza la vida humana, no comprende unitariamente todos sus aspectos, pero tiene en su finalidad asegurar las condiciones y el clima social que hagan posible el desarrollo de esa totalidad en perspectiva del sentido de la vida.

Más adecuado que distinguir *Derecho y Moral* es distinguir *el Derecho en la Moral*, indicando esa teleología jurídica a su plenitud en la Moral, de la que es parte. El acto jurídico cumplido aún sin adhesión interna no carece de valor y pertenencia ética; no es totalmente amoral. La intención subjetiva discordante con la objetividad del acto jurídico moralmente debido, no sólo no es concordante con la moralidad formalmente considerada, sino que tampoco es concordante con la finalidad plena del mismo acto jurídico. La negación de la adhesión subjetiva no asegura establemente al acto y al orden jurídico buscado.

Lo jurídico no se cierra sobre sí mismo, sino que mantiene su pertenencia al todo, a la plenitud moral, que es la plenitud de la persona. La *minima moralia* es jurídicamente exigible, pero la *maxima moralia* es política, cultural y religiosamente ofertable. También como una instancia crítica respecto al Derecho vigente.

No sería posible la riqueza de las relaciones humanas sin la versión jurídica de la justicia; ésta es imprescindible pero no suficiente. También la versión moral de la justicia necesita ser completada en el rico plexo de las virtudes humanas.

**LOS ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA EDUCACIÓN
RELIGIOSA EN SALTA EN LAS AUDIENCIAS CELEBRADAS
ANTE LA CORTE SUPREMA**

*The arguments in favor and against religious education in Salta at the
hearings held at the Supreme Court*

Jorge Nicolás Lafferriere¹

Recibido: 10 de septiembre de 2017
Aprobado: 15 de septiembre de 2017

Resumen: Terminaron las audiencias públicas convocadas por la Corte Suprema en la causa en la que se discute la constitucionalidad de las normas que regulan la educación religiosa en las escuelas públicas de Salta (Constitución y Ley N° 7.645). Y mientras esperamos la sentencia del Tribunal, podemos hacer un balance de lo que ha dejado este interesante e importante debate institucional.

Palabras claves: Constitución - Salta - Educación religiosa - Federalismo.

Abstract: The public hearings called by the Supreme Court in the case in which the constitutionality of the norms that regulate religious education in the public schools of Salta (Constitution and Law N° 7.645) are finished. And while we await the judgment of the Court, we can make a balance of the issues left by this interesting and important institutional debate.

Keywords: Constitution - Salta - Religious Education - Federalism.

Para citar este texto:
Lafferriere, J. N. (2017). “Los argumentos a favor y en contra de la

1 Pontificia Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho. Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana. Correo electrónico: nicolas_lafferriere@uca.edu.ar.

educación religiosa en Salta en las audiencias celebradas ante la Corte Suprema”, *Prudentia Iuris*, N° 84, pp. 31-37.

Se verificó una activa participación de distintos sectores de la sociedad, totalizando cincuenta y cuatro presentaciones entre personas físicas y jurídicas como “Amigos del Tribunal”, en porciones bastante parejas en cuanto a las posiciones. Estos mismos “amigos” expusieron durante tres audiencias (16, 17 y 30 de agosto de 2017). El 31 de agosto fue el tiempo de exposición para las partes y terceros interesados en la causa.

Entre los argumentos más desarrollados por los “Amigos del Tribunal” podemos destacar los siguientes.

Federalismo y margen de apreciación provincial

Uno de los argumentos constitucionales más sólidos en favor de la vigencia de las normas salteñas es el referido al federalismo. Con fundamento en los arts. 5° y 75, inciso 19, de la Constitución Nacional, se deben respetar las normas provinciales de organización de la educación, sin imponer uniformidades centralistas, garantizando a las provincias un margen de apreciación local para tener en cuenta la idiosincrasia y las notas culturales propias.

Derechos Humanos

Los argumentos centrales estuvieron concentrados en la interpretación de las normas de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que se refieren a la educación religiosa de los niños. En efecto, la Constitución de Salta sigue casi al pie de la letra varios Tratados con jerarquía constitucional que expresamente mencionan el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones. En ese sentido, parece difícil sostener que una Constitución Provincial sea inconstitucional cuando recurre a fórmulas que la propia Constitución Nacional reconoce.

Los derechos del niño

Otro eje del debate estuvo centrado en el argumento de que la educación religiosa afectaría la autonomía progresiva de los niños. Aquí estuvo en juego la interpretación del art. 14 de la Convención sobre los Derechos

de los Niños, que señala el “derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”, y dispone que los Estados Partes “respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades”. La discrepancia se planteó en la forma de interpretar el rol de los padres. Para una postura, los padres deberían abstenerse de realizar todo acto que pudiera significar condicionar al niño en materia religiosa. Por nuestra parte, criticamos esta forma de concebir al niño y sostuvimos que hay que procurar un adecuado balance entre la facultad de guía, educación y la autoridad de los padres, y el crecimiento y la maduración del niño. Entender al niño como una hoja en blanco que no puede recibir nada de sus padres es asumir una visión individualista extrema, que recorta al niño de sus vínculos más constitutivos y fundamentales. En el fondo, es casi una apropiación estatal de los niños que desconocería que la familia es el elemento natural y primario en que se transmite la vida, y que los padres son los primeros responsables de la educación de sus hijos. El Estado no puede estar sospechando de los padres y pretender conocer más que ellos qué es lo mejor para sus hijos.

¿Discriminación?

Otro de los argumentos alegados en contra de las normas salteñas consiste en afirmar que los niños cuyos padres prefieren que no reciban ninguna educación religiosa resultan en los hechos discriminados, pues se ven excluidos de ese espacio de enseñanza. Al respecto, se refutó este argumento explicando cómo las normas salteñas disponen que se contemplen programas alternativos para tales niños. A su vez, si se hiciera lugar a la demanda y se prohibiera la educación religiosa en las escuelas, se produciría una discriminación de los más pobres y vulnerables, que no podrían recibir educación religiosa en escuelas de gestión privada y se verían privados de esa importante dimensión de la formación de la personalidad.

Las categorías sospechosas y las minorías

En línea con el argumento anterior, se afirmó que en los lugares donde hay preponderancia fuerte del factor religioso, hay que ser más estrictos al cuidar a las minorías. Además, esas minorías religiosas están protegidas por las llamadas “categorías sospechosas” en materia de discriminación, de tal forma que cuando una normativa pone en riesgo el derecho de esas minorías, se presume una discriminación y está en cabeza del que alega la

validez de la norma probar que no hay tal discriminación. Al respecto, en general, todos se expresaron por la necesidad de un cuidadoso respeto por esas familias que no querían recibir la educación religiosa, pero también se puso de relieve que ello no podía significar privar a los restantes niños de su derecho a recibir educación religiosa. Por otra parte, la argumentación de las categorías sospechosas abre varios frentes de discusión y controversia en el plano iusfilosófico y constitucional.

El problema de la implementación

Otras críticas se dirigieron hacia la forma en que es implementada la educación religiosa en las escuelas públicas y señalaron que las normas salteñas deben ser invalidadas por esas fallas en su implementación. Ahora bien, eso contradice anteriores fallos de la Corte Suprema en que se señala que la inconstitucionalidad no puede surgir por la forma de implementar una norma, sino de la norma misma. Si hubiera problemas de implementación, no hay que anular las normas, sino mejorar las prácticas que se realizan en las escuelas.

La privacidad sobre la religión

En conexión con el problema de la implementación, otra objeción a las normas salteñas señala que al preguntársele a los padres si quieren o no que sus hijos reciban educación religiosa, ellos se ven forzados a revelar información sensible sobre sus convicciones religiosas. Al respecto, con razón, se ha alegado que ello no es así y se han puesto distintos ejemplos (como el de Jean Jaures), de personas ateas o agnósticas que eligieron para sus hijos educación religiosa por múltiples motivos. Y otros casos de padres creyentes que optaron porque sus hijos no reciban esa educación. Además, la consulta se realiza en forma discreta y apunta a la realización de una opción pedagógica y no constituye una manifestación de las creencias.

La religión sospechada

Algunos escritos señalaron que enseñar religión sería contrario al derecho de los niños a aprender y a tener un sentido crítico, pues la religión sería dogmática y contraria a la ciencia. Tales posturas se basan en prejuicios contra las religiones y, en particular, contra la religión católica. Numerosos son los testimonios de científicos que han surgido de las filas

de personas creyentes. Y la cuestión de la relación entre fe y ciencia ha sido objeto de profundos desarrollos en el campo de la Iglesia Católica, principalmente a partir del Concilio Vaticano II y el gran Magisterio de san Juan Pablo II y Benedicto XVI. Pero sobre todo, estaríamos ante un inadmisibles reduccionismo antropológico, que ignora que la dimensión espiritual y religiosa es parte constitutiva de la existencia humana. La misma Convención sobre los Derechos del Niño, en distintos artículos, se refiere a la religión como parte fundamental de la identidad de los niños (conf. arts. 14, 20 y 29).

La relación Iglesia y Estado

El telón de fondo de muchas intervenciones fue el referido a la relación entre Iglesia y Estado. En este sentido, mientras que algunos bregaron por un laicismo que niega toda posibilidad de presencia de lo religioso en lo público, las voces a favor de las normas salteñas plantearon una “laicidad positiva” que, reconociendo la distinción entre Iglesia y Estado, favorezca la complementariedad y la colaboración y permita a las personas ejercer sus distintas opciones en relación al hecho religioso. Se han recordado importantes discursos del Papa Francisco sobre este punto, en continuidad con enseñanzas de Benedicto XVI.

La laicidad positiva

Entre los escritos de “Amigos del Tribunal”, fueron las universidades Católica Argentina y Austral las que llevaron la voz cantante en relación a este importante eje del debate. Mientras que la UCA brindó explicaciones a nivel teórico sobre esta tensión y explicó el pensamiento del Papa Francisco en el tema, la Austral puso el foco en explicar cómo la Constitución Nacional adopta, especialmente luego de la reforma de 1994, ese modelo de laicidad positiva.

En la presentación que llevó la firma del Rector, Mons. Víctor M. Fernández, la UCA señaló que en cuanto a la relación entre Estado y religión existen dos modelos antagónicos: “[...] por un lado, la confesionalidad estatal cuando el Estado acepta una única religión oficial (ejemplo de ello serían los países del norte de Europa con su tradición protestante) y, por otro lado, la laicidad estatal, que se ha plasmado principalmente en la Constitución Francesa (única Constitución que ha consignado la expresión ‘República laica’), según la cual el Estado relega el fenómeno religioso a la conciencia individual”.

Explica en su escrito el Rector que, “entre ambos extremos, la doctrina ha señalado de modo abundante, especialmente en las últimas décadas, que existe un modelo intermedio que ni coloca a ninguna religión como ‘oficial’, ni impide que el fenómeno religioso tenga presencia en el ámbito público, sea en la educación, en los símbolos en edificios públicos e incluso en los fundamentos de la argumentación jurídica. Tal modelo se ha denominado laicidad positiva, ponderada, relativa”.

Y recordó dos intervenciones del Papa Francisco. Por un lado, el Discurso en Brasil ante los dirigentes políticos, en que señalaba que “la convivencia pacífica entre las diferentes religiones se ve beneficiada por la laicidad del Estado, que, sin asumir como propia ninguna posición confesional, respeta y valora la presencia de la dimensión religiosa en la sociedad, favoreciendo sus expresiones más concretas”. Del mismo modo, el Papa, al encontrarse con el Presidente de la República italiana, reiteró esta valiosa doctrina de la laicidad positiva describiéndola como “no hostil ni conflictiva, sino amigable y colaborativa, que asegura la rigurosa distinción de las competencias propias de las instituciones tanto políticas como religiosas. Una laicidad que mi predecesor, Benedicto XVI, definió como ‘positiva’. Y no se puede dejar de observar cómo, gracias a ella, las relaciones entre Estado e Iglesia son excelentes, con ventaja para los individuos y para la comunidad de toda la Nación” (Papa Francisco, Palazzo del Quirinale, 10 de junio de 2017).

Siguiendo el pensamiento del jurista Alfonso Santiago, la Universidad Austral precisó que las principales notas que definen la laicidad positiva son: a) clara distinción de los ámbitos propios de la política y de la religión y laicidad del Estado; b) consideración positiva del fenómeno religioso; c) reconocimiento amplio y efectivo de la libertad religiosa como Derecho Humano fundamental de la persona y de las comunidades religiosas; d) autonomía y libertad de las comunidades religiosas; e) relaciones de cooperación entre el Estado y las comunidades religiosas.

También explicaron en su escrito por qué la Constitución Nacional adopta el modelo de laicidad positiva: 1) adhesión a una concepción teísta que considera a Dios como fundamento último del orden jurídico y moral (invocación final del Preámbulo y art. 19). Este rasgo fue mantenido por la reforma de 1994; 2) establecimiento de un régimen amplio de libertad de culto, inédito al momento de la sanción de la CN de 1853, extensivo tanto para los nacionales como para los extranjeros (arts. 14 y 20), que luego de 1994 se desarrolló en una amplia protección de la libertad religiosa a través de la incorporación de los Tratados Internacionales (art. 75, inc. 22); 3) consideración preferente al culto católico, apostólico, romano, fundado en razones históricas, sociológicas y culturales (art. 2º), pero con un sistema de plena autonomía y libre ejercicio de su misión por parte de la Iglesia Católica, en relaciones con el Estado, regladas por el Acuerdo con la Santa Sede de

1966. Además, en 1994 se quitó la exigencia de pertenecer al culto católico para ser Presidente de la Nación incorporando la referencia a las convicciones religiosas al momento del juramento (art. 83) y 4) se suprimió como finalidad estatal la conversión de los indios al catolicismo como consecuencia de la laicidad propia del Estado y de las exigencias de la libertad religiosa.

En síntesis, las audiencias ante la Corte Suprema han permitido exponer una línea argumental renovada sobre las relaciones entre religión y Estado, en busca de superar laicismos anacrónicos que pretenden relegar lo religioso al campo estrictamente individual sin resonancias en la vida pública.

Otras discusiones

Algunos plantearon que la provincia de Salta debía respetar la Ley N° 1.420 y, por tanto, la educación religiosa debía darse fuera del horario de clases. Sin embargo, otros explicaron que esa ley estaba derogada y que además era una norma nacional a la que la provincia de Salta nunca había adherido. También se utilizaron las audiencias públicas para otros planteos, como las críticas al gobierno por el proyecto de ley de libertad religiosa, o la crítica a una experiencia sobre educación religiosa en las escuelas de los años 1940-1950.

Esperamos que la Corte Suprema dicte una sentencia que no sólo respete la autonomía provincial en materia educativa, sino que también garantice a todos los padres el derecho de educar a sus hijos conforme a sus convicciones, tanto a los que no desean recibir enseñanza religiosa en las escuelas públicas, como a los que sí lo desean.

PARTE II

ESTUDIOS DOCTRINALES

**EL CONCEPTO DE DIGNIDAD HUMANA
EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA DE LA NACIÓN**

*The concept of human dignity in the case law of the National Supreme
Court of Justice*

Estela Sacristán¹

Recibido: 5 de febrero de 2017

Aprobado: 1° de mayo de 2017

Resumen: El concepto de dignidad es pasible de diversas acepciones. Su incorporación normativa data de los inicios de la Nación Argentina. La jurisprudencia evidencia la vastedad de materias a las que se ha aplicado el concepto de dignidad y de dignidad humana. Esa jurisprudencia también pone en evidencia que se emplean diversas acepciones, e incluso diversos significados dentro de una misma acepción. Los diversos significados no pueden soslayar el núcleo duro del concepto, atado a los seres humanos sin distinciones.

Palabras clave: Dignidad humana - Jurisprudencia - Seres humanos.

Abstract: The concept of dignity comprises various meanings. Its legislative adoption started with the birth of the Argentine Nation. There is a case law that shows the vast array of subjects in which the concepts of dignity and human dignity have been applied. Said case law also demonstrates that, within one meaning, various senses of human dignity may have been resorted to. The various senses cannot leave aside the hard core of the concept, linked to human beings under no distinction.

¹ Doctora en Derecho (UBA). Profesora de Derecho Administrativo y becaria posdoctoral (UCA). Correo electrónico: es@bgcv.com.ar.

Keywords: Human dignity - Case law - Human beings.

Para citar este texto:

Sacristán, E. (2017). “El concepto de dignidad humana en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *Prudentia Iuris*, N° 84, pp. 41-72.

I. Introducción

El concepto de dignidad humana parece dividir las aguas de la Filosofía del Derecho. Por un lado, se toma la dignidad humana con escepticismo². Desde tal escepticismo, se la describe como “una construcción ideológica destinada, por una parte, a simbolizar el poder de la especie humana ante las demás especies y, por otra, a propugnar cierto umbral mínimo igualitario en el tratamiento que los seres humanos se dan entre sí”³. De tal modo, se la ve como una creación artificial por vía de interpretación, con lo que perdería su consustancialidad con los seres humanos; como un símbolo o idealización del poder de los seres humanos, haciéndose caso omiso de la potencialidad de éstos para hallarse en la escala más elevada de la evolución; como un umbral mínimo igualitario, como si fuera una fuente de deudas o débitos o reclamos, sea en materia de vivienda, o en materia de privacidad, entre otros bienes. Es más, filósofos del Derecho de la talla de Guibourg afirman que, cuando se habla de dignidad humana, “no se describe una propiedad verificable”⁴, como si no se pudiera saber de qué se habla cuando se habla de dignidad o de dignidad humana. Ello, aún cuando son pasibles de conocimiento tanto los conceptos materiales, verificables, como los inmateriales.

2 Por ejemplo, Mosterín, J. (2006). *La naturaleza humana*. Madrid. Austral, 383, expresa: “Decir que alguien es digno, sin más, es dejar la frase incompleta y, en definitiva, equivale a no decir nada”. Similar escepticismo se advierte en von Münch, I. (1982). “La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional”. Traducción de J. Nicolás Muñoz, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 2, N° 5, 9-33, esp. 19: “Las dificultades de una definición del concepto de dignidad de la persona humana se documentan en el extremo de que la doctrina jurídico-constitucional no ha llegado todavía a una definición satisfactoria”. Ambos son citados en nota al pie 179 en: Rodríguez Santander, R. R. (2015). *Una teoría sobre la derrotabilidad jurídica en el Estado Constitucional* (tesis doctoral). Madrid. Universidad Carlos III de Madrid, publicada en: http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/22404/roger_rodriguez_tesis.pdf?sequence=1 (último acceso: 11-10-2016).

3 Por todos, Guibourg, R. A. (2006). *La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas*. Buenos Aires. Colihue Universidad, 109.

4 Guibourg, R. A. (1999). *Pensar las normas*. Buenos Aires. Eudeba, 51.

Similar actitud se percibe en cierto sector del Derecho Administrativo: Duguit rechaza toda idea de derecho subjetivo de los individuos, en particular fundada en la “dignidad de la persona humana”, noción que juzga “metafísica” y que, en consecuencia, no puede servir de fundamento a un sistema político positivo⁵.

Ahora, ¿cómo es que puede casi negarse la dignidad humana, al tiempo que se la ve consagrada en el artículo 1º de la Constitución alemana⁶ o en el artículo 10 de la Constitución española⁷ y cuando se la ha calificado como principio de Derecho Público⁸? ¿Cómo es que, intuitivamente, podemos advertir cuándo se verifica una aberración incompatible con la dignidad humana⁹ o, al menos, cuándo se opera una privación de o una lesión a la misma, por ejemplo, cuando se daña la autodeterminación o la predecibilidad¹⁰?; ¿es lo mismo dignidad humana y Derechos Humanos?; ¿significa ello que no había dignidad humana antes de que se reconocieran positivamente estos últimos?

Como puede verse, la serie de preguntas emergentes del citado concepto podría ser infinita. Este trabajo se halla centrado en un solo aspecto: el relativo a qué se entiende por dignidad humana en una disciplina en particular –la jurídica– con un punto de apoyo en lo que, en el lenguaje cotidiano o natural, se considera “dignidad”. Se acudirá, por ello, a las acepciones del término dignidad (Sección II), y, una vez considerada sintéticamente la incorporación normativa de la expresión (III), se repasará la multiplicidad de

5 Duguit, L. (1927). *Traité de droit constitutionnel*. T. I. París. Boccard, 227.

6 “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”, conf. *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, del 23-5-1949, edición del texto actualizado hasta octubre de 2010, traducción del Prof. Dr. Ricardo García Macho, Universidad Jaime I (Castellón); Prof. Dr. Karl-Peter Sommermann, Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer; en: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf> (último acceso: 9-10-2016).

7 Art. 10.1: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”, conf. *Constitución española*, en: http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf (último acceso: 10-10-2016).

8 Ver, con provecho, Serna, P. (1995). “La dignidad de la persona como principio de Derecho Público”. En *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Año II, Nº 4, 287-306.

9 Puede ampliarse en Vidal Gil, E. J. (2006). “Un filósofo inquieto y un jurista innovador”. En Ramos Pascua, J. A. y Rodilla González, M. Á. (eds.). *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca. Universidad Salamanca y Caja Duero Obra Social, 1255-1277, esp. 1268.

10 Ambas vinculaciones, entre la dignidad y la predecibilidad y entre la dignidad y la autodeterminación o libertad respecto de ciertas formas de manipulación, provienen de Finnis, J. (2000). *Ley Natural y Derechos Naturales*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, traducción de Cristóbal Orrego S., con la colaboración de Raúl Madrid Ramírez, 300 y 310.

campos jurídicos en los que la jurisprudencia ha hecho hincapié en la dignidad de las personas (Sección IV). Finalmente, se repasará jurisprudencia del Máximo Tribunal argentino que ha empleado la expresión con variedad de sentidos, es decir, con diferentes acepciones (Sección V) e incluso con distintos sentidos dentro de la misma acepción (Sección VI). Finalmente, se consignan las conclusiones relevantes (Sección VII).

II. Acepciones del término en el lenguaje natural. Interrogantes

El *Diccionario de la Real Academia* brinda pluralidad de definiciones para el término “dignidad”¹¹. Así:

- (i) cualidad de digno (entendiéndose, por digno, merecedor de algo¹²); correspondiente, proporcionado al mérito y condición de alguien o algo; que tiene dignidad o se comporta con ella; propio de la persona digna; que puede aceptarse o usarse sin desdoro, es decir, sin menoscabo en la reputación o el prestigio (salario digno, vivienda digna); de calidad aceptable;
- (ii) excelencia, realce;
- (iii) gravedad y decoro de las personas en la manera de comportarse;
- (iv) cargo o empleo honorífico y de autoridad;
- (v) en las catedrales y colegiadas, prebenda –v. gr., beneficio eclesiástico– que corresponde a un oficio honorífico y preeminente; prebenda del arzobispo u obispo;
- (vi) en las órdenes militares de caballería, cargo de maestro, trece, comendador mayor, clavero, etc.

Ello conduce a preguntarse acerca del sentido con que se emplea la expresión dignidad –y, en su caso, dignidad humana– en la jurisprudencia de la Corte Suprema, previo a intentar definir su contenido o antes de indagar en sus implicancias. Y como la jurisprudencia suele interpretar normas, es menester, previo a indagar en esos sentidos y contenidos, dar siquiera una idea acerca de cómo se halla consagrada, en la normativa de nuestro país, la noción de dignidad y, en su caso, dignidad humana.

11 Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, en www.rae.es, esp. <http://dle.rae.es/?id=DIX5ZXZ> (último acceso: 7-10-2016).

12 Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, en www.rae.es, esp. <http://dle.rae.es/?id=DldD5zV> (último acceso: 7-10-2016).

III. Incorporación normativa

La Constitución Nacional de 1853-1860 no contemplaba en forma expresa la dignidad o el calificativo de digno. Recién después de 1957 se incorpora el calificativo “digno” en dos ocasiones: “condiciones dignas y equitativas de labor”, en relación con los trabajadores (art. 14 bis); “el acceso a una vivienda digna”, que será establecida por la ley (art. 14 bis). En 1994 se incorporan las “condiciones de trato equitativo y digno” al cual tienen derecho los consumidores y usuarios de bienes y servicios en la relación de consumo (art. 42, según reforma constitucional de 1994).

Un apretado muestreo, no exhaustivo, de las normas de rango formal legal que reglan en materia de dignidad o dignidad humana, o que la mencionan a modo de motivación, incluye la siguiente enumeración, que arranca inmediatamente después de sancionada la Constitución:

La recepción normativa de la dignidad aparece, por primera vez, en 1863, con la Ley N° 48¹³ de jurisdicción de los tribunales federales, previéndose una sanción por faltas de respeto contra la dignidad de la Corte Suprema y de los Jueces de Sección (que posteriormente vendrían a ser denominados jueces federales)¹⁴. Otra ley posterior de parecido tenor, de 1902, la Ley N° 4.055¹⁵, previó sanciones por similares faltas de respeto que se cometieran contra la dignidad de los jueces federales¹⁶.

El Código Penal¹⁷, de 1921, previó los “delitos que comprometen la paz y la dignidad de la Nación”.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Resolución N° 217 A (III), de la Asamblea General de las Na-

13 *Registro Nacional*, T. 1863-1869, p. 49.

14 Art. 19: “La Corte Suprema y los Jueces de Sección tendrán la facultad de corregir con multas que no excedan de cincuenta pesos fuertes, o prisión que no exceda de ocho días, las faltas de respeto que se cometieren contra su dignidad en los alegatos o las audiencias de las causas, y las que sus subalternos u otras personas cometieren contra su autoridad, obstruyendo el curso de la justicia o en daño de las partes; sin perjuicio de las acciones que del hecho nacieren por daños causados”.

Antes de la sanción de la Ley N° 4.055 (*Registro Nacional*, T. 1902-I, p. 100) no existían los tribunales intermedios llamados “Cámaras Federales de Apelación”; los jueces federales de primera instancia llevaban la denominación “jueces de sección” a razón de uno en cada capital de provincia, conf. Ley N° 27, de 1862 (*Adla*, T. 1852-1880, p. 354).

15 *Registro Nacional*, T. 1902-I, p. 100.

16 Art. 23: “Las Cámaras Federales [...] tendrán también la facultad de corregir con multas que no excedan de ocho días, las faltas de respeto que se cometieren contra su dignidad en los alegatos y las audiencias de las causas y las que se cometieren contra su autoridad obstruyendo el curso de la justicia o en daño de las partes, sin perjuicio de las acciones que del hecho nacieren por daños causados”.

17 *BO* 3-11-1921.

ciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, toma en consideración, en su Preámbulo, “que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana; [...]”. También considera, en el citado Preámbulo, “que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; [...]”. Y, en el art. 1º establece: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Asimismo, los arts. 22 y 23 establecen que toda persona, como miembro de la sociedad, “tiene derecho a la seguridad social, y a obtener [...] la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad [...]”; y que toda persona “3. [...] que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”. Esta Declaración adquirió rango constitucional, en nuestro país, en oportunidad de la reforma constitucional de 1994.

Con similar inspiración, en 1948 se sanciona la Ley N° 13.204¹⁸, de aprobación de la Convención que crea la Organización Educacional y Cultural de las Naciones Unidas y el instrumento que establece la Comisión Preparatoria, firmados en Londres, por el delegado argentino, el 16-11-1945; en los considerandos tercero y cuarto¹⁹ de la misma se contempla, expresamente, la “dignidad del hombre”, que exigía, en el caso, la difusión de la cultura y la educación.

La Ley N° 13.998²⁰, de Nueva Organización de la Justicia Nacional, sancionada en 1950, previó conductas que estaban prohibidas a los magistrados judiciales, incluyéndose el ejecutar actos “que comprometan la dignidad del cargo”; y fijó sanciones a letrados y litigantes que ofendieran la dignidad de los magistrados²¹.

18 BO 3-7-1948.

19 “Que la grande y terrible guerra que acaba de concluir fue posible por la negación de los principios democráticos de la *dignidad*, de la igualdad y del respeto *del hombre* y por la voluntad de substituir tales principios explotando los prejuicios y la ignorancia, con el dogma de la desigualdad de los hombres y de las razas; Que la *dignidad del hombre* al exigir la amplia difusión de la cultura y la educación de todos para la justicia, la libertad y la paz, crea un deber sagrado que todas las naciones tienen que cumplir dentro de un espíritu de responsabilidad y de ayuda mutua; [...]” (el destacado no es del original).

20 BO 11-10-1950.

21 Art. 9º: “Es incompatible la magistratura judicial, con toda actividad de proselitismo político, con el ejercicio del comercio y la realización de cualquier actividad profesional, salvo

En 1958, la Ley N° 14.473 de Estatuto del Personal Docente, modificatorio del Decreto Ley N° 16.767/1919²², fijó, como deber de los comprendidos, el no desempeñar actividades que afectaran la dignidad del enseñante²³.

En 1959, la Ley N° 14.932²⁴, de aprobación del Tratado de la Conferencia Internacional del Trabajo, incluyó la motivación del respectivo Tratado, que consideraba la Declaración de Filadelfia. Ésta última declara que todos los seres humanos tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades. A su vez, el art. 2° 1. del citado Tratado estableció que los “programas coordinados” a desarrollar comprenderían “el fomento de la dignidad, de la utilidad social y de la iniciativa individual”²⁵.

En 1960, la Ley N° 15.768²⁶, de Adhesión al Protocolo Final, Anexo al Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, incluyó la motivación del citado Convenio, que considera, a ambas conductas, incompatibles con la “dignidad y el valor de la persona humana”²⁷.

cuando se trate de la defensa de los intereses personales, del cónyuge y los hijos, y con el desempeño de empleos públicos o privados, excepto la comisión de estudios o la docencia. No estará permitido, sin embargo, el desempeño de la docencia primaria o secundaria. A los jueces de la Nación les está prohibido practicar juegos de azar o concurrir habitualmente a lugares destinados a ellos o ejecutar actos que comprometan la *dignidad* del cargo”. Art. 18: “Los tribunales colegiados y jueces podrán imponer arresto personal hasta de quince días u otras sanciones disciplinarias a los abogados, procuradores, litigantes y otras personas, por faltas que cometieren contra su *dignidad* o decoro en las audiencias o escritos o contra su autoridad u obstruyendo el curso de la Justicia. El arresto será cumplido en una dependencia del propio tribunal o juzgado en el domicilio del afectado” (el destacado no es del original).

22 BO 27-9-1958.

23 Art. 5°: “Son deberes del personal docente, sin perjuicio de los que establezcan las leyes y decretos generales para el personal civil de la Nación: [...] d) Observar una conducta acorde con la función educativa y no desempeñar actividad que afecte la *dignidad del docente*; [...]” (el destacado no es del original).

24 BO 29-12-1959.

25 “Considerando que la Declaración de Filadelfia afirma que todos los seres humanos tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y *dignidad*, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades; [...]”. Art. 2°: “1. Incumbirá principalmente a los gobiernos desarrollar programas coordinados y sistemáticos con miras a la protección de las poblaciones en cuestión y a su integración progresiva en la vida de sus respectivos países; 2. Esos programas deberán comprender medidas: [...] 3. El objetivo principal de esos programas deberá ser el fomento de la *dignidad*, de la utilidad social y de la iniciativa individuales; [...]” (el destacado no es del original).

26 BO 11-11-1960.

27 “Considerando que la prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de prostitución, son incompatibles con la *dignidad* y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad” (el destacado no es del original).

En 1967, la Ley N° 1.708²⁸ aprobó la suscripción de la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares, previendo la adopción de medidas para evitar cualquier atentado contra la dignidad de los cónsules²⁹. En el mismo año, se sancionó la Ley N° 17.281³⁰, de ratificación del Protocolo de Reforma a la carta de la OEA, estableciéndose, en su art. IX, que el art. 43 de la Carta incluiría el principio de “derecho al bienestar material [...] en condiciones de dignidad” y el principio de que “el trabajo es un derecho y un deber social [...] [que] otorga dignidad a quien lo realiza”³¹. Todo ello, en pos de la dignidad de los habitantes de los países signatarios, conf. su art. 100³². También, en 1967, la Ley N° 17.454³³, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, previó, en su art. 58, que en “el desempeño de su profesión, el abogado será asimilado a los magistrados en cuanto al respeto y consideración que debe guardársele”.

Sin ánimo de agotar la nutrida nómina de normas que prevén la dignidad o la dignidad humana, cabe mencionar, más recientemente, el Pacto de San José de Costa Rica, firmado en San José de Costa Rica el 2-11-1969,

28 BO 12-1-1967.

29 Art. 40: “El Estado receptor deberá tratar a los funcionarios consulares con la debida diferencia y adoptará todas las medidas adecuadas para evitar cualquier atentado contra su persona, su libertad o su *dignidad*” (el destacado no es del original).

30 BO 23-5-1967.

31 Art. IX: “El capítulo VII, titulado ‘Normas Sociales’, será reemplazado por un capítulo VIII, con el mismo título y constituido por los artículos 43 y 44, redactados así: Art. 43 - Los Estados Miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: a) Todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, *dignidad*, igualdad de oportunidades y seguridad económica; b) El trabajo es un derecho y un deber social, otorga *dignidad* a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar. Art. 44 - Los Estados Miembros reconocen que, para facilitar el proceso de la integración regional latinoamericana, es necesario armonizar la legislación social de los países en desarrollo, especialmente en el campo laboral y de la seguridad social, a fin de que los derechos de los trabajadores sean igualmente protegidos, y convienen en realizar los máximos esfuerzos para alcanzar esta finalidad”.

32 Art. 100 previó: “El Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura tiene por finalidad promover las relaciones amistosas y el entendimiento mutuo entre los pueblos de América, mediante la cooperación y el intercambio educativos, científicos y culturales de los Estados Miembros, con el objeto de elevar el nivel cultural de sus habitantes; reafirmar su *dignidad como personas*; capacitarlos plenamente para las tareas del progreso, y fortalecer los sentimientos de paz, democracia y justicia social que han caracterizado su evolución” (el destacado no es del original).

33 BO 7-11-1967.

ratificado por Ley N° 23.054³⁴, cuyo art. 11, inc. 2°, establece, en lo que aquí interesa, que “[t]oda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. Asimismo, el art. 6°, inc. 2°, establece: “[...] [e]l trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física o intelectual del recluso”. Asimismo, el art. 11, inc. 1°, declara que “[t]oda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.

También puede mencionarse la Ley N° 26.529³⁵ de Derechos del Paciente, de 2009, por cuyo art. 2° se establecen estos derechos “esenciales” del paciente: “b) El paciente tiene el derecho a que los agentes del sistema de salud intervinientes le otorguen un trato digno [...], cualquiera sea el padecimiento que presente [...]”. En cuanto a la administración de la información, “[t]oda actividad médico - asistencial tendiente a obtener, clasificar, utilizar, administrar, custodiar y transmitir información y documentación clínica del paciente debe observar el estricto respeto por la dignidad humana [...]”.

La Ley N° 27.063³⁶, Código Procesal Penal, de entrada en vigencia progresiva, prevé, en varios artículos, a la dignidad. En primer lugar, el imputado tendrá derecho a que se le informe acerca de su derecho: “64. inc. i) A no ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a medidas contrarias a su dignidad”. Segundo, la víctima tendrá derecho a “69. inc. a) A recibir un trato digno y respetuoso y que sean mínimas las molestias derivadas del procedimiento”. Tercero, se prevé que las requisas deberán respetar “la dignidad personal”³⁷. Cuarto, los testigos deberán recibir un trato “digno”³⁸. Por último, los exámenes corporales al imputado o presunto ofendido podrán efectuarse con limitaciones, sin que pueda haber riesgo a, entre otros, “la dignidad del examinado”³⁹.

34 BO 27-3-1984.

35 BO 20-11-2009.

36 BO 10-12-2014.

37 Art. 130: “El juez ordenará, a requerimiento de parte y por auto fundado, la requisa de una persona, la inspección de los efectos personales que lleva consigo, así como el interior de los vehículos, aeronaves o embarcaciones, siempre que haya motivos suficientes para presumir que se ocultan cosas relacionadas con un delito. La orden deberá indicar los objetos buscados. Antes de proceder a la requisa se deberá advertir a la persona acerca de la sospecha y del objeto buscado, invitándola a exhibirlo.

Las requisas se practicarán separadamente, con perspectiva de género, respetando el pudor y la *dignidad personal* y, en los casos que correspondiere, por profesionales de la salud” (el destacado no es del original).

38 Art. 151: “Desde el inicio del proceso penal y hasta su finalización, al testigo se le garantizará el pleno respeto de los siguientes derechos: a) A recibir un *trato digno* y respetuoso por parte de las autoridades competentes; [...] de la uca ” (el destacado no es del original).

39 “Si fuere necesario para constatar circunstancias relevantes para la investigación, podrán efectuarse exámenes corporales al imputado o al presunto ofendido por el hecho puni-

Finalmente, entre otras muchas normas más y con prudente criterio, la Ley N° 26.856⁴⁰ de 2013, sobre Publicación Íntegra de Acordadas y Resoluciones - Corte Suprema de Justicia de la Nación y Tribunales de Segunda Instancia, prescribe, en su art. 3° “Las publicaciones [...] se realizarán a través de un diario judicial en formato digital que será accesible al público, en forma gratuita, por medio de la página de internet de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, resguardando el derecho a la intimidad, a la dignidad y al honor de las personas [...]”.

IV. La jurisprudencia de la Corte Suprema

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en torno a la dignidad y a la dignidad humana, pone en evidencia que el concepto se halla involucrado en pluralidad de importantes materias o campos de estudio, algunos de los cuales se repasan a continuación:

Derechos Humanos reconocidos

Ya vimos que la Declaración Universal de Derechos Humanos consideró, en su Preámbulo, que se “reconocían”, como base de diversas libertades y derechos, “la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana; [...]”; en palabras de Herrera, “todos fundan los derechos en la dignidad humana como algo excelente y merecedora de respeto”⁴¹.

Nótese que, desde la perspectiva de la creación o reconocimiento de la dignidad⁴², y como destaca Cianciardo, con cita de Hervada, el citado Preámbulo contiene un reconocimiento de la misma, y “se reconoce, respeta

ble, tales como pruebas de carácter biológico, extracciones de sangre u otros análogos, siempre que no existiere riesgo para la salud o *dignidad del examinado*” (el destacado no es del original).

40 BO 23-5-2013.

41 Herrera, D. A. “El Derecho Natural y el nuevo paradigma del Derecho”. En *Prudentia Iuris*, N° 68/69, 73-95, esp. 90.

42 En torno a la cuestión del reconocimiento (o creación) de la dignidad humana, Lafferriere se pregunta “[...] si la dignidad humana y los Derechos Humanos son una creación del legislador, del juez, del poder constituyente o de la comunidad de naciones, o bien si son expresión de la naturaleza humana o de algún principio superior al Derecho Positivo”, Lafferriere, N. (2015). “Bioética y Derechos Humanos: convergencias y divergencias”. En *Revista Cruz de Sur*, año V, núm. 10, 1-22, esp. 14, en: https://www.academia.edu/12892915/Bioética_y_Derechos_Humanos_convergencias_y_divergencias (último acceso: 3-2-2017).

y protege por las leyes lo que preexiste a ellas⁴³. Similar reconocimiento, de la preexistente dignidad, ha logrado un tímido reflejo en la jurisprudencia del Máximo Tribunal⁴⁴.

Derecho a la vida

En esta materia, se ha afirmado que el inc. 6° del art. 34 del Código Penal protege no solamente la vida sino también “sus derechos, es decir, los que son esenciales a la dignidad de las personas”⁴⁵. Entre esos derechos se han incluido los llamados “derechos de la personalidad”⁴⁶. En esta interpretación jurisprudencial se inscribe el precedente en el cual se señaló que los derechos esenciales a la vida y a la dignidad de la persona eran “preexistentes a todo ordenamiento positivo” y no permitían ni legitimaban comportamientos indiferentes o superficiales que resultan incompatibles con el recto ejercicio de la medicina⁴⁷.

Más modernamente, en un caso en el que se debatía lo que sería un supuesto de supresión de hidratación y alimentación enteral y demás medidas para mantener en vida a un paciente, se afirmó que el caso llevaba, implícitos, los derechos “a la vida, a la autonomía personal, a la dignidad humana y a la intimidad”⁴⁸, pero se falló por la supresión, “control y un eventual alivio del sufrimiento del paciente”⁴⁹. En cambio, en materia de estupefacientes, se ha determinado la improcedencia de perseguir delitos por medios inmorales, como sería aprovecharse del inminente peligro de

43 Cianciardo, J. y Zambrano, P. (2016). “Los *a priori* de la cultura de derechos”. En *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 34, 103-142, esp. texto correspondiente a su nota 5, en: <http://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/6108/8049> (último acceso: 10-10-2016), y su cita de Hervada, J. (1982). “Problemas que una nota esencial de los Derechos Humanos plantea a la Filosofía del Derecho”. En *Persona y Derecho*, 9, 243-256, esp. 244.

44 En Estado de Sitio, se permite una actuación estatal adecuando razonablemente las medidas particulares a las exigencias del orden y la paz; por tanto, “su medida resulta de la justa ponderación entre la necesidad social y política y los derechos y garantías de las personas como expresión de libertad y dignidad; y así sujetas a la apreciación y decisión de los jueces”, conf. “Editorial Sarmiento S.A.I.C. (Diario *Crónica*)”, *Fallos*: 293:560 (1975) (el destacado no es del original).

45 “Rodríguez, Fructuoso”, *Fallos*: 212:17 (1948); “Báez, Domingo Guzmán”, *Fallos*: 186:164 (1940).

46 Véase el voto de los Dres. Frías y Guastavino en el célebre “Saguir y Dib, Claudia Graciela”, *Fallos*: 302:1284 (1980).

47 “Amante, Leonor y otros c/ Asociación Mutual Transporte Automotor (AMTA) y otro”, *Fallos*: 312:1953, del 24-10-1989.

48 “D.M.A. y otro s/ declaración de incapacidad”, *Fallos*: 338: 556, del 7-7-2015.

49 *Ibidem*, cons. 29.

muerte de quien sufre el estallido de cápsulas de estupefacientes dentro de sí; ello, en razón de la “dignidad de la persona, [que] es un valor supremo en nuestro orden constitucional”⁵⁰.

Con diverso criterio, ya en materia de protección del usuario o consumidor, la Corte Suprema ha hecho especial hincapié en la importancia de que las formaciones ferroviarias transiten con las puertas cerradas pues, caso contrario, el pasajero no sería atendido “como una persona humana con dignidad”⁵¹. Ello, por aplicación del criterio que, con énfasis en la dignidad humana, ha propiciado que se fallara a favor de la adopción de medidas para que el pasajero del subterráneo no descienda empujado por una marea humana con riesgo de su integridad física y para que viaje de un modo razonablemente cómodo; en suma, para que sea tratado como “una persona humana con dignidad”⁵².

También se ha visto la dignidad calificada como patrimonio exclusivo de las mujeres. Así, cuando se revocó la sentencia –que había rechazado *in limine*, por falta de legitimación activa, la acción de amparo promovida por la asociación civil sin fines de lucro, Mujeres por la Vida, con motivo de la ejecución del “Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable”– se consideró de especial relevancia el extremo de que, entre los fines de la asociación, se encontraba el de promover y defender “el goce del respeto de su dignidad intrínseca a lo largo de la vida”⁵³, es decir, el goce del respeto de la dignidad de esas mujeres. Entendemos que se excluyó, por ende, el respeto de la dignidad de los por nacer que tal vez aniden en ellas.

En el renglón patrimonial o económico, específicamente en materia de consolidación de deudas, se ha reparado –en una disidencia parcial– en el “derecho a la vida, a la salud y a la dignidad de las personas”, en punto a la inconstitucionalidad de la Ley de Emergencia N° 25.344 en tanto aplicada a los gastos médicos en que había incurrido la actora⁵⁴, si bien cabe apuntar

50 “Baldivieso, César Alejandro s/ causa N° 4733”, *Fallos*: 333:405, del 20-4-2010.

51 “Uriarte Martínez, Héctor Víctor y otro c/ Transportes Metropolitanos General Roca S.A. y otros s/ ordinario”, *Fallos*: 333:203, del 9-3-2010, con expresa cita de “Ledesma, María Leonor c/ Metrovías S.A. s/ daños y perjuicios”, *Fallos*: 331:819, del 22-4-2008. De tal modo, por mayoría, se dejó sin efecto la sentencia apelada, que había rechazado la demanda contra la empresa ferroviaria demandada.

52 “Ledesma, María Leonor c/ Metrovías S.A. s/ daños y perjuicios”, *Fallos*: 331:819, del 22-4-2008.

53 Dictamen de la Procuración General de la Nación al que remitió la Corte Suprema en “Mujeres por la Vida - Asociación Civil sin Fines de Lucro - Filial Córdoba c/ Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo”, *Fallos*: 329:4593, del 1-10-2006.

54 “Cots, Libia Elda c/ Estado Nacional - Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos y otros s/ sumario s/ incidente de embargo”, *Fallos*: 336:244, del 12-3-2013 (disidencia parcial del Dr. Fayt).

que, en el caso, se declaró desierta la apelación del Estado Nacional demandado⁵⁵. Similar tesitura se advierte en materia jubilatoria⁵⁶ y en punto al otorgamiento de pensiones⁵⁷ y de fijación de condiciones de trabajo⁵⁸.

Libertad de expresión

Existen innumerables fallos sobre libertad de expresión en tanto ella es confrontada con la dignidad de las personas. Así, “Ponzetti de Balbín”⁵⁹ (dignidad de la entonces cónyuge de una relevante figura del ámbito político); “Canicoba Corral”⁶⁰ (dignidad del juez objeto de la publicación); “Patitó”⁶¹ (dignidad del miembro del Cuerpo Médico Forense); “Baquero Lazcano” y otros fallos (dignidad del funcionario público⁶² y del ex-primer mandatario⁶³); “Burlando” y otros fallos (dignidad de los ciudadanos)⁶⁴; “Petric”⁶⁵ (dignidad del habitante de suelo argentino); “Ekmekdjian” (dignidad del común de los hombres⁶⁶); “Vago”⁶⁷ (dignidad de las personas); “Moreno” (dignidad de los funcionarios judiciales)⁶⁸; entre otros supuestos.

55 “M. M. M. G. c/ Ministerio de Economía (Estado Nacional) s/ incidente familia”, *Fallos*: 334:842, del 5-7-2011.

56 “Itzovich, Mabel c/ ANSeS s/ reajustes varios”, *Fallos*: 328:566, del 29-3-2005.

57 “Macías García de Salazar, María del Rosario”, *Fallos*: 303:156 (1981).

58 “Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro s/ daños y perjuicios”, *Fallos*: 332:709, del 31-3-2009.

59 “Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A.”, *Fallos*: 306:1892 (1984).

60 “Canicoba Corral, Rodolfo A. c/ Acevedo, Sergio E. y otros s/ daños y perjuicios”, *Fallos*: 336:1148, del 14-8-2013.

61 “Patitó, José Ángel y otro c/ Diario *La Nación* y otros s/ daños y perjuicios”, *Fallos*: 331:1530, del 24-6-2008 (voto del Dr. Maqueda).

62 “Baquero Lazcano, Silvia c/ Editorial Río Negro S.A. y/u otros”, *Fallos*: 326:4136, del 14-10-2003; “Calcagno, Rosario Raimundo”, *Fallos*: 269:195 (1967).

63 “Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil S.A. y otros s/ daños y perjuicios - sumario”, *Fallos*: 324:2895, del 25-9-2001 (voto de la mayoría y voto del Dr. Belluscio).

64 “Burlando, Fernando Andrés c/ Diario El Sol de Quilmes”, *Fallos*: 326:145, del 18-2-2003 (voto del Dr. Fayt); “Díaz, Daniel Darío c/ Editorial La Razón y otros”, *Fallos*: 321:3170, del 24-11-1998; “Cancela, Omar Jesús c/ Artear S.A.I. y otros”, *Fallos*: 321:2637, del 29-9-1998; “Locche, Nicolino c/ Míguez, Daniel Aldo y otros”, *Fallos*: 321:2250, del 20-8-1998; “Abad, Manuel Eduardo y otros s/ calumnias e injurias - Causa N° 18.880”, *Fallos*: 315:632, del 7-4-1992; “Pérez Arriaga, Antonio c/ Diario *La Prensa* S.A.”, *Fallos*: 316:1632, del 2-7-1993; “Costa, Héctor Rubén c/ MCBA y otros”, *Fallos*: 310:508, del 12-3-1987; “Campillay, Julio César c/ La Razón y otros”, *Fallos*: 308:789 (1986).

65 “Petric, Domagoj Antonio c/ *Diario Página 12*”, *Fallos*: 321:885, del 16-4-1998.

66 “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros”, *Fallos*: 315:1492, del 7-7-1992.

67 “Vago, Jorge Antonio c/ Ediciones de La Urraca S.A. y otros”, *Fallos*: 315:1517, del 19-11-1991.

68 “Moreno, Alejandro y otro”, *Fallos*: 269:200 (1967).

Justicia social

La noción de dignidad humana o dignidad del ser humano ha hallado campo fértil en la jurisprudencia sobre Justicia social. En efecto, sería el principio de *in dubio pro justitia socialis* el que permitiría interpretar normas tales que se aseguren “las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad”⁶⁹.

La dignidad humana, según el célebre fallo “Aquino”⁷⁰, lejos de “reificar”⁷¹ a la persona (es decir, lejos de tornarla real o concreta), es, según la práctica jurisprudencial, “el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional”⁷².

Se la ha calificado como “atributo inherente a la persona”⁷³, independiente de toda decisión o reconocimiento oficial, pues “la dignidad del ser humano no deriva de un reconocimiento ni de una gracia de las autoridades o poderes, toda vez que resulta ‘intrínseca’ o ‘inherente’ a todas y cada una de las personas humanas y por el solo hecho de serlo”⁷⁴, y, por ende, debía hacerse lugar a la acción para no afectar la dignidad de la actora⁷⁵.

69 “Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/ despido por negligencia - reincorporación”, *Fallos*: 330:1989, del 3-5-2007 (voto del Dr. Maqueda); “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo”, *Fallos*: 330:2800, del 26-6-2007.

70 “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes Ley N° 9.688”, *Fallos*: 327:3753, del 21-9-2004.

71 Este concepto puede verse en Luhmann, N. (1998). *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*. Barcelona, México y Santa Fe de Bogotá Anthropos. Universidad Iberoamericana, Centro Editorial Javerino Pontificia Universidad Javeriana, traducción de Silvia Pappe y Brunhilde Ecker, 326.

72 “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes Ley N° 9.688”, *Fallos*: 327: 3753, del 21/9-/2004.

73 “Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/despido por negligencia - reincorporación”, *Fallos*: 330: 1989, del 3-5-2007; Milone, Juan Antonio c/ Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo s/ accidente - Ley N° 9.688”, *Fallos*: 327:4607, del 26-10-2004.

74 “Lucca de Hoz, Mirta L. c/ Taddei, Eduardo C. y otro s/ accidente - acción civil”, *Fallos*: 333:1433, del 17-8-2010, con cita de: Declaración Universal de Derechos Humanos, Preámbulo, primer párrafo, y art. 1°; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Preámbulo, primer párrafo; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ídem y art. 10.1; Convención Americana sobre Derechos Humanos, Preámbulo, párrafo segundo y arts. 5.2 y 11.1, entre otros instrumentos de jerarquía constitucional.

75 “Lucca de Hoz, Mirta L. c/ Taddei, Eduardo C. y otro s/accidente - acción civil”, *Fallos*: 333:1433, del 17-8-2010.

Autonomía personal. Inviolabilidad del domicilio

La dignidad humana, con marcado sentido *kantiano* –es decir, con adopción de la tesis de que la autonomía de la voluntad es el fundamento de la dignidad humana– ha sido invocada, por ejemplo, para determinaciones jurisprudenciales en materia de indisolubilidad del matrimonio⁷⁶ y en materia de inviolabilidad del domicilio⁷⁷.

Órgano Judicial. Jueces. Abogados

La aplicación de sanciones por afectarse la dignidad y el decoro de los magistrados cuenta con pluralidad de precedentes⁷⁸. También hay jurisprudencia que vela por el prestigio y la dignidad del cuerpo de abogados⁷⁹.

Consideraciones sobre el llamado “estado judicial” y la dignidad de los jueces, de los funcionarios judiciales y del órgano judicial, en general, también ha generado la correspondiente masa jurisprudencial⁸⁰.

76 “Sejean, Juan Bautista c/ Ana María Zaks de Sejean”, *Fallos*: 308:2268 (1986).

77 “Fiorentino, Diego Enrique”, *Fallos*: 306:1752 (1984) (voto del Dr. Petracchi).

78 “Lagomarsino, Marcos Ricardo y otro s/ arts. 109 y 110 del Código Penal - Causa N° 46.766”, *Fallos*: 327:1636, del 27-5-2004; “Trámite personal - avocación - Egües, Alberto José sumario 63/95, Cámara Civil”, *Fallos*: 320:1756, del 12-8-1997; ente muchos otros.

79 “Howard, Arturo”, *Fallos*: 305:385 (1983); “Fraga, Angélica Gladys s/ arts. 109 y 110 del Código Penal - Causa N° 6657”, *Fallos*: 331:1176, del 13-5-2008.

80 “Señor Procurador General c/ señor Juez de Instrucción N° 1 de Villa Ángela - Dr. Osvaldo Lelio Bogado”, *Fallos*: 324:2268, del 9-8-2001; “Droguería Aries S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa”, *Fallos*: 323:3553, del 9-11-2000; “Investigación relacionada con nota periodística publicada en diario ‘La Nación’ de fecha 27-2-1996”, *Fallos*: 320:2053, del 25-9-1997; “Vignone, Herberto Oscar s/ desacato”, *Fallos*: 310:2263, del 10-11-1987; dictamen de la Procuración General de la Nación, al que remitió la Corte Suprema, en “Boggiano, Antonio s/ recurso de queja”, *Fallos*: 329:3235, del 16-8-2006; dictamen de la Procuración General de la Nación al que remitió la Corte Suprema, en “Conductil S.A.C.I.F.I.A. c/ Music House Jujuy S.R.L. y otro s/ sumario”, *Fallos*: 330:1036, del 20-3-2007; *Fallos*: 330:49, del 12-2-2007; “Resolución N° 2.013/2004 Cámara Federal de Apelaciones de La Plata”, *Fallos*: 327:5279, del 23-11-2004; “Carminatti de López Aufranc, Alicia Margarita s/ su denuncia *per saltum*”, *Fallos*: 318:962, del 4-5-1995; “Acfor SAC c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, *Fallos*: 315:686, del 14-4-1992; “Meza, Hernán y otros s/ avocación”, *Fallos*: 311:2756 (1988); “Fiscal de Estado Dr. Luis Magín Suárez”, *Fallos*: 310:348, del 23-2-1987; “Figueredo Antequeda, César C. y otro”, *Fallos*: 304:543 (1982) (voto del Dr. Gustavino); “Pérez, Juan Oscar”, *Fallos*: 303:2089 (1981); “Ferrari Hardoy de Rodríguez Arias, Amalia c/ Rodríguez Arias, Casiano J.”, *Fallos*: 261:118 (1965); “Semanario ‘Segunda República’ y otro”, *Fallos*: 253:346 (1962); “Romero, Horacio c/ Savini, Néstor y otros”, *Fallos*: 247:485 (1960); “Municipalidad de La Banda c/ Ferrocarril Central Argentino”, *Fallos*: 188:560 (1940); “Irigoyen, Hipólito”, *Fallos*: 166:87 (1932); “Ferrocarril del Sud c/ Pedro V. Draque y Compañía”, *Fallos*: 131:105 (1920); “Casado, Carlos c/ Empresa del Gas del Rosario”, *Fallos*: 28:241 (1885); “Reguera, Raminudo F. c/ Tavella, Juan B.”, *Fallos*:

Discriminación

Se ha afirmado que, en principio, “no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva de la dignidad humana”, admitiéndose controles de proporcionalidad en el tratamiento jurídico respectivo⁸¹.

Las discriminaciones laborales han sido objeto de tacha constitucional, afirmándose que la actividad humana del trabajador es, en sí misma, “inseparable de la dignidad de la persona humana que trabaja”⁸². El dato tiene trascendencia actual, pues de tal aserto puede inferirse el carácter digno del trabajo, a juego con la doctrina social de la Iglesia⁸³.

También han sido halladas inconstitucionales discriminaciones laborales en razón de las condiciones físicas pues ellas afectan “la dignidad de las personas [...] inicualemente”⁸⁴.

Derecho Penal

En materia penal, la dignidad del hombre ha sido invocada en conjunción con los principios de progresividad y preclusión, a fin de poder liberarse del estado de sospecha, en presencia de prolongados procesos penales⁸⁵.

26:210 (1883); “Dode y Delacroix c/ Rodríguez, Enrique J.”, *Fallos*: 23:678 (1881); “Molina, Juan Bernabé”, *Fallos*: 7:58 (1869); entre otros.

81 “D. de P.V., A. c/ O., C. H. s/ impugnación de paternidad”, *Fallos*: 322:2701, del 1-11-1999.

82 “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo”, *Fallos*: 333:2306, del 7-12-2010.

83 “El trabajo en sentido objetivo constituye el aspecto contingente de la actividad humana, que varía incesantemente en sus modalidades con la mutación de las condiciones técnicas, culturales, sociales y políticas. El trabajo en sentido subjetivo se configura, en cambio, como su dimensión estable, porque no depende de lo que el hombre realiza concretamente, ni del tipo de actividad que ejercita, sino sólo y exclusivamente *de su dignidad de ser personal*. Esta distinción es decisiva, tanto para comprender cuál es el fundamento último del valor y de la dignidad del trabajo, cuanto para implementar una organización de los sistemas económicos y sociales, respetuosa de los derechos del hombre”, conf. Pontificio Consejo “Justicia y Paz”. *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia – A Juan Pablo II, Maestro de Doctrina Social, Testigo Evangélico de Justicia y Paz*, §270, párr. 2º (el destacado no es del original), en: http://www.arquidiocesisbb.com.ar/download/santa_sede/PCJYP%20-%20Compendio%20Doctrina%20Social.pdf (último acceso: 3-2-2017).

84 “Arenzón, Gabriel Darío c/ Nación Argentina”, *Fallos*: 306:400 (1984) (voto de los Dres. Belluscio y Petracchi).

85 Disidencia en Kipperband a la que remitió la Corte Suprema, en “Barra, Robero Eugenio Tomás s/ defraudación por administración fraudulenta - Causa N° 2053”, *Fallos*: 327:327, del 9-3-2004; dictamen de la Procuración General de la Nación al que remitió la Corte Suprema en “Verbeke, Víctor Julio s/ homicidio s/ casación”, *Fallos*: 326:1149, del 10-4-2003; “Amadeo de Roth, Angélica Lía s/ lesiones culposas - Causa N° 1395/81”, *Fallos*: 323:982,

En el campo de quienes se hallan sujetos a pena privativa de la libertad, se ha puesto de resalto la acción de *hábeas corpus* en tanto enderezada a la “protección de la dignidad y respeto a la persona” y se ha señalado que “la dignidad humana de una persona sometida a privación de libertad se encuentra amparada no sólo por el art. 18 de la Constitución Nacional, sino también por tratados internacionales con jerarquía constitucional”^{86,87}.

Existe adecuada jurisprudencia que vela por la dignidad de quienes puedan hallarse presos sólo en razón de la peligrosidad⁸⁸, y de quienes se hallan privados de la libertad por estar cumpliendo condena⁸⁹. A propósito de esto último, se recordará que se ha aseverado que son “incompatibles con la Constitución las penas crueles o que consistan en mortificaciones mayores que aquellas que su naturaleza impone (art. 18 de la Constitución Nacional) y las que expresan una falta de correspondencia tan inconciliable entre el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad o extensión de la privación de bienes jurídicos del delincuente como consecuencia de la comisión de aquél, que resulta repugnante a la protección de la dignidad de la persona humana, centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional”⁹⁰.

del 4-5-2000; disidencia de los Dres. Fayt y Bossert y de los Dres. Petracchi y Boggiano en “Kipperband, Benjamín s/ estafas reiteradas por falsificación de documentos - incidente de excepción previa de prescripción de la acción penal”, *Fallos*: 322:360, del 16-3-1999; “Polak, Federico Gabriel s/ violación de los deberes de funcionario público s/ casación - Causa N° 174 - 4/95”, *Fallos*: 321:2826, del 15-10-1998; “González, Heriberto s/ corrupción - casación”, *Fallos*: 318:665, del 4-5-1995; “Frades, Emilio Segundo; Figueroa, Alejandro José s/ robo en grado de tentativa”, *Fallos*: 312:2434, del 14-12-1989; “Bartra Rojas, Héctor Ricardo”, *Fallos*: 305:913 (1983); “Lagраста, Domingo y otros”, *Fallos*: 305:1753 (1983); entre otros.

86 Ello, en el art. 75, inc. 22, CN. Entre dichos tratados se incluyen: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XXV; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 10; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 5°. También se halla, según la Corte Suprema, reconocida en “documentos internacionales orientadores”, como los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución N° 45/111, del 14-12-1990, Principio 24; y las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Resoluciones Nros. 663C y 2076, del Consejo Económico y Social, arts. 22 a 26.

87 “Gallardo, Juan Carlos s/ hábeas corpus”, *Fallos*: 322:2735, del 1-11-1999.

88 “Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa - Causa N° 1573”, *Fallos*: 329:3680, del 5-9-2006.

89 “Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus”, *Fallos*: 328:1146, del 3-5-2005; “Cámara Federal de Apelaciones de General Roca s/ creación de un centro zonal para el alojamiento de mujeres”, *Fallos*: 316:155, del 16-2-1993; dictamen de la Procuración General de la Nación al que remitió la Corte Suprema, en “Defensor Oficial s/ interpone acción del art. 43 de la Constitución Nacional”, *Fallos*: 327: 5658, del 23-12-2004.

90 “Pupelis, María Cristina y otros s/ robo con armas - Causa N° 6491”, *Fallos*: 314:424, del 14-5-1991.

V. ¿A cuál de las acepciones nos referimos?

Efectuada la apretada síntesis jurisprudencial precedente, un primer interrogante que puede formularse es el relativo a cuál de las acepciones del término “dignidad” se refiere en la jurisprudencia. De este modo, remitiéndonos a la máxima fuente académica ibérica ya citada, podemos efectuar el siguiente relevamiento:

Cualidad de digno, merecedor de algo; correspondiente, proporcionado al mérito y condición de alguien o algo; que tiene dignidad o se comporta con ella; propio de la persona digna; que puede aceptarse o usarse sin desdoro, es decir, si menoscabo en la reputación o el prestigio; de calidad aceptable.

El sentido de “merecedor de algo” sería aquel con el que la expresión se emplea en precedentes como “Quispe”⁹¹ o “CEPIS”⁹². En ellos, la dignidad, de los seres humanos comprendidos o comprensibles, deviene –si se quiere– fuente de exigencias impredecibles⁹³. Se advierte el sentido clásico del término, que ve a la dignidad como consustancial con la naturaleza o esencia humana⁹⁴.

En el primero se alude, específicamente, a “vivienda digna” entendida como “un lugar donde instalarse para pasar sus días y sus noches”, cuando la actora y su hijo discapacitado deben “deambular por las calles”, con lo cual “no sólo carece[n] de una vivienda, sino que también ven afectadas su dignidad, su integridad y su salud, a punto tal que no está[n] en condiciones de crear y desarrollar un proyecto de vida, tal como lo hace el resto de los habitantes”⁹⁵.

Y en el cap. VI del dictamen producido en el segundo, que la Corte Suprema acoge, se opina que “[e]l servicio público domiciliario de gas es un servicio indispensable para la salud y la vida digna, que está expresamente comprendido dentro de la noción de vivienda adecuada desarrollada por el

91 Q. C. S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/ amparo”, *Fallos*: 335:452, del 24-4-2012 (fallo también llamado “Quispe”).

92 “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros s/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, FLP008399/2016/CS001, del 18-8-2016, en www.pjn.gov.ar (último acceso: 30-10-2016).

93 Se toma el agudo concepto de Serna, P. (1995). “La dignidad de la persona como principio de Derecho Público”. En *Derechos y Libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Año II, N° 4, 287-306, esp. 291.

94 Ver Herrera, D. A. “El Derecho Natural...”, cit. n. 41, 90.

95 “Q. C. S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/ amparo”, *Fallos*: 335:452, del 24-4-2012 (voto del Dr. Petracchi).

sistema de protección de Derechos Humanos”. A tenor de ello, puede inferirse que dicho servicio tributaría a la vida digna, es decir, a una vida aceptable (aún cuando la afirmación, tal como ocurre en el fallo precedentemente citado, no involucra o considera límite alguno, entendemos⁹⁶).

Si bien se menciona el “decoro” en “Sejean”⁹⁷, la alusión es a lo que se “corresponde a la condición de alguien”, pues se contempla a la dignidad humana como implícita en el art. 33, CN, y se la califica como la que “hace que las necesidades del hombre sean satisfechas con decoro, lo que en la faz jurídica implica que la ley reconozca, en tanto su satisfacción no viole los límites del art. 19 de la Carta Magna, de modo tal que puedan conducir a la realización personal, posibilidad que por otra parte es requisito de una sociedad sana”. De este modo, la dignidad viene a significar poder demandar por planes propios –en el sentido kantiano de dignidad, que se apoya en la autonomía de la voluntad–⁹⁸, con lo que se excluyen, se infiere, planes de la descendencia.

Excelencia, realce

Este sería el sentido con el que se emplea, por ejemplo, en pluralidad de precedentes donde se alude a “excelsa dignidad”, ya que este último calificativo equivale, según la Real Academia Española, a “de singular excelencia”⁹⁹. Tal es el supuesto de varios precedentes de la Corte Suprema¹⁰⁰. Pero como se trata, evidentemente, de casos de clara justicia social,

96 Corregir el tipo de letra y el tamaño. Aquí resultaría relevante recordar, siquiera al pasar, la diferenciación entre el contenido semántico de las palabras y oraciones (la actividad calificada como servicio público hace a la dignidad humana); contenido asertivo de lo expresado (en razón de la dignidad humana debe satisfacerse la prestación del transporte y distribución de gas natural); y contenido implicado (debe proveerse o facilitarse el transporte y distribución de gas natural a toda persona independientemente del volumen o cantidad de metros cúbicos de gas natural involucrados en la idea de vida digna); conf. la clasificación tripartita que brindan Marmor, A. y Soames, S. (eds.) (2011). “Introduction”. En *Philosophical Foundations of Language in the Law*. Oxford. Oxford University Press, 13, esp. 8.

97 “Sejean, Juan Bautista c/ Ana María Zaks de Sejean”, *Fallos*: 308:2268 (1986).

98 Ver Herrera, D. A. “El Derecho Natural...”, cit. n. 41, 90.

99 Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, en www.rae.es, esp. <http://dle.rae.es/?id=HBfNljn> (último acceso: 7-10-2016).

100 “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 a su excelsa dignidad”, conf. “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional – PEN s/ amparo”, *Fallos*: 330:2800, del 26-6-2007 (voto del Dr. Maqueda); la justicia social expresa, “como su objetivo preeminente, el logro del bienestar general, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad”, conf.

se advierte que la adjetivación sólo representaría una forma de tornar superlativa –o comparativamente superior– la idea de “dignidad”.

Gravedad y decoro de las personas en la manera de comportarse

Este sería el significado más comúnmente hallado en la jurisprudencia que se refiere a la dignidad y el decoro debido tanto a los abogados como a los jueces de todos los fueros e instancias¹⁰¹.

“Machado, Juana Catalina y otros c/ Entidad Binacional Yacyretá s/ demanda de expropiación irregular”, *Fallos*: 330:2639, del 12-6-2007 (disidencia de los Dres. Fayt y Zaffaroni); con similar redacción, “Ramírez, Juan Carlos c/ Entidad Binacional Yacyretá s/ daños y perjuicios y daño moral”, *Fallos*: 330:2548, del 5-6-2007 (disidencia del Dr. Zaffaroni); “[e]l principio de hermenéutica jurídica *in dubio pro justitia socialis* tiene categoría constitucional pues las leyes 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 a su excelsa dignidad”, “Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/ despido por negligencia - reincorporación”, *Fallos*: 330:1989, del 3-5-2007; la justicia social es “la justicia por medio de la cual se consigue o se tiende a alcanzar el ‘bienestar’, esto es, ‘las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad’”, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes Ley N° 9.688”, *Fallos*: 327:3753, del 21-9-2004; entre otros precedentes ya repasados.

101 La individualización y calificación del juez demandante como un ser “detestable” constituye una expresión insultante por parte del demandado que ofende la dignidad y el decoro del magistrado, conf. “Canicoba Corral, Rodolfo A. c/ Avecedo, Sergio E. y otros s/ daños y perjuicios”, *Fallos*: 336:1148, del 14-8-2013; la norma contenida en el art. 18, DL 1285/1958 brinda, a los jueces, la facultad de reprimir las faltas producidas en la actuación cuando se afecte su dignidad y autoridad o se entorpezca el normal desarrollo de los procedimientos, conf. “Conductil S.A.C.I.F.I.A. c/ Music House Jujuy S.R.L. y otro s/ sumario”, *Fallos*: 330:1036, del 20-3-2007; son sancionables, en el art. 35, CPCCN, y art. 18, DL 1285/1951, los términos que “implican una falta contra la autoridad, dignidad y decoro de los magistrados”, conf. “Lagomarsino, Marcos Ricardo y otro s/ arts. 109 y 110 del Código Penal - Causa N° 46.766”, *Fallos*: 327:1636, del 27-5-2004; son tachables los términos de un escrito cuando “implican una falta contra la dignidad y decoro de los magistrados” y son sancionables en los arts. 35, CPCCN, y 18, DL 1285/1958, conf. “Droguería Aries S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa”, *Fallos*: 323:3553, del 9-11-2000; en similar sentido, “Antonacci, Gustavo Adrián s/ robo simple de automotor - Causa N° 546”, *Fallos*: 319:154, del 27-2-1996; en similar sentido, “Carminatti de López Aufranc, Alicia Margarita s/ su denuncia per saltum”, *Fallos*: 318:962, del 4-5-1995; en similar sentido, “Acfor SAC c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, *Fallos*: 315:686, del 14-4-1992; en similar sentido, pero remitiendo la causa a la Justicia Penal en el art. 244, CP, “Tausig, Jorge F. s/ arts. 109 y 110 del CP - Causa N° 6946”, *Fallos*: 314:742, del 30-7-1991, “Gilletta, Norberto Ángel”, *Fallos*: 303:552 (1981) y “Anzoátegui, Martín”, *Fallos*: 303:553 (1981); en similar sentido, “Meza, Hernán y otros s/ avocación”, *Fallos*: 311:2756, del 22-12-1988; en similar sentido, “Aranda, Oscar Alberto”, *Fallos*: 306:645 (1984); en similar sentido, “Pérez, Juan Oscar”, *Fallos*: 303:2089 (1981); en similar sentido, “Ferrari Hardoy de Rodríguez Arias, Amalia c/ Rodríguez Arias, Casiano J.”, *Fallos*: 261:118 (1965); “Romero, Horacio c/ Savini, Néstor y otros”, *Fallos*:

Cargo o empleo honorífico y de autoridad

Esta acepción surge de la jurisprudencia en materia castrense, en el sentido de que el superior jerárquico posee dignidad de tal. A juego con ello, se ha afirmado que “existe delito de insubordinación siempre que un inferior falte los respetos debidos a la autoridad o a la dignidad del superior, aunque el hecho se cometa fuera del servicio y de los lugares exclusivamente sometidos a la autoridad militar, siempre que se relacione con la condición o estado militar del superior y del subordinado”¹⁰². También surge de la jurisprudencia que percibe dignidad como equivalente a autoridad en las personas públicas estatales “provincias”¹⁰³ o que detecta dignidad en los entes autónomos “universidades”¹⁰⁴ y en los diplomáticos¹⁰⁵. Lo mismo puede predicarse cuando la jurisprudencia se refiere a la dignidad de la Nación, del Estado Nacional o de los Estados en general¹⁰⁶.

247:485 (1960); “Irigoyen, Hipólito”, *Fallos*: 166:87 (1932); “Casado, Carlos c/ Empresa del Gas del Rosario”, *Fallos*: 28:241 (1885).

102 “Giménez, Néstor Rubén”, *Fallos*: 212:461 (1948).

103 “El art. 87 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, interpretado en el sentido de que autoriza a la legislatura provincial para corregir disciplinariamente los actos que atenten contra su autoridad o dignidad, no es violatorio de la Constitución Nacional”; “[l]a interpretación del precepto de una Constitución provincial, respecto de las facultades que otorga a las cámaras legislativas para corregir los actos que atenten contra su autoridad o dignidad, es ajena a la revisión de la Corte Suprema por la vía del recurso extraordinario”, conf., en ambos casos, “Cooke, Juan I.”, *Fallos*: 178:105 (1937).

104 Dictamen de la Procuración General de la Nación al que remitió la Corte Suprema en “Loza de Chávez, María Isabel y Estrada, Carmen Rosa”, *Fallos*: 332:161, del 24-2-2009; “Dana Montaña, Salvador M.”, *Fallos*: 239:13 (1957); entre otros.

105 Pueden verse “Balbuena, Carlos Benigno y otros”, *Fallos*: 281:69 (1971); “Baizos, Theodoro”, *Fallos*: 280:164 (1971); “Armella Quiroga, Luis E. c/ Nación Argentina”, *Fallos*: 274:397 (1969); “Chedufau, Néstor c/ Nación”, *Fallos*: 272:40 (1968); entre otros.

106 Se ha afirmado, por ejemplo, que “[l]a dignidad de la República en la comunidad internacional exige que ésta reafirme plenamente su voluntad de ejercer su jurisdicción y, por ende, su soberanía, y que de este modo restaure a la República en su condición de Estado pleno y completo y ponga a salvo a todos sus habitantes del riesgo de ser sometidos a cualquier competencia con motivo o pretexto de crímenes contra la humanidad”, “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete) - Causa N° 17.768”, *Fallos*: 328:2056, del 14-6-2005 (voto del Dr. Zaffaroni). Pueden verse asimismo, sobre dignidad de los Estados, “Pirovarov, Iouri”, *Fallos*: 304:1956 (1982); sobre dignidad de la Nación, “Juez de Foz de Iguazú - Brasil s/ pedido de extradición del señor Jorge Américo Arena”, *Fallos*: 318:595, del 4-5-1995; sobre paz y dignidad de la Nación, “Chul Nam y otros”, *Fallos*: 301:1045 (1979) y “Baizos, Theodoro”, *Fallos*: 280:164 (1971); sobre dignidad de los Gobiernos de Provincia o de las Provincias, “Maggio, Orfeo s/ amparo”, *Fallos*: 318:2457, del 23-11-1995; “Club Atlético y Biblioteca Mitre y otros c/ Provincia del Neuquén y otro”, *Fallos*: 298:456 (1977); “Cooke, Juan I.”, *Fallos*: 178:105 (1937); “Avegno, José Leonardo c/ Provincia de Buenos Aires”, *Fallos*: 14:425 (1874); delitos que comprometen la paz y dignidad de la Nación, “Cerrutti, Armando H. c/ Zampaterra, Eugenio”, *Fallos*: 208:78 (1947); “Repetto, Nicolás”, *Fallos*: 202:486 (1945); “Zamora, Antonio”, *Fallos*: 184:116 (1939).

En las catedrales y colegiadas, prebenda que corresponde a un oficio honorífico y preeminente; prebenda del arzobispo u obispo

Esta acepción es la que surge de la jurisprudencia sobre Patronato Nacional, sintetizada en el precedente que estableció: “La Constitución Nacional ha consagrado y ratificado el derecho de patronato en términos tan categóricos que no admiten discusión alguna sobre sus existencia y modalidades propias. Tal concepto regalista ha sido conformado y ratificado en el hecho, no sólo por el *modus vivendi* mantenido sin alteración con la Sede de Roma desde la organización definitiva de la unidad nacional hasta el presente, sino también por manifestación expresa de los dignísimos preladados que han desempeñado altos cargos en la Iglesia Católica Argentina, al jurar ‘por Dios nuestro Señor y estos Santos Evangelios que en el ejercicio de aquéllos serían fieles a la Nación reconociendo su soberanía y alto patronato, como asimismo que no aceptarían dignidad alguna sin el expreso consentimiento del Gobierno Nacional’”¹⁰⁷. De tal modo, el respectivo beneficio eclesiástico aparece reconocido y se indica el procedimiento que, hacia esa época, se adoptaba para que fuera conferido¹⁰⁸.

En las órdenes militares de caballería, cargo de maestro, trece, comendador mayor, clavero, etcétera

Esta sería la acepción empleada en fallos como “Radziwill”¹⁰⁹, donde se alude a la dignidad de Gran Maestro de la Orden de Malta.

107 “Bula de Su Santidad Pío XII instituyendo canónicamente obispo de Bahía Blanca a monseñor Germiniano Esorto”, *Fallos*: 211:100 (1948). En similar sentido se emplea la expresión “dignidad de obispo” en “Monseñor Dr. Bolatti”, *Fallos*: 238:512 (1957); “dignidad de arzobispo”, en “Creación de Nuevas Diócesis”, *Fallos*: 237: 736 (1957); entre otros.

108 Pueden verse, en similar sentido, “Monseñor Doctor Bonamín, Victorio”, *Fallos*: 247:45 (1960); “Monseñor Leonardo Gregorio, Gallardo Heredia”, *Fallos*: 247:45 (1960); “Monseñor Doctor Blanchoud, Moisés”, *Fallos*: 247:45 (1960); “Gómez Dávila, Horacio”, *Fallos*: 241:159 (1958); “Príncipe, Enrique”, *Fallos*: 240:151 (1958); “Menéndez, Manuel Monseñor”, *Fallos*: 237:414 (1957); “Creación de Nuevas Diócesis”, *Fallos*: 237:636 (1957); “Monseñor Dr. Bolatti”, *Fallos*: 238:512 (1957); “Bula de Su Santidad Pío XII instituyendo canónicamente obispo de Bahía Blanca a monseñor Germiniano Esorto”, *Fallos*: 211:100 (1948).

109 Expresó la Corte Suprema que es de su competencia originaria la causa en la que se investiga la presunta comisión del delito de contrabando “por el embajador extraordinario y plenipotenciario de la Soberana Orden Militar de Malta, en tanto el carácter de sujeto de derecho internacional de dicha Orden de Malta es ampliamente reconocido, pudiendo concluir tratados, establecer relaciones diplomáticas, extender pasaportes, empleándose para su Gran Maestro el mismo ceremonial que para un jefe de Estado extranjero”, “Radziwill, Carlos s/ Causa N° 9439”, *Fallos*: 316:965, del 13-5-1993.

VI. Los diversos significados ínsitos en la primera acepción

La expresión “dignidad”, en tanto aplicada a los seres humanos, deviniendo “dignidad humana”, dentro de los aparentemente amplios bordes de la primera acepción, puede llevar a efectuar distinciones respecto de qué se quiere significar.

Dignidad humana = seres humanos están por encima de los demás seres vivos

Por un lado, y en forma casi intuitiva, podríamos decir que dignidad humana presupone que los seres humanos se hallan por encima de los demás seres vivos. Ello, “en tanto dignidad connota tanto superioridad (por ej., poder, excelencia, estatus) y valor intrínseco, no-dependiente. La capacidad y actualidad radical que cada ser humano tiene, por virtud de su alma racional, nos hace a cada uno de nosotros superiores en el sentido directo que por tanto tenemos, e instanciamos cada nivel de ser; la solidez y dinamismos físicos de una estrella o de una galaxia, la complejidad química y biológica y autodirección de un árbol o de un león, y *más*: la capacidad de entender todas esas otras realidades, de razonar acerca de ellas y acerca del razonar en sí mismo, de replicar y transformar otros seres en todos esos niveles de la realidad, y, con libertad de auto-control, elegir cómo vivir” (el destacado no es del original)¹¹⁰.

Se enseña que “la persona, en virtud de su naturaleza espiritual, es imagen de Dios (*imago Dei*) y posee una dignidad muy elevada, que se manifiesta por medio de muchas perfecciones; entre ellas, enumeramos algunas de las de mayor relieve: la libertad [...], la responsabilidad [...], el amor de amistad [...]; la capacidad de dirigir todo su obrar a Dios [...]”¹¹¹. Por ende, esa elevada dignidad se manifiesta en, entre otras perfecciones, la libertad.

La dignidad presupondría a la libertad como *prius*, que es patrimonio exclusivo de los seres humanos. Se ha afirmado que la libertad es, además, “el supuesto metafísico del Derecho y de ahí que éste, por su misma esencia, consista en una protección de la libertad, [...] en una organización de la misma”¹¹². La libertad, como presupuesto del Derecho, en tanto concebido

110 Finnis, J. (1998). *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*. Oxford. Oxford University Press, 179, con cita de Santo Tomás de Aquino. *Summa Theologica*, I q. 26 a. 4c; III *Scriptum super Libros Sententiarum Petri Lombard – iensis*, d. 35 q. I a 4 sol. Ic.; *Summa contra Gentiles*, III c. III n. I [2855]; *ibíd.*, c. 120 n. 17 [2934].

111 Alvira, T.; Clavell, L. y Melendo, T. (2001). *Metafísica*. 8ª edición. Barañain, Navarra. Ediciones Universidad de Navarra, 126-127.

112 Legaz y Lacambra, L. (1979). *Filosofía del Derecho*. 5ª edición revisada y aumentada. Barcelona. Bosch, 534.

como normación¹¹³, es reconocida, en nuestro país, por el Derecho Positivo en el momento de la organización constitucional misma. La Constitución argentina, llamada “Constitución histórica”, sancionada entre 1853 y 1860 –para diferenciarla de la Constitución actual, fruto de varias reformas, incluyendo la de 1994–, consagra una fórmula que se halla hoy vigente: tal la que asegura “los beneficios de la libertad”, fórmula que se halla contenida en el Preámbulo¹¹⁴. De tal manera, la libertad se yergue en presupuesto ontológico, necesario.

Esa libertad, como irreductible, se refleja en un voto del Dr. Fayt, sobre obediencia debida, en el cual afirmara que “[n]o debe entenderse que la obediencia debida sea ciega, conclusión que resulta insostenible a la luz de la naturaleza de los sujetos participantes en la relación de subordinación, que por ser seres humanos disponen de un margen irreductible de libertad”¹¹⁵.

Desde la perspectiva antropológica, y en sustento del mismo punto de partida, se ha afirmado que “los seres no humanos no pueden ser dueños de la red de propósitos hacia los cuales son arrastrados por fuerzas externas. Permanecen, inexorablemente, en el centro de su propio ser, relacionando todo lo demás a sí mismos, a sus propios genes, a su propia clase [...] Pero un ser humano es el que puede dar un paso atrás y auto-relativizarse”¹¹⁶. Ese paso atrás puede hallar fundamento en la libertad y significa que los seres humanos estarían por encima de otros seres vivos, atados al determinismo y a la carencia de autorreflexión¹¹⁷. Curiosamente, el mismo ser

113 Ver *ibidem*, 743; Vilanova, J. (1984). *Elementos de Filosofía del Derecho*. 2ª edición actualizada. Buenos Aires. AbeledoPerrot, 113.

114 El punto es destacado por Linares Quintana, S. V. (1978). *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional*. T. 4. Buenos Aires. Plus Ultra, 104, donde se refiere a la “institucionalización de la libertad en la Constitución Nacional”, con cita de “María Álvarez de Schuster”, *Fallos*: 191:388 (1941).

115 “Causa incoada en virtud del Decreto N° 280/1984 del Poder Ejecutivo Nacional - Camps, Ramón Juan Alberto y otros”, *Fallos*: 310:1162 (1987).

116 Spaemann, R. (2010). *Essays in Anthropology. Variations on a Theme*. Eugene. Oregon. Cascade Books, traducción de *Das Natürliche un das Vernünftige Aufsätze zur Anthropologie*, por Guido de Graaff y James Mumford, 59.

Recordemos que Kaufmann, A. (2007). “La persona como relación ‘ontológica’ básica del Derecho”. En *La Filosofía del Derecho en la posmodernidad*. Bogotá. Temis, traducción de Villar Borda, L. (1991). *Rechtsphilosophie in der Nach-Newzeit*. 2ª edición. Heidelberg. Decker, 67-89, esp. 67, define a la persona como “conjunto de relaciones en que se encuentra el hombre con los otros hombres o con las cosas”, enfatizando el elemento relacional.

117 Se trata, en suma, de que cuando se concreta la humanización (v. gr., la aparición de la inteligencia y la libertad en el hombre), el ser vivo “es dueño de su conducta”, conf. Polo, L. (1997). *Ética. Hacia una versión moderna de los temas clásicos*. 2ª edición. Madrid. Aedos. Unión Editorial, 38.

que puede auto-relativizarse es el que “no puede trascender su ser ni hacia arriba ni hacia abajo, hacerse Dios o caballo, ángel o pez”¹¹⁸.

La estrecha vinculación entre libertad –que, como ya vimos, coloca al ser humano por encima de los demás seres– y la dignidad se plasma en la disidencia del Dr. Fayt en “Bazterrica”, casi equiparando dignidad con Derechos Humanos: “El constitucionalismo actual propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad, y el pluralismo político [...], y referido a la libertad, se reconoce como principio normativo la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, que constituyen el fundamento del orden político y la paz social”¹¹⁹. Similar estrecha vinculación entre libertad humana y dignidad humana se advierte en un voto de los Dres. Frías y Guastavino, en el célebre “Saguir y Dib”, en materia de capacidad y la interpretación restrictiva de las normas que limitan esta última: “La regla general –fundada en el esencial respeto a la libertad y a la dignidad humana– es que, por principio, la persona tiene capacidad para ser titular de todos los derechos y para ejercerlos y ello con más razón respecto a los derechos de la personalidad. [...]”¹²⁰. Este *prius* de libertad, proyectado sobre la dignidad humana, se verifica incluso cuando la persona en cuestión se hallare cumpliendo pena privativa de la libertad, según voto de los Dres. Fayt, Petracchi y Boggiano en “Dessy”¹²¹.

Dignidad humana = especial potencialidad asociada a la humanidad racional o rational humanity

Aquí resultaría menester considerar dos conceptos distintos.

Por un lado, se afirma que la historia constituiría una serie de grados sucesivos de ascensión hacia Dios, grados que hallarían su punto de culminación en la “humanidad racional”. En palabras de Spaemann, se trataría de que la persona “se expanda hasta convertirse en un Absoluto [...] Y así la persona deviene alguien capaz del ‘amor hacia Dios llevado hasta el punto del desprecio por sí mismo’, una posibilidad en la que deviene un fin en sí mismo (no como ser humano sino como un ser potencialmente moral) [...] Sólo los seres humanos poseen lo que llamamos ‘dignidad’ –porque, como

118 Verneaux, R. (1970). *Filosofía del hombre*. Barcelona. Herder – *Curso de Filosofía Tomista*. 2ª edición, traducción de L. Medrano de *Philosophie de l'homme*, 202.

119 “Bazterrica, Gustavo Mario - Alejandro Carlos Capalbo”, *Fallos*: 308:1392 (1986).

120 “Saguir y Dib, Claudia Graciela”, *Fallos*: 302:1284 (1980).

121 “Dessy, Gustavo Gastón s/ hábeas corpus”, *Fallos*: 318:1894, del 19-10-1995.

seres morales, representan el Absoluto”¹²². La dignidad humana podría visualizarse como implícita en esa culminación¹²³.

Un segundo concepto de “humanidad racional” se centra en el debate sobre el estatus de los indios americanos, entre Ginés de Sepúlveda y Bartolomé de las Casas. Según éste último, la guerra contra los indios era injusta, y la categoría de “esclavos naturales” de Aristóteles no se les aplicaba¹²⁴. En suma, defendía la humanidad racional de los indios. Más modernamente, el debate sobre el estatus de los indígenas se manifiesta en divergencias sobre su autonomía o autodeterminación.

En punto a la primera noción de dignidad humana como humanidad racional, en tanto el hombre sería pasible de un proceso de culminación en lo Absoluto, puede citarse el voto del Dr. Boggiano en “Comunidad Homosexual”, donde se aludió a la defensa de la moral pública y el bien común “para garantizar la dignidad de la persona humana creada a imagen y semejanza de Dios, fuente de toda razón y justicia”¹²⁵.

En punto a la segunda noción, puede verse el caso planteado por el “Defensor del Pueblo de la Nación”¹²⁶, en el cual se aducía la situación de vida “no digna” de unos aborígenes del Chaco; específicamente, se pretendía que se los condenara, al Estado Nacional y a la Provincia del Chaco, “a que garanticen a [las comunidades indígenas del caso] una real y efectiva calidad de vida digna, que les permita el ejercicio de los derechos a la vida, a la salud, a la asistencia médico-social, a la alimentación, al agua potable, a la educación, a la vivienda, al bienestar general, al trabajo, a la inclusión social, entre otros, y que tales derechos sean satisfechos de manera continua y permanente, con la mutua intervención por parte del Estado Nacional y la Provincia del Chaco”. El caso ha culminado con la convocatoria a una

122 Spaemann, R.t (2010). *Essays in Anthropology. Variations on a Theme*. Eugene. Oregon. Cascade Books, traducción de *Das Natürliche un das Vernünftige Aufsätze zur Anthropologie*, por Guido de Graaff y James Mumford, 59, con cita de San Agustín, *La Ciudad de Dios*, XIV, 28.

123 Puede ampliarse en Arlotti, R. (2014). “Las primera lecciones de Derecho Político en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA”, en Ortiz, T. (coord.). *Nuevos aportes a la historia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires*. Buenos Aires. Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, 47-82, en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/ind-ortiz-nuevos-aportes.php> (último acceso: 9-10-2016).

124 No hubo un ganador oficial en el debate, pero dio lugar a la obra de las Casas, Bartolomé, Fray (entre 1501 y 1600?). *Obras de Fray Bartolomé de las Casas*, manuscrito publicado en: <http://bdh-rd.bne.es/viewer.vm?id=0000087075&page=1> (último acceso: 10-10-2016).

125 “Comunidad Homosexual Argentina c/ Resolución Inspección General de Justicia s/ personas jurídicas”, *Fallos*: 314:1531, del 22-11-1991.

126 “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otro s/ proceso de conocimiento”, *Fallos*: 330:4134, del 18-9-2007.

audiencia pública ante la Corte Suprema. En cambio, en otro caso en el que se debatía si los indígenas locales podían frenar la construcción e instalación de establecimientos sanitarios en sus tierras, la decisión judicial *última* hizo caso omiso de su oposición, aún cuando se hallaban derechos indígenas en juego¹²⁷.

Dignidad humana = requerimientos básicos de las personas

La idea de requerimientos básicos nos conduce, imperceptiblemente, hacia la idea de lo que es “mínimo”, v. gr., hacia el “umbral mínimo”, traspasado el cual no habría respeto por la dignidad humana.

Algo de ello se percibió cuando la jurisprudencia de la Corte Suprema estableció que incluso un preso tenía derecho a la inviolabilidad de su correspondencia (voto de los Dres. Fayt, Petracchi y Boggiano en “Dessy”¹²⁸). Se advierte mayor concreción en el concepto, si bien por vía de *obiter*, en “Gatica”¹²⁹, caso de competencia originaria en el cual se hizo lugar a la indemnización a favor de los deudos de un reo de excelente conducta que había fallecido en ocasión de un motín interno, en el cual se advirtieron “las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna”¹³⁰. Y fluye claramente cuando se declara la inconstitucionalidad de las indemnizaciones tarifadas en el régimen de las aseguradoras de riesgos del trabajo, cuando se refiriera la Corte Suprema a “las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad”¹³¹.

La jurisprudencia ha hecho especial hincapié en ciertos derechos que, al ser lesionados, afectan ese mínimo. Se trataría de “condiciones necesarias para la vida digna”.

Así, en materia de datos personales, se ha enfatizado que el derecho a la protección de los mismos halla íntima relación con, entre otros, el derecho a la dignidad humana¹³².

127 “Comunidad Indígena Toba La Primavera – Navogoh y otro c/ Formosa, Provincia de y otros s/ medida cautelar”, *Fallos*: 338:837, del 15-9-2015.

128 “Dessy, Gustavo Gastón s/ hábeas corpus”, *Fallos*: 318:1894, del 19/10/1995.

129 “Gatica, Susana Mercedes c/ Buenos Aires, provincia de s/ daños y perjuicios”, *Fallos*: 332:2842, del 22-12-2009.

130 *Ibidem*, cons. 10, con cita de “Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus”, *Fallos*: 328:1146, del 3-5-2005.

131 “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes Ley N° 9.688”, *Fallos*: 327:3753, del 21-9-2004.

132 “Ganora, Mario Fernando y otra s/ hábeas corpus”, *Fallos*: 322:2139, del 16-9-1999

En materia de la limitación salarial del art. 121, inciso “c” de la Ley N° 24.660 de ejecución de pena privativa de la libertad, se ha afirmado que esa limitación resulta inválida pues implica transferir al interno trabajador –que se halla cumpliendo pena privativa de la libertad– el costo de la obligación de su manutención que, según dicho marco normativo, pesa por entero sobre el Estado. Ello, en tanto, por la relación especial de sujeción que se establece entre el interno y el Estado, éste último “debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible”¹³³.

En materia de mantenimiento del ajuste por movilidad jubilatoria, según variaciones registradas en el índice de nivel general de las remuneraciones, se ha afirmado que “[l]os derechos a una retribución justa y a un salario mínimo vital y móvil –dirigidos a garantizar alimentación y vivienda, educación, asistencia sanitaria y, en definitiva, una vida digna– encuentran su correlato en las jubilaciones y pensiones móviles que deben ser garantizadas a los trabajadores cuando entran en pasividad”¹³⁴.

También asistiría ese mínimo a los insanos y a quienes tienen que ser revisados por médicos forenses. En tal sentido, se ha aseverado que los pacientes institucionalizados, especialmente cuando son recluidos coactivamente, son “titulares de un conjunto de derechos fundamentales, como el derecho a la vida y a la salud, a la defensa y al respeto de la dignidad, a la libertad, al debido proceso, entre tantos otros”¹³⁵; empero, “deviene innegable que tales personas poseen un estatus particular, a partir de que son sujetos titulares de derechos fundamentales con ciertas limitaciones derivadas de su situación de reclusión”¹³⁶.

En similar tesitura se inscriben votos en particular, como el del Dr. Lorenzetti en “Ministerio de Salud”, en el cual afirmó que “[t]odos los individuos tienen derechos fundamentales con un contenido mínimo para que puedan desplegar plenamente su valor eminente como agentes mora-

(voto del Dr. Boggiano); “Matimport S.A. s/ medida precautoria”, *Fallos*: 322:259, del 9-3-1999, voto del Dr. Boggiano; “Urteaga, Facundo Raúl c/ Estado Nacional - Estado Mayor Conjunto de las FF.AA. s/ amparo Ley N° 16.986”, *Fallos*: 321:2767, del 15-10-1998 (voto del Dr. Boggiano).

133 “Méndez, Daniel Roberto s/ rec. de casación”, *Fallos*: 334:1216, del 1-11-2011.

134 “Sánchez, María del Carmen c/ ANSeS s/ reajustes varios”, *Fallos*: 328:1602, del 17-5-2005.

135 “R. M. J. s/ insania”, *Fallos*: 331:211, del 19-2-2008.

136 Ídem.

les autónomos, que constituyen la base de la dignidad humana, y que la Corte debe proteger”¹³⁷. También puede tenerse presente la disidencia del citado Magistrado en “Cambiaso Péres de Nealón”, caso sobre derecho a la salud, en la cual expresó: “Los derechos vinculados al acceso a prestaciones de salud integrales no pueden ser meramente declarativos, porque su goce efectivo es lo que permite a una persona desplegar plenamente su valor eminente como agente moral autónomo, base de la dignidad humana que la Corte debe proteger”¹³⁸.

Dignidad humana = Derechos Humanos

Se ha equiparado, en algún voto, a la dignidad humana misma con la protección de los Derechos Humanos. Así, se ha afirmado que “el sistema internacional de protección de los Derechos Humanos se fundamenta, esencialmente, en la necesaria protección de la dignidad misma del hombre, que es reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos y no se presenta exclusivamente a través del proceso de codificación de un sistema de derecho positivo tipificado en el ámbito internacional. En los casos en que queda comprometida la dignidad humana de las personas [...] corresponde atender a una interpretación dinámica [...] para responder –en el estado de avance cultural actual– a los requerimientos de un debido castigo para aquellos que cometen crímenes contra el derecho de gente. La negativa a la prosecución de las acciones penales contra los crímenes de lesa humanidad implica salir del marco normativo en el que se han insertado las naciones civilizadas desde la creación de la Organización de las Naciones Unidas, pues la incorporación de estos derechos al Derecho positivo universal mediante las convenciones de protección de diversos Derechos Humanos, ha supuesto el reconocimiento del carácter esencial de protección de la dignidad humana”¹³⁹.

Asimismo, recordemos que en “Aquino”¹⁴⁰ se sostuvo que la dignidad no “reificaba” a la persona sino que era, en rigor, “el centro sobre el que gira

137 “Ministerio de Salud y/o Gobernación s/ acción de amparo”, *Fallos*: 329:4741, del 31-10-2006, voto del Dr. Lorenzetti.

138 “Cambiaso Péres de Nealón, Celia María Ana y otros c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas s/ amparo”, *Fallos*: 330:3725, del 28-8-2007, disidencia del Dr. Lorenzetti.

139 “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete) - Causa N° 17.768”, *Fallos*: 328:2056, del 14-6-2005 (voto del Dr. Maqueda).

140 “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes Ley N° 9.688”, *Fallos*: 327:3753, del 21-9-2004.

la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional”¹⁴¹. Por ende, en esta postura, dignidad no equivaldría al conjunto de Derechos Humanos, pero constituiría su centro gravitacional.

Dignidad = guía legislativa

La consagración de un “mínimo” de condiciones necesarias parecería ser diferente, como pauta hermenéutica, respecto del concepto de “vida digna”, como objetivo de las medidas que se adopten en materia de internalización de objetivos del plano internacional convencional. En materia de intangibilidad de la remuneración frente a quitas de emergencia se ha señalado que es inconstitucional el decreto provincial respectivo si soslaya principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos constitucionalizados, entre los que se incluye “el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna [...]”¹⁴².

Yendo más allá, se advierte que el concepto de “vivienda digna” de “Quispe”, especialmente ante el carácter programático del art. 14 bis, CN, o el concepto de “muerte digna” de la Ley N° 26.529, implican adjetivaciones que se alejan del concepto de “dignidad humana”.

“Vida”, “vivienda”, “muerte” devendrían sustantivos comunes, “reglamentados” mediante el calificativo digno, que vendría a operar como “justificativo” de la respectiva opción legislativa y como sendero para las ulteriores reglamentaciones. Por ende, no se estaría ante la dignidad, intrínsecamente vinculada al ser humano, sino ante conceptos que, por decisión legislativa, son calificados, aislados, y colocados, por discrecionalidad del legislador, en un estatus impreciso, pasible de ulteriores determinaciones jurisprudenciales, que, en ocasiones, se hallan reñidas con la dignidad humana en los términos antes invocados (por ej., en el supuesto de muerte digna ya repasado, “D. M. A.”¹⁴³).

Invocación de diversos sentidos

Finalmente, puede apuntarse que, en ocasiones, en un mismo pasaje, se detectan diversos sentidos en el término dignidad. En efecto, en precedentes

141 Ídem.

142 “Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad”, *Fallos*: 336:672, del 18-6-2013.

143 “D. M. A. y otro s/ declaración de incapacidad”, *Fallos*: 338:556, del 7-7-2015, cons. 29.

como “Asociación Lucha por la Identidad Travesti”¹⁴⁴ puede detectarse que la expresión dignidad humana, o dignidad de los seres humanos, o de las personas ha sido empleada con diversos sentidos, en forma convergente, sin diferenciarlos. Así, cuando se afirma que “la protección de un valor rector como la dignidad humana implica que la ley reconozca, en tanto no ofenda el orden y la moral pública, ni perjudique a un tercero, un ámbito íntimo e infranqueable de libertad, de modo tal que pueda conducir a la realización personal, posibilidad que es requisito de una sociedad sana”, se está empleando la expresión en el sentido apuntado antes significando un objetivo del legislador.

En cambio cuando, en dicho fallo, se señala que “la protección del ámbito de privacidad resulta uno de los mayores valores del respeto a la dignidad del ser humano y un rasgo de esencial diferenciación entre el estado de derecho y las formas autoritarias de gobierno”, se estaría aludiendo a los requerimientos básicos de las personas, en el marco de una sociedad democrática. Se trataría de un mínimo.

Asimismo, cuando en el precitado fallo se admite que “sólo la ilicitud de promover la asociación un objeto común que desconozca o violente las exigencias que para la protección a la dignidad de las personas establece el art. 19 de la Constitución Nacional o que, elíptica o derechamente, persiga la destrucción de las cláusulas inmutables del pacto fundacional de la República vigente desde 1853 (arts. 1º y 33 de la Ley Suprema), podría justificar una restricción al derecho de asociación”; la referencia concreta sería, nuevamente, la de un requerimiento mínimo. Mas ello, a la luz del específico objetivo de la Asociación involucrada, posee la virtualidad de concluir insistiendo en la dignidad de los seres humanos que, en su intimidad, optan por tal forma de vida.

VII. Reflexiones finales

Hemos visto que, en la lengua española, “dignidad” es un término que posee diversos significados, volcados en las diversas acepciones recogidas (Sección II). Asimismo, hemos reparado en la incorporación normativa de la dignidad y de la dignidad humana ya desde antaño, pero con especial énfasis con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial (Sección III). La jurisprudencia de la Corte Suprema pone en evidencia múltiples campos de estudio en los que se halla presente el concepto, en materia penal y no-penal,

144 “Asociación Lucha por la Identidad Travesti Transexual c/ Inspección General de Justicia y otro s/ recurso contencioso administrativo”, *Fallos*: 329:5266, del 21-11-2006.

patrimonial y no patrimonial, individual y social (Sección IV). Un repaso de una muestra jurisprudencial considerada permite advertir que diversas son las acepciones sobre las que hay manifestación jurisprudencial, cubriendo, la práctica judicial, todas las acepciones (Sección V).

En el estricto marco de la primera acepción considerada, pueden inferirse distintas equiparaciones, que permiten concluir que dignidad humana es una expresión que las justifica a todas ellas. De este modo, se seguiría que la noción de dignidad humana implica tanto la superioridad de los seres humanos sobre otros seres vivos, como la especial potencialidad asociada a la humanidad. También implica ese especial y por ahora indeterminado débito que surge, para los legitimados pasivos, en el campo de los requerimientos básicos de las personas. Incluso se la ha equiparado con los derechos humanos mismos, y con lo que sería un suerte de guía –acertada o abominable– para la labor del intérprete. También hay jurisprudencia que emplea varios de estos renglones, a un tiempo (Sección VI).

Generadora de restricciones y facilitadora de importantes *empowerments*. Fuente de reclamos o débitos de la clase y volumen que fueren. Presupuesto o fuente fundamentadora del reconocimiento de derechos. Todo ello es la dignidad humana. Pero también es el núcleo sólido –al decir de Finnis¹⁴⁵–, duro, absoluto, de la vida humana en todas sus formas y estadios. Es por ello que la sentencia o norma que la invoque no la estará creando sino que la estará reconociendo.

Es en el renglón del especial estatus que poseen –real o potencialmente– los seres humanos que la centraremos, en forma exclusiva, para concebirla como un concepto preexistente, tal vez consagrado en alguna norma, pero pasible de ser “reglamentado jurisprudencialmente” dentro de los casilleros que cada significado implica; y para concebirla, inclusive, como una medida o variable. En este último sentido, v. gr., como variable, la dignidad –humana siempre, es claro– deberá, para el órgano judicial, erigirse la medida de la restricción o facultamiento considerando a todos los seres humanos comprendidos en la clase involucrada en el caso.

Y para el legislador, sea congresional o administrativo, será una orientación, un norte, un principio preexistente, pero también una fuente de involuntaria mas necesaria delegación en el órgano judicial.

A todo evento, ninguno de los citados dos poderes del Estado podría hacer caso omiso de su significado central, atado, exclusivamente, a los seres humanos sin distinción alguna.

145 Finnis, J. *Ley Natural y Derechos Naturales...*, cit. en n. 10, 253.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA MUERTE Y LOS MUERTOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

About the death and the deads in the Civil and Commercial Code

Juan G. Navarro Floria¹

Recibido: 17 de abril de 2017
Aprobado: 23 de junio de 2017

Resumen: En el artículo se examinan los cambios legislativos que presenta el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, en relación al fin de la existencia de las personas humanas: el concepto de muerte y sus implicancias y efectos sobre las diversas relaciones jurídicas; el régimen de declaración de fallecimiento presunto por ausencia y el régimen referido a los desaparecidos; las previsiones respecto del cadáver humano; y el nuevo régimen sobre cementerios y sepulturas.

Palabras clave: Fin de la existencia - Muerte - Fallecimiento presunto - Cementerios - Desaparición forzada.

Abstract: The article deals with the legal changes in the new Civil and Commercial Code of the Argentine Republic: the concept of end of the life and his consequences within many juridical relationships; legislation about presumed death and forced disappearance of persons; previsions about human corpse; and the new legal framework for cemeteries and tombs.

Keywords: End of life - Death - Presumed death - Cemeteries - Forced disappearance.

1 Profesor ordinario de las Facultades de Derecho y de Derecho Canónico de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Correo electrónico: jnavarro@nfla.com.ar.

Para citar este texto:
Navarro Floria, J. G. (2017). “Algunas consideraciones sobre la muerte y los muertos en el Código Civil y Comercial”, *Prudentia Iuris*, N° 84, pp. 73-106.

1. Introducción

Una definición acaso poco científica, pero bastante gráfica, del Derecho Civil, es la que lo conceptualiza como aquella rama del Derecho que se ocupa de la persona en cuanto tal, desde antes de su nacimiento hasta después de su muerte. Como quiera que sea, el Derecho tiene algo que decir respecto de esos hechos jurídicos, el comienzo y el fin de la existencia de la persona humana.

El primero de esos extremos fue objeto de intensos debates durante el proceso de aprobación del vigente Código Civil y Comercial. No era para menos. A la pretensión del Proyecto de abandonar la afirmación de que todo ser humano es persona (y, por tanto, titular de derechos y portador de una esencial e irrenunciable dignidad), se opuso una fuerte defensa de ese principio esencial. Que al cabo quedó plasmado en el vigente art. 19, CCC, más allá de que no falten voces que insisten en relativizarlo.

No hubo en cambio mayores discusiones acerca del otro extremo de la existencia humana, aunque hay en el CCC interesantes definiciones al respecto. Es cierto que hablar de la muerte no es algo que suscite demasiadas simpatías, pero siendo ese el destino inexorable de todo ser humano, es razonable que el Derecho lo tome en consideración.

El propósito de este trabajo es examinar brevemente qué dice el nuevo Código Civil y Comercial acerca de la muerte de la persona humana y algunas cuestiones próximas (como el fallecimiento presunto o la desaparición forzada de personas), el concepto de muerte, y algunas de sus consecuencias en el campo del Derecho Civil, así como alguna otra novedad vinculada al tema, como ser el régimen de los cementerios. No abordaré otros aspectos posibles, como por ejemplo la visión de la bioética y las perspectivas que abre al respecto el art. 59².

2. La desaparición final de la muerte civil

En el viejo y querido Código Civil de Vélez Sarsfield subsistía la mención de una institución antigua y perimida, hecha con el fin de certificar su

2 He abordado parcialmente esa cuestión en Navarro Floria, J. G. (2016). *Los derechos personalísimos*. Buenos Aires. EDUCA.

desaparición, por las muy buenas razones aportadas por el codificador en una extensa e ilustrativa nota. Pero aún con ese motivo, el concepto (así fuera para ser condenado a convertirse en objeto de la arqueología jurídica) seguía presente en el texto legal. Me refiero a la “muerte civil”.

Decía en antiguo art. 103: “Termina la existencia de las personas por la muerte natural de ellas. La muerte civil no tendrá lugar en ningún caso, ni por pena, ni por profesión en las comunidades religiosas”.

Hay que decir, sin embargo, que, a pesar de la contundencia de esa definición, el viejo Código todavía reflejaba resabios de la muerte civil. El más importante, el contenido en el antiguo art. 1160, cuando establecía que eran incapaces para contratar “los religiosos profesos de uno y otro sexo, sino cuando comprasen bienes muebles a dinero de contado, o contratasen por sus conventos”. A esa incapacidad genérica, se sumaban otras específicas tanto en el Código Civil, como en el de Comercio³. Y si bien la pena de “muerte civil” tampoco aparece en la ley penal, subsiste incluso hasta hoy la incapacidad impuesta a los penados en el art. 12 del Código en la materia.

Nada de eso se mantiene en el CCC: ni la referencia a la muerte civil (que claramente ya no era necesaria, porque no queda en nuestro tiempo ni siquiera memoria de esa institución), ni las incapacidades que afectaban a los religiosos profesos. Aunque la profesión religiosa sigue presente en el CCC, como causal de extinción de la responsabilidad parental. Dice el art. 699 que tal responsabilidad se extingue por la “profesión del progenitor en instituto monástico”.

Tanto las supresiones como la previsión residual recién mencionada son correctas. Las primeras, porque para el Estado los religiosos son ciudadanos como cualquier otro, y en todo caso las restricciones acerca de lo que pueden o no hacer corresponden a su régimen propio, que es el Derecho Canónico; que, dicho sea de paso, tiene vigencia y fuerza de ley en nuestro ordenamiento nacional por las remisiones que hacen, por una parte, el art. 147, CCC, y, por otra parte, y en referencia específica a los religiosos, el art. 2° de la Ley N° 24.483 (ahora, Ley E-1998). No es éste el lugar para profundizar ese tema. En cuanto al efecto de la profesión religiosa sobre la responsabilidad parental, si bien se trata de un supuesto harto improbable de que ocurra, no está mal que el reconocimiento se mantenga⁴.

3 Ver al respecto Navarro Floria, J. G.; Padilla, N. y Lo Prete, O. (2014). *Derecho y Religión. Derecho Eclesiástico Argentino*. Buenos Aires. EDUCA, 291 y sigs.

4 Ver Navarro Floria, J. G. (2016). “El Derecho Eclesiástico en el nuevo Código Civil y Comercial Argentino”. En *ADEE* vol. XXXII, 501.

3. El concepto de muerte en el CCC

El art. 93, CCC, establece: “Principio general. La existencia de la persona humana termina por su muerte”.

Se trata de una norma simple e indiscutible. Lo que no termina de entenderse es qué significa que sea un “principio general”, porque, por una parte, no parece que tenga excepciones, y también porque luego del “principio general” no se enuncia ningún otro principio o norma especial en la materia. Salvo que el legislador estuviese pensando en la presunción de fallecimiento, a la que dedica el capítulo anterior (arts. 85 al 92, que analizaremos luego), o bien en la situación imprecisa que tienen en el Derecho Argentino los desaparecidos, que también veremos.

El CCC no define en qué consiste la muerte, como tampoco lo hacía su antecesor, a pesar de las importantísimas consecuencias jurídicas que tiene ese acontecimiento. Sin embargo, trae una norma novedosa, que de todas maneras no clarifica demasiado. Dice el art. 94: “Comprobación de la muerte. La comprobación de la muerte queda sujeta a los estándares médicos aceptados, aplicándose la legislación especial en el caso de ablación de órganos del cadáver”.

De este modo, la definición de la muerte se convierte en un dato extrajurídico, desde que queda deferida a los “estándares médicos”. Que además de ser imprecisos son variables, ya que en la medida en que avanza la tecnología es posible conocer más acerca de la actividad cerebral profunda, “resucitar” personas a las que se hubiera considerado indudablemente muertas según los estándares médicos de hace algunos años, etcétera⁵.

El art. 94 contiene una remisión a la legislación específica en materia de trasplantes de órganos, ordenamiento que ha quedado fuera del CCC⁶. Esa remisión se repite en el art. 56, segundo párrafo, del CCC⁷. Efectivamente, en ese régimen especial existe una regulación acerca de la comprobación de la muerte de las personas, que también remite a criterios médicos, previendo, incluso, la variabilidad de estos al compás de la evolución de la ciencia. Dice la ley (art. 23)⁸:

5 Sobre el lábil límite entre vida y muerte, ver http://www.observatoriobioetica.org/2016/11/cuando-muere-el-cerebro/17132?utm_source=wysija&utm_medium=email&utm_campaign=492.

6 Ley ASA-1856 (antes Ley N° 24.193, y sus modificaciones).

7 “La ablación de órganos para ser implantados en otras personas se rige por la legislación especial”.

8 El art. 24 de la misma ley agrega: “A los efectos del artículo anterior, la certificación del fallecimiento deberá ser suscripta por dos (2) médicos, entre los que figurará por lo menos un neurólogo o neurocirujano. Ninguno de ellos será el médico o integrará el equipo que realice

“El fallecimiento de una persona se considerará tal cuando se verifiquen de modo acumulativo los siguientes signos, que deberán persistir ininterrumpidamente seis (6) horas después de su constatación conjunta:

- a) Ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia;
- b) Ausencia de respiración espontánea;
- c) Ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas;
- d) Inactividad encefálica corroborada por medios técnicos y/o instrumentales adecuados a las diversas situaciones clínicas, cuya nómina será periódicamente actualizada por el Ministerio de Salud y Acción Social con el asesoramiento del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI).

La verificación de los signos referidos en el inciso d) no será necesaria en caso de paro cardiorrespiratorio total e irreversible”.

Lo que no se entiende del todo y resulta ligeramente inquietante es que el CCC prevea que pueda haber criterios diferentes para tener a alguien por fallecido según se trate de extraer de su cadáver órganos para trasplantes, o de otros efectos.

4. Los “conmorientes”

El art. 95, CCC, mantiene, con cambios en la redacción, una previsión que ya existía en el viejo Código. Dice: “Conmoriencia. Se presume que mueren al mismo tiempo las personas que perecen en un desastre común o en cualquier otra circunstancia, si no puede determinarse lo contrario”.

La norma sólo puede ser entendida a la luz de lo que decía su antecedente y de la doctrina elaborada en su derredor, aunque no tanto en forma aislada. El afán por acortar el texto lo torna algo críptico, porque la referencia a “cualquier otra circunstancia”, sin considerar un elemento temporal, es oscura. Del mismo modo, ha desaparecido del texto legal la consecuencia que del hecho de presumirse la muerte simultánea extraía la norma derogada: que no pueda alegarse transmisión alguna de derechos entre los conmorientes. Hay que pensar que tal consecuencia fue omitida por evidente, y no porque no se produzca.

En rigor de verdad son dos las circunstancias contempladas en la norma, tal como ya ocurría en el régimen derogado.

ablaciones o implantes de órganos del fallecido. La hora del fallecimiento será aquella en que por primera vez se constataron los signos previstos en el artículo 23”.

El primer supuesto es el de quienes han muerto en el curso y como consecuencia de un mismo hecho (un incendio, un naufragio, un terremoto, sintetizados en la expresión “desastre común”), sin que pueda comprobarse quién falleció antes y quién después. El segundo caso es el supuesto en que varias personas han fallecido por causas independientes, sin que pueda probarse el orden de los fallecimientos (por ejemplo, personas que se hallaban en algún lugar remoto y son halladas muertas luego de mucho tiempo y sin que pueda determinarse el orden y aún la causa de las muertes).

La consecuencia es la misma en ambos casos que, como vimos, no aparece en forma expresa en el texto: la inexistencia de transmisión de derechos entre esas personas.

5. El fallecimiento presunto por ausencia

La Ley N° 26.944 derogó a su homóloga, N° 14.394, que desde el año 1954 regulaba, entre otras instituciones, la declaración de fallecimiento presunto. Este asunto ha sido reintroducido ahora en el Código, ocupando los arts. 85 al 92, con el título “Presunción de fallecimiento”. Metodológicamente, ese capítulo ha quedado mal ubicado, porque hubiera debido integrar el que aparece inmediatamente a continuación (“Fin de la existencia de las personas”), por ser un caso especial de lo que se trata en él.

El CCC mantiene cierta ambigüedad terminológica. Los arts. 87 y 89, por ejemplo, disponen con corrección que en estos casos lo que se declara es precisamente “el fallecimiento presunto”. Sin embargo, en otras normas se habla impropriamente de “declaración de ausencia con presunción de fallecimiento” (arts. 435 o 702). Se ha perdido la oportunidad de corregir un vicio del lenguaje jurídico porque, efectivamente, lo que el juez declara es el fallecimiento presunto, y no la ausencia, que en todo caso es el presupuesto que justifica la presunción.

Sustancialmente, se mantiene el régimen anterior, con algunas mejoras y simplificaciones en la redacción de las normas.

El dato que permite presumir el fallecimiento de una persona es la ausencia de su domicilio, sumada al transcurso de un cierto lapso sin que hubiese noticias del ausente. Se mantiene el plazo básico o genérico de tres años sin noticias para poder presumir la muerte (art. 85), y también los mismos plazos abreviados de dos años y de seis meses para los casos extraordinarios que en seguida veremos (art. 86).

Los casos extraordinarios son los mismos que estaban presentes en el régimen anterior, a saber:

- “a) si por última vez⁹ [el ausente] se encontró en el lugar de un incendio, terremoto, acción de guerra u otro suceso semejante, susceptible de ocasionar la muerte, o participó de una actividad que implique el mismo riesgo, y no se tiene noticia de él por el término de dos años, contados desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido”; y
- “b) si encontrándose en un buque o aeronave naufragados o perdidos, no se tuviese noticia de su existencia por el término de seis meses desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido”.

La legitimación activa para pedir la declaración sigue estando atribuida a “Cualquiera que tenga algún derecho subordinado a la muerte de la persona de que se trate”, con la plausible aclaración de que deberá demostrar haber realizado previamente “diligencias tendientes a la averiguación de la existencia del ausente” (art. 87). Por lo tanto, quien promueve la acción debe demostrar su legitimación, la ausencia del causante, y la realización de esas indagaciones, sin perjuicio de que en el curso del proceso se las reitere o profundice con supervisión judicial. La fórmula elegida excluye que la acción pueda ser ejercida por el Fiscal o promovida de oficio por el juez, aunque el Fiscal habrá de ser parte necesaria del proceso¹⁰.

La competencia para declarar el fallecimiento presunto se atribuye en el art. 87, CCC, exclusivamente al juez del último domicilio del desaparecido, y ya no (como en el régimen anterior) al de la última residencia, o al del lugar en que hubiera bienes de su propiedad¹¹. Pero esta norma restrictiva no guarda coherencia con la del art. 2619, que dice:

“Ausencia y presunción de fallecimiento. Jurisdicción. Para entender en la declaración de ausencia y en la presunción de fallecimiento es competente el juez del último domicilio conocido del ausente, o en su defecto, el de su última residencia habitual. Si éstos se desconocen, es competente el juez del lugar donde

9 Lo que ha querido decir el legislador es que la última noticia habida de la persona haya sido que se hallaba inmersa en alguna de las situaciones que la norma describe. Fuera de ese giro confuso, se ha aclarado la norma anterior, reemplazando, por ejemplo, la voz “empresa” por “actividad”, que es más apropiada.

10 La demanda de declaración de fallecimiento presunto por parte del Fiscal sin la voluntad de los familiares o interesados directos e incluso en contra de ella, sólo fue prevista en la Argentina en el régimen de excepción de la Ley de Facto N° 22.068, dictada para declarar muertos a los desaparecidos eludiendo la investigación de las circunstancias de tales desapariciones.

11 No hay explicación para el cambio, que carece de razón aparente. La diferencia con lo que indica el art. 2619, en el capítulo referido a normas de Derecho Internacional Privado, es una de las tantas incoherencias del CCC, probablemente debidas a las muchas manos que intervinieron en su redacción.

están situados los bienes del ausente con relación a éstos; el juez argentino puede asumir jurisdicción en caso de existir un interés legítimo en la República”.

El art. 88, CCC, reproduce con simplificaciones de redacción las normas de procedimiento que ya contemplaban los arts. 25 y 26 de la Ley N° 14.394 (de manera que conserva vigencia lo elaborado por la doctrina y la jurisprudencia respecto del proceso de declaración de fallecimiento presunto por ausencia):

“El juez debe nombrar defensor al ausente o dar intervención al defensor oficial, y citar a aquél por edictos una vez por mes durante seis meses. También debe designar un curador a sus bienes, si no hay mandatario con poderes suficientes, o si por cualquier causa aquél no desempeña correctamente el mandato.

La declaración de simple ausencia no constituye presupuesto necesario para la declaración de fallecimiento presunto, ni suple la comprobación de las diligencias realizadas para conocer la existencia del ausente”.

La norma actual habla de “la existencia del ausente”, en lugar de “el paradero del ausente”, como hacía el art. 26 de la Ley N° 14.394. Es una modificación equivocada, porque la existencia de la persona no puede estar en duda (si se la entiende como que alguna vez haya existido). En todo caso, se podría haber dicho “la supervivencia”.

Es curioso que se haya mantenido el recaudo, manifiestamente anacrónico e inútil en la sociedad actual, de la publicación de edictos. Hubiera sido mucho más razonable, en todo caso, prever un aviso radiofónico, televisivo o en las redes sociales. Llama la atención que tampoco se exijan otras diligencias probatorias que son de rigor, como el pedido de informes a organismos y registros públicos, aunque es de esperar que los Códigos Procesales la dispongan.

El art. 89, CCC, manteniendo el contenido del art. 26 de la Ley N° 14.394, dispone:

“Pasados los seis meses, recibida la prueba y oído el defensor, el juez debe declarar el fallecimiento presunto si están acreditados los extremos legales, fijar el día presuntivo del fallecimiento y disponer la inscripción de la sentencia”.

De aquí se deduce que el proceso ha de durar no menos de seis meses. La norma ordena “la inscripción de la sentencia” sin aclarar dónde: es en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas¹².

12 “Se inscribirán en los libros de defunciones: [...] c) Las sentencias sobre ausencia con presunción de fallecimiento” (Ley E-3079, art. 59).

La sentencia de declaración de fallecimiento presunto supone la convicción del juez acerca de que existe una razonable y seria posibilidad del fallecimiento, aunque no se tenga certeza de él. La inscripción de la sentencia hace que sea oponible *erga omnes*¹³.

La fijación del día y, en lo posible, de la hora del fallecimiento presunto es una cuestión de la mayor relevancia porque determinará el momento de transmisión de los derechos y consolidación de la vocación hereditaria de los eventuales herederos. El art. 90, CCC, reproduce sin cambios más que de redacción lo que disponía en ese sentido el art. 27 de la Ley N° 14.394.

La declaración de fallecimiento presunto extingue el matrimonio si la persona estaba casada (art. 435), y suspende el ejercicio de la responsabilidad parental si tenía hijos menores (art. 702).

El CCC ha innovado respecto del régimen de la Ley N° 14.394, porque en él la declaración de fallecimiento presunto no extinguía el matrimonio, sino que solamente lo tornaba disoluble. La efectiva disolución solamente ocurriría efectivamente en caso de que el cónyuge no ausente contrajese nuevo matrimonio (para lo que quedaba habilitado por la sentencia). Este complicado procedimiento había perdido sentido a partir del dictado de la ley de divorcio vincular, a pesar de lo cual fue mantenido por la Ley N° 23.515.

Es evidente, entonces, que la eventual reaparición del presuntamente fallecido no producirá efecto sobre el estado civil de su ex cónyuge, dado que el matrimonio estaba ya disuelto de pleno derecho. En todo caso, será necesaria una nueva celebración matrimonial para recuperar ese estado. Si entre tanto el cónyuge “no ausente” hubiera contraído nuevo matrimonio, el régimen derogado (art. 31, Ley N° 14.394) aclaraba expresamente que la reaparición del ausente no producía la nulidad del segundo matrimonio. Esa norma no se mantiene explícitamente en el CCC, pero es la lógicamente aplicable¹⁴.

En cambio, como el ejercicio de la responsabilidad parental solamente se suspende por la declaración de fallecimiento presunto, la eventual reaparición del presuntamente fallecido le permitirá retomar ese ejercicio, si aún tuviese hijos menores de edad.

13 Acaso con la salvedad de que no será oponible al presunto fallecido, si es que sigue vivo. Él seguirá obrando válidamente allí donde esté, porque de lo contrario estaríamos ante un supuesto de muerte civil que, como ya vimos, resulta inadmisibile.

14 Queda por supuesto a salvo el caso de que el cónyuge “presente” en realidad hubiera sabido que la presunción de fallecimiento era falsa porque el cónyuge ausente en realidad estaba vivo, de suerte que el segundo matrimonio habría sido contraído de mala fe, lo que permitiría alegar su nulidad.

En cuanto a la sociedad conyugal, a diferencia de lo que ocurría en el régimen derogado, se extingue de pleno derecho por la sentencia de declaración de fallecimiento presunto (art. 475, CCC), con lo que debería liquidarse sin necesidad de ninguna espera.

La muerte presunta determina también la apertura de la sucesión (art. 2277, CCC). Pero el CCC ha mantenido en general las normas preexistentes en la Ley N° 14.394 que imponen el inventario de los bienes (que en una sucesión “normal” como regla no es de factura obligatoria, art. 2342, CCC), y la prenotación respecto de los bienes registrables (arts. 91 y 92, CCC):

“Los herederos y los legatarios deben recibir los bienes del declarado presuntamente fallecido, previa formación de inventario. El dominio debe inscribirse en el registro correspondiente con la prenotación del caso; puede hacerse la partición de los bienes, pero no enajenarlos ni gravarlos sin autorización judicial. Si entregados los bienes se presenta el ausente o se tiene noticia cierta de su existencia, queda sin efecto la declaración de fallecimiento¹⁵, procediéndose a la devolución de aquéllos a petición del interesado”.

“La prenotación queda sin efecto transcurridos cinco años desde la fecha presuntiva del fallecimiento u ochenta años desde el nacimiento de la persona. Desde ese momento puede disponerse libremente de los bienes.

Si el ausente reaparece puede reclamar: a. la entrega de los bienes que existen en el estado en que se encuentran; b. los adquiridos con el valor de los que faltan; c. el precio adeudado de los enajenados; d. los frutos no consumidos”.

Estas normas deben leerse como complemento de las que rigen las sucesiones. La declaración de fallecimiento presunto determina la apertura de la sucesión (art. 2277), que deberá tramitarse con los pasos y las formalidades correspondientes porque el proceso previo de declaración de fallecimiento presunto no requirió la citación de los herederos ni la dilucidación de los derechos que correspondiesen a cada uno. Lo peculiar del caso es que la entrega de bienes se hará con las modalidades recién mencionadas, y quedará sujeta a la eventualidad de la reaparición del ausente con el alcance también mencionado. No hay en esto cambios en relación al régimen anterior.

15 El art. 29 de la Ley N° 14.394 decía que ante la reaparición del ausente, quedaba sin efecto “la entrega de los bienes”. El cambio que se advierte en el CCC es correcto: lo que queda sin efecto es la presunción de fallecimiento, y como consecuencia de ella, se producirá la restitución de los bienes en caso de ser solicitada por el causante. Es también correcta la eliminación de la norma que contenía el tercer párrafo del mismo art. 29 referida a la presentación de herederos de grado preferente, porque basta con las reglas generales en materia de petición de herencia.

El capítulo del CCC dedicado al Derecho Internacional Privado no sólo se ha ocupado de la competencia judicial para la declaración de fallecimiento presunto, sino también de la ley aplicable (art. 2620):

“La declaración de ausencia y la presunción de fallecimiento se rigen por el derecho del último domicilio conocido de la persona desaparecida o, en su defecto, por el derecho de su última residencia habitual. Las demás relaciones jurídicas del ausente siguen regulándose por el derecho que las regía anteriormente”.

6. El caso de los desaparecidos

En el CCC hay apenas alguna mención aislada de la “desaparición forzada”, y ninguna de los “desaparecidos”, o víctimas de desaparición forzada. Se ha perdido así la oportunidad de dar a esa situación un tratamiento integrado dentro del Derecho Civil.

La mención aislada es la que se hace en el art. 69, referido al cambio de nombre de las personas humanas. Allí se dice:

“Se consideran justos motivos, y no requieren intervención judicial, el cambio de prenombre por razón de identidad de género y el cambio de prenombre y apellido por haber sido víctima de desaparición forzada, apropiación ilegal o alteración o supresión del estado civil o de la identidad”¹⁶.

La desaparición forzada tiene un tratamiento específico en el Derecho Internacional, mediante la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Convención de Belém de Pará, de 1994)¹⁷, que en el caso argentino tiene jerarquía constitucional. Ella ofrece una definición de desaparición forzada (art. II):

“[...] la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas

16 El caso previsto parece ser el de una persona que habiendo sido víctima de desaparición forzada a muy corta edad (o incluso siendo todavía “persona por nacer”), haya luego salido de esa situación con una identidad alterada o cambiada, que es lo que se señala inmediatamente a continuación en el mismo artículo. Porque si la persona continúa en situación de desaparición forzada es claro que no podrá pedir su cambio de nombre. De manera que la mención en este artículo a la “desaparición forzada” es al menos superabundante, sino directamente incorrecta, ya que bastaba con la referencia a la apropiación ilegal o alteración de estado civil.

17 Esta Convención fue aprobada por la Argentina por la Ley N° 24.556 (ahora, Ley H-2043), y obtuvo jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22, por medio de la Ley N° 24.820.

que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”¹⁸.

Dejando de lado las aristas penales del tema, en materia civil advertimos que junto al CCC subsisten leyes que se refieren especialmente al caso, y que colocan a los desaparecidos en una situación jurídicamente ambigua, considerándolos vivos, pero tratándolos como fallecidos; y a sus familiares (no denominados herederos sino “causahabientes”) “casi” como herederos¹⁹.

En primer lugar, hallamos la Ley E-1919 (antes, Ley N° 24.321), referida a “toda aquella persona que hasta el 10 de diciembre de 1983, hubiera desaparecido involuntariamente del lugar de su domicilio o residencia, sin que se tenga noticia de su paradero” (art. 1°), que otorga a esa situación un efecto análogo al fallecimiento en su art. 7°:

“Los efectos civiles de la declaración de ausencia por desaparición forzada serán análogos a los prescriptos por la Ley N° 14.394 para la ausencia con presunción de fallecimiento”²⁰.

Una de las particularidades de ese régimen legal es que permite “resucitar” a fallecidos presuntos, ya declarados tales, “reconvirtiéndolos” en desaparecidos (art. 10).

En segundo lugar, encontramos la Ley N° 24.411²¹, actualmente refundida dentro de la Ley H-1778. Esa ley otorgaba el derecho a percibir una

18 En términos muy similares, el art. 2° de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de las Naciones Unidas (aprobada por la Argentina por Ley N° 26.298, ahora Ley O-3016): “[...] se entenderá por ‘desaparición forzada’ el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley”.

19 Me ocupé hace años de esta cuestión en un trabajo denominado “La condición jurídica de ‘desaparecido’ y sus consecuencias en el Derecho Argentino”, *ED* 19-7-1995, que conserva vigencia en lo que se refiere al análisis de la Ley N° 24.321. La situación allí descripta se ha hecho aún más compleja por una serie de leyes posteriores, como las Nros. 25.985, 26.521, 26.564, 27.143 y otras. Remito a esa nota, en homenaje a la brevedad.

20 El legislador no ha tenido en cuenta esta remisión al derogar la Ley N° 14.394. Deberá suponerse que la remisión hay que hacerla ahora al CCC.

21 El Digesto Jurídico presenta en su Anexo II a la Ley N° 24.411 como “no vigente”, por “fusión” con la Ley N° 24.043, dentro de la categoría H (Derecho Constitucional).

indemnización, a personas que “se encuentren en situación de desaparición forzada” (art. 1º). Según el art. 6º de la Ley H-1778²²:

“La persona cuya ausencia por desaparición forzada se hubiera declarado judicialmente en los términos de la Ley N° 24.321, percibirá dicha reparación pecuniaria a través de sus causahabientes”.

De ese texto se deduce sin esfuerzo que para la ley el desaparecido no es considerado fallecido, ni siquiera en forma presunta (situación a la que por lo demás se refiere el art. 5º de la misma norma), sino vivo, aunque sujeto a representación por sus causahabientes. Es más, la norma agrega en forma terminante:

“Bajo pena de nulidad en lo pertinente, en ningún supuesto, el juez interviniente podrá declarar la muerte ni fijar fecha presunta de fallecimiento”.

Los “causahabientes” a los que se legitima para representarlo (concepto distinto del de “derechohabientes”, utilizado en la norma para referirse a los herederos del fallecido comprobado o presunto) no son solamente los herederos, sino también el conviviente que haya mantenido una unión de hecho por dos años previos a la desaparición (art. 10), y que no tiene vocación hereditaria.

Pero contradictoriamente con lo dicho recién, el art. 59 de la Ley E-3079 (de Registro Civil) ordena que “Se inscribirán en los libros de defunciones: [...] d) Las sentencias que declaren la desaparición forzada de personas”.

Es decir que, en materia registral, la desaparición forzada sí se asimila a la defunción.

En el CCC, en cambio, la desaparición forzada no termina la existencia de las personas. Lo que determina un desajuste con la legislación registral, que ciertamente es más realista que las leyes especiales que venimos refiriendo.

El Código no ha previsto tampoco qué efecto tiene la declaración de desaparición forzada sobre el matrimonio del desaparecido (que no se extingue por esa declaración), ni sobre la titularidad o el ejercicio de la responsabilidad parental²³, la tutela o la curatela.

²² Que se corresponde con el art. 4º bis de la Ley N° 24.411, introducido por Ley N° 24.823.

²³ Dado que el régimen especial de la Ley N° 24.321 está acotado a personas desaparecidas antes del 10 de diciembre de 1983 (en cualquier momento anterior a esa fecha), es claro que no quedan hijos menores de edad de esos desaparecidos, ni desaparecidos en la minoridad que puedan estar hoy sujetos a responsabilidad parental.

Las normas sobre ausencia simple (art. 79 y sigs.) y sobre fallecimiento presunto por ausencia, ya analizadas, naturalmente pueden ser aplicadas a casos de desaparición forzada, pero no prevén esa situación en forma específica. Por supuesto, cabe esperar y desear ardientemente que nunca más se produzcan desapariciones forzadas en forma masiva, que requieran una legislación especial. Sin embargo, la posibilidad de que se produzcan nuevas desapariciones forzadas está abierta en los términos de las convenciones internacionales citadas, y de hecho y tristemente se registran casos de tanto en tanto. Se supone que, en estos supuestos, sí debería acudirse al régimen “normal” de declaración de fallecimiento presunto, y que no sería aplicable la valla aparentemente insalvable del art. 6° de la Ley H-1778, que prohíbe en forma terminante declarar muerto a un desaparecido.

7. La prueba de la muerte

Según la regla general del art. 96, CCC, la muerte de las personas ocurrida en la República, cualquiera fuera su nacionalidad, se prueba por medio de las partidas del Registro Civil²⁴.

Pero si se trata de la muerte de personas ocurrida en el extranjero, hay alguna diferencia según se trate o no de argentinos, para quienes se habilitan también los registros consulares. Dice el art. 97:

“El nacimiento o la muerte ocurridos en el extranjero se prueban con los instrumentos otorgados según las leyes del lugar donde se producen, legalizados o autenticados del modo que disponen las convenciones internacionales, y a falta de convenciones, por las disposiciones consulares de la República. Los certificados de los asientos practicados en los registros consulares argentinos son suficientes para probar el nacimiento de los hijos de argentinos y para acreditar la muerte de los ciudadanos argentinos”.

Las normas del CCC deben completarse con las contenidas en las leyes referidas al Registro Civil, que han quedado fuera del Código, por una discutible decisión²⁵. La ley nacional que establece las reglas básicas comunes

24 Esta norma coincide con la del art. 24 de la Ley E-3079: “Ninguna constancia extraída de otro registro que el del estado civil y capacidad de las personas, tendrá validez en juicio para probar hechos o actos que hayan debido inscribirse en él, salvo los documentos que expida el Registro Nacional de las Personas, en ejercicio de sus facultades”.

25 Como es sabido, los redactores del CCC optaron por no incluir en ese cuerpo la totalidad de las normas en materia de Derecho Civil y Comercial, sino que dejaron subsistentes lo que denominaron “microsistemas normativos autosuficientes”, es decir, la mayor parte de las leyes especiales que se habían ido dictando después del viejo Código Civil. En algún caso para

para todo el país (complementadas por las reglas operativas de cada provincia) es la Ley E-3079 (antes, Ley N° 26.413). Porque la organización del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (que el CCC vuelve a llamar simplemente “Registro Civil”) corresponde a cada provincia, sin que exista un registro unificado en todo el país.

Según esa ley (art. 62):

“El hecho de la defunción se probará con el certificado de defunción extendido por el médico que hubiera asistido al fallecido en su última enfermedad y, a falta de él, por otro médico o agente sanitario habilitado al efecto, que en forma personal hubiere constatado la defunción y sus causas”²⁶.

Por lo tanto, la prueba material del hecho jurídico de la muerte es el certificado médico, con los requisitos y las exigencias previstos en la ley del Registro Civil; mientras que la prueba formal es la partida de defunción que asienta el Registro Civil en sus libros (también conforme a las normas de la ley específica), y las copias auténticas o certificados que expide el mismo Registro a pedido de los interesados; que son instrumentos públicos, en los términos del art. 289, CCC.

Del nuevo CCC han desaparecido las normas que contenía el Código de Vélez para algunos supuestos específicos, y cuya subsistencia no se justificaba, además de haber caído en desuso. Me refiero a las reglas para la prueba de la muerte de “militares muertos en combate” (antiguo art. 105) o “dentro de la República o en campaña” (antiguo art. 107); o la excepción prevista en el antiguo art. 106, respecto de “los fallecidos en conventos, cuarteles, prisiones, fortalezas, hospitales o lazaretos”²⁷.

regular materias civiles novedosas, o no contenidas en él; y en otros simplemente porque se extrajo del Código algún tema. El CCC era la oportunidad, al cabo desaprovechada, de reordenar y compaginar ese caos normativo.

26 “El certificado médico de defunción deberá ser extendido de puño y letra, firmado y sellado por el profesional interviniente, con indicación del establecimiento público o privado donde ocurrió el fallecimiento si correspondiere. En lo posible deberá contener: a) El nombre y apellido del fallecido; b) Lugar y fecha de nacimiento; c) Sexo; d) Nacionalidad; e) Domicilio real; f) Tipo y número de documento nacional de identidad del fallecido. Deberá indicarse si estas circunstancias constan por conocimiento propio o de terceros. Asimismo, el profesional certificará la causa inmediata, mediata y originaria de la defunción, o su imposibilidad por desconocimiento, lugar, día, hora, mes y año en que acaeció la defunción, consignando nombre, apellido y número de matrícula del profesional que lo suscribe y lugar, fecha y hora de expedición del certificado. Si el profesional tuviese la imposibilidad de conocer la causa originaria de la defunción deberá consignar expresamente esta circunstancia en el certificado. Si se desconoce la identidad del fallecido, el certificado médico deberá contener el mayor número de datos conducentes a su identificación” (art. 64, Ley E-3079).

27 Dispone la Ley E-3079, art. 61, que están obligados a solicitar la inscripción de los

En cambio, razonablemente se mantiene una previsión genérica para los casos en que no sea posible la prueba ordinaria, habilitando una prueba supletoria. Dice al respecto el art. 98, CCC:

“Si no hay registro público o falta o es nulo el asiento, el nacimiento y la muerte pueden acreditarse por otros medios de prueba”.

La norma es escueta, y ya no menciona específicamente como medios de prueba “otros documentos” o la declaración de testigos, como hacía el derogado art. 108. Aunque va de suyo que tanto la prueba documental como la testimonial (de personas que hayan visto el cadáver) serán pertinentes.

La falta o ausencia de registro puede deberse a la omisión por parte de quienes están obligados a denunciar el fallecimiento (entre ellos: “El cónyuge del fallecido, sus descendientes, sus ascendientes, sus parientes y en defecto de ellos, toda persona capaz que hubiere visto el cadáver o en cuyo domicilio hubiere ocurrido la defunción”²⁸), o a cualquier otra razón. En esos casos, en primer lugar, será menester explicar o demostrar por qué no existe la correspondiente partida, para recién entonces acudir a la prueba supletoria. Se trata de un trámite judicial, que concluirá en la orden del juez para que el fallecimiento sea inscripto en el Registro.

Finalmente, el ya mencionado art. 98, CCC, contiene en un segundo párrafo una norma equivalente al agregado que la Ley N° 14.394 había hecho al antiguo art. 108²⁹, con una redacción más simple:

“Si el cadáver de una persona no es hallado o no puede ser identificado, el juez puede tener por comprobada la muerte y disponer la pertinente inscripción en el registro, si la desaparición se produjo en circunstancias tales que la muerte debe ser tenida como cierta”.

La situación es la que ya estaba contemplada en la norma derogada, por lo que mantienen vigencia las elaboraciones doctrinarias realizadas en su derredor. No se trata de un caso de presunción de fallecimiento, sino

fallecimientos en el Registro Civil, “Los administradores de hospitales, cárceles, o de cualquier otro establecimiento público o privado, respecto de las defunciones ocurridas en ellos”.

28 Ley E-3079, art. 61, inciso a), a quienes se suman los indicados en la nota anterior, y las autoridades de buques o aeronaves de bandera argentina respecto de los fallecimientos ocurridos a bordo de ellos (art. 61, inc. c).

29 Como se sabe, esa norma tuvo como antecedente el hundimiento del “Rastreador Fournier”, ocurrido en los canales fueguinos, cuyos tripulantes fueron declarados muertos por la certeza que había de esa circunstancia (C1ªCivCom La Plata, 20-5-1952, “Bachiega, Amelia s/ sucesión”).

de certeza, que por lo tanto debe estar fundada en razones objetivas³⁰. La declaración de fallecimiento es resultado necesariamente de un proceso judicial (“el juez podrá...”), que culmina en una inscripción realizada en el Registro Civil.

El CCC mantiene el silencio que ya presentaba el Código derogado acerca de quiénes son los legitimados para demandar esta declaración judicial, quién es el juez competente, y otros aspectos procesales. Parece razonable aplicar analógicamente lo que el propio CCC establece para la demanda de declaración de fallecimiento presunto (art. 87).

8. Los efectos de la muerte

El efecto más inmediato y evidente de la muerte es la extinción de la persona y, con ella, de los derechos inextricablemente unidos a la persona misma; y la transmisión de los derechos que sí son transmisibles, como ocurre en general con los derechos patrimoniales. No hay novedad en esto.

Sin embargo, el CCC ha innovado en algunos aspectos específicos. Por ejemplo, en materia del derecho personalísimo a la imagen, al prever una suerte de subsistencia *post mortem*, quedando su custodia a cargo de los herederos, o bien de la persona que el fallecido hubiera designado expresamente con ese fin (art. 53)³¹. La reproducción de la imagen de la persona fallecida sólo es libre después de los veinte años de ocurrido el fallecimiento, pero en tanto ella sea “no ofensiva”, según expresa el mismo artículo. De donde se deduce que la reproducción “ofensiva” (que la ley no define) seguirá estando vedada aún pasado ese término.

Las acciones de familia, como regla, son inherentes a la persona y, por lo tanto, se extinguen con su muerte (art. 713). Así, la acción de nulidad de matrimonio, en principio, caduca con la muerte de alguno de los contrayentes, con las excepciones previstas en el art. 714. Una excepción al menos aparente es la que existe en el caso de la adopción, donde el trámite iniciado en vida del pretense adoptante que fallece, pendiente su resolución, habilita a establecer con él un vínculo adoptivo *post mortem* (art. 605). La acción de filiación que tiene el hijo no reconocido se extingue con su muerte, salvo

30 Es el supuesto de personas atrapadas en alguna situación en la que resulte físicamente imposible la supervivencia, aunque no se haya llegado a ver el cadáver, o a poder identificarlo. Como el caso de los astronautas que abordaron a la vista de una multitud una aeronave que estalló a poco de despegar, o un montañista que hubiera caído en una grieta de hielo de profundidad desconocida, o quien hubiese estado indudablemente a bordo de un avión cuya caída pudo comprobarse, pero sin que se pudieran identificar los restos de sus tripulantes.

31 Ver Navarro Floria, J. G. (2016). *Los derechos personalísimos*. Ob. cit., 189.

que haya muerto en su minoridad o siendo incapaz, en cuyo caso pasa a los herederos (art. 582).

La muerte de uno de los cónyuges extingue el matrimonio (art. 435, inc. a), lo mismo que la sentencia firme que declara el fallecimiento presunto (art. 435, inc. b), como hemos visto, en lo que constituye una innovación respecto del régimen anterior de la Ley N° 14.394.

La muerte de uno de los cónyuges extingue también la comunidad de bienes, si el matrimonio estaba sujeto a ese régimen patrimonial (art. 475, CCC). Y también se extingue ahora esa comunidad en caso de declaración de fallecimiento presunto (en otra diferencia con el régimen derogado de la Ley N° 14.394), con efecto retroactivo al día presuntivo de ese fallecimiento (art. 476). En estos casos, surge el estado de indivisión postcomunitaria, sujeto a las reglas de la indivisión hereditaria (art. 481, primer párrafo).

La muerte comprobada (lo mismo que la sentencia firme que declara el fallecimiento presunto) también pone fin al régimen de unión convivencial (art. 523). En estos casos, no hay herencia, pero sí nace el Derecho Real de habitación por dos años sobre la vivienda común en cabeza del conviviente supérstite, en los términos del art. 527.

Las obligaciones alimentarias también se extinguen por la muerte del alimentado, o del alimentante (art. 554); y más importante, se extingue también la responsabilidad parental tanto por muerte del menor como del progenitor (art. 699). La muerte de uno de los progenitores obliga al sobreviviente a hacer inventario de los bienes de los cónyuges o convivientes, en beneficio de los hijos, con pena de multa (art. 693).

La muerte comprobada extingue la curatela del ausente (art. 84). La muerte del tutor o del pupilo extingue la tutela (art. 135). La muerte del adoptante habilita una nueva adopción de quien ha quedado así huérfano si todavía es menor de edad (art. 599). La muerte del albacea extingue el albaceazgo (art. 2531).

El fallecimiento produce la caducidad de las acciones para impugnar los actos que hubiera realizado la persona afectada en su capacidad mental, salvo los casos previstos en el art. 46.

En materia de obligaciones patrimoniales, aunque la regla es la transmisión de derechos, según sea la naturaleza o modalidad de la obligación, el fallecimiento del acreedor o del deudor puede tener diversos efectos, en una variedad de supuestos que no podemos analizar aquí de manera pormenorizada³². El art. 356, CCC, reproduce con variantes de redacción las reglas que ya traía el art. 562 del viejo Código en materia de obligaciones con cargo y el efecto sobre ellas de la muerte del obligado a ejecutar el cargo.

³² Ver, por ejemplo, arts. 843, 849, 891, 976.

La muerte de quien es parte en un contrato afecta de diversas maneras las obligaciones que resultan de él, según la naturaleza del contrato.

Así, la muerte del poderdante o del apoderado extingue el mandato (art. 1329)³³, salvo la primera en los casos de mandato irrevocable (previsto en el art. 380, inc. b). Pero no extingue, por ejemplo, la locación, salvo previsión expresa en ese sentido (art. 1189)³⁴. En el contrato de obra la muerte del comitente resulta indiferente, salvo que haga inútil o imposible la ejecución (art. 1259); pero la muerte del contratista en principio sí extingue el contrato (art. 1260). La muerte de cualquiera de las partes produce el cierre de la cuenta corriente (art. 1441), lo mismo que la del cuentacorrentista en la cuenta corriente bancaria (art. 1404). La muerte del agente pone fin al contrato de agencia (art. 1494), con derecho para los herederos de una compensación por la clientela (art. 1497). El contrato de franquicia se extingue por la muerte de cualquiera de las partes (art. 1522). La muerte del comodatario extingue el comodato, salvo previsión expresa en contrario o la circunstancia prevista en el art. 1541. El fideicomiso puede durar en ciertos casos hasta la muerte del beneficiario (art. 1668). El rol del fiduciario persona humana se extingue con su muerte y no pasa a los herederos (art. 1678). Obviamente, la muerte del beneficiario de una renta vitalicia la extingue (art. 1606).

Una novedad del CCC aparece en materia de donaciones. La donación debe ser aceptada en vida del donante, y caduca por la muerte de éste si no hubiese sido ya aceptada.

Otros contratos, en principio, continúan más allá de la muerte de alguna de las partes, sin perjuicio de que el propio contrato pueda haber previsto algo diverso³⁵.

En materia de Derechos Reales, se mantiene la regla según la cual el usufructo se extingue por la muerte del usufructuario (arts. 2140 y 2152), lo mismo que el derecho de habitación (art. 2160) y las servidumbres personales (arts. 2172 y 2182).

Fuera de esos casos, la regla es la transmisión de los derechos patrimoniales a los herederos, según se prevé en el Libro V del CCC (arts. 2277 y sigs.).

El CCC no contiene ninguna previsión respecto del efecto de la muerte sobre lo que podríamos denominar “relaciones digitales” o “bienes digitales”.

33 El art. 1333 contiene las reglas para los herederos de mandante o mandatario en estos supuestos.

34 La locación puede ser continuada por los herederos del locatario, pero también y con preferencia sobre ellos por quien convivía con el locatario fallecido en una relación de trato familiar ostensible (art. 1190).

35 La continuidad está expresamente prevista en el caso de las uniones transitorias de empresas (art. 1469) y de consorcios de cooperación (art. 1478).

Fallecida una persona, ¿qué ocurre con sus perfiles o sitios en las redes sociales, y con toda la información contenida en ellos, con las “identidades virtuales”, “avatares” o similares que la persona hubiera construido en vida? ¿Pueden los herederos disponer de ellos, hay alguna obligación para las empresas que los administran (llámese Facebook, Google, LinkedIn o cualquier otra)? ¿Deben esos datos ser eliminados, o pueden permanecer otorgando al muerto una suerte de inmortalidad virtual? Y en este último caso, ¿deben quedar cristalizados, o pueden ser modificados por alguien, y en ese caso, por quién? ¿Qué persona que use con frecuencia redes sociales, no ha recibido en algún momento la invitación a “hacerse amigo” o relacionarse con alguien que sabe ya fallecido, pero que el robot que maneja la red sigue teniendo como miembro de ella?

Es ocioso decir que no tengo respuestas para esas preguntas, pero que bien hubieran merecido, o merecerían en el futuro, la atención del legislador³⁶.

9. Obligaciones que nacen por la muerte de una persona

Así como la muerte produce la extinción de algunas relaciones jurídicas, y la transmisión de otras, puede también originar obligaciones nuevas. Obviamente no en cabeza del muerto, pero sí en la de otras personas.

La muerte de la víctima de un acto ilícito legitima a sus herederos (damnificados indirectos) para obtener la indemnización de los daños no patrimoniales, legitimación de la que, en caso contrario, en principio carecen (art. 1741, CCC)³⁷.

También, si la muerte ha sido consecuencia de un acto ilícito, el CCC ha regulado con mayor precisión las indemnizaciones debidas. Mejorando notoriamente las reglas que antes contenían los arts. 1084 y 1085 del Código derogado, dice el art. 1745, CCC:

“Indemnización por fallecimiento. En caso de muerte, la indemnización debe consistir en:

36 Sobre estas cuestiones y otras conexas, puede verse el interesantísimo artículo de Ziccardi, G. “La ‘morte digitale’, le nuove forme di commemorazione del lutto online e il ripensamento delle idee di morte e d’immortalità”. En *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 19/2017 ISSN 1971- 8543.

37 Una novedad del CCC es que el mismo efecto produce la “gran discapacidad” del damnificado directo, situación que no estaba prevista en el anterior Código, aunque sí había sido admitida en algunos casos por la jurisprudencia.

- a. los gastos necesarios para asistencia y posterior funeral de la víctima. El derecho a repetirlos incumbe a quien los paga, aunque sea en razón de una obligación legal;
- b. lo necesario para alimentos del cónyuge, del conviviente, de los hijos menores de veintiún años de edad con derecho alimentario, de los hijos incapaces o con capacidad restringida, aunque no hayan sido declarados tales judicialmente; esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado indirecto; el juez, para fijar la reparación, debe tener en cuenta el tiempo probable de vida de la víctima, sus condiciones personales y las de los reclamantes;
- c. la pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos; este derecho también compete a quien tenga la guarda del menor fallecido”.

Las reglas así expresadas reflejan en buena medida lo que ya venía reconociendo la jurisprudencia. En cada caso se precisa quién es el legitimado para recibir la indemnización, en calidad de damnificado indirecto.

Se trata de daños que se presumen por el hecho de la muerte injusta de la víctima del acto ilícito. Los damnificados tienen derecho a la indemnización *iure proprio*, y no *iure hereditatis*. Es de notar que, en este caso, las pautas de apreciación para cuantificar el monto indemnizatorio son amplias, y no estrictamente matemáticas, como en el caso de la indemnización por incapacidad que se contempla en el artículo siguiente (1746). Esto es porque se ha asentado el criterio de que la vida humana no tiene un valor intrínsecamente económico, sino que integra valores materiales y espirituales. Por lo que su privación injusta demanda una reparación que no está atada a cálculos matemáticos acerca de la productividad del fallecido.

Una de las novedades normativas del CCC es la ampliación de la legitimación activa de los damnificados indirectos para reclamar la indemnización del daño no patrimonial derivado de la muerte, antes limitada a los herederos forzosos (viejo art. 1078), mientras que ahora el art. 1741, CCC, expresa:

“Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible”.

El último concepto mencionado parece ir más allá del “conviviente” unido en una unión convivencial formal y registrada y extenderse a otras personas.

La muerte de la víctima de un ilícito también produce el efecto de transmitir a los herederos la acción para la reparación de las “consecuencias no patrimoniales” (reparación del daño espiritual, al proyecto de vida, a los derechos personalísimos) que había sufrido el muerto; pero esto únicamente ocurre si el fallecido había promovido la demanda en vida (tal como dice el segundo párrafo del art. 1741).

10. La previsión de la propia muerte

La muerte es inexorable, y por ende cualquier persona que sabe que tarde o temprano se enfrentará a ella puede tomar previsiones al respecto.

Por lo pronto, puede otorgar testamento, como expresión de última voluntad para tener efecto después de la muerte. En principio toda persona puede hacerlo (arts. 2462 y sigs.), porque aun teniendo herederos forzosos o legitimarios siempre existe una porción disponible, que ha aumentado en el CCC. Además de otras múltiples posibilidades que ofrece el testamento para la distribución de la herencia y la formalización de otros actos.

La previsión de la muerte inminente permite aliviar las formalidades en la celebración del matrimonio, para que éste pueda ser realizado (art. 421, CCC).

El CCC ha expandido el concepto de los actos de última voluntad. No solamente caben dentro de él los testamentos en sentido estricto, dirigidos a la designación de herederos o la distribución del patrimonio para después de la muerte del causante, sino que se admite expresamente la existencia de previsiones respecto del propio cuerpo (como veremos en seguida) y también de derechos personalísimos, como la propia imagen (art. 53), además de mantenerse esta forma como idónea para el reconocimiento de hijos (art. 571, CCC, que reproduce el texto del derogado art. 248).

Dentro de las previsiones en materia patrimonial sigue estando contemplada la posibilidad de destinar todo o parte del patrimonio a la constitución de una fundación por actos de última voluntad (art. 193, CCC).

Así como la Ley N° 14.394 preveía la constitución de un “bien de familia” por disposición testamentaria, el CCC prevé la afectación de un inmueble al régimen de protección de la vivienda organizado a partir del art. 244 por acto de última voluntad.

11. Exequias y destino del cadáver

El cuerpo humano, antes o después de la muerte, está como regla fuera del comercio (art. 17) y no puede ser objeto de actos jurídicos (art. 1004).

El CCC, en el capítulo dedicado a los derechos personalísimos, trae una norma que recoge algunos principios ya antes establecidos por la doctrina y la jurisprudencia³⁸. Dice el art. 61:

“Exequias. La persona plenamente capaz puede disponer, por cualquier forma, el modo y circunstancias de sus exequias e inhumación, así como la dación de todo o parte del cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar. Si la voluntad del fallecido no ha sido expresada, o ésta no es presumida, la decisión corresponde al cónyuge, al conviviente y, en su defecto, a los parientes según el orden sucesorio, quienes no pueden dar al cadáver un destino diferente al que habría dado el difunto de haber podido expresar su voluntad”.

Hay en la norma un reconocimiento implícito de que el cadáver, no siendo ya una persona, tampoco es una “cosa” (en el sentido de objeto con valor económico); y que al menos merece una consideración especial en homenaje a la persona que lo habitó³⁹.

La norma llena un vacío legal, tal como propusieron hacerlo anteriores proyectos de reforma del Código Civil⁴⁰.

La posibilidad de disponer respecto del propio cadáver para después de la muerte está restringida a quienes son “plenamente capaces”. Esto parece excluir no solamente a los incapaces, sino a quienes tienen “capacidad restringida” aunque fuera en mínima medida (art. 32), a los inhabilitados por prodigalidad (art. 48), y a los adolescentes mayores de dieciséis años, que sin embargo son habidos por adultos para decidir sobre su cuerpo en vida (art.

38 Ver sobre este punto Navarro Floria, J. G. (2016). *Los derechos personalísimos*. Ob. cit., 107.

39 Ver al respecto: Navarro Floria, J. G. (marzo 2013). “Disposición de un cadáver: problemas jurídicos y religiosos”. *ED* 251-407. El cadáver o los restos humanos reciben también una protección específica del Derecho Penal. El art. 171 del Código Penal dispone: “Sufrirá prisión de dos a seis años, el que substrajere un cadáver para hacerse pagar su devolución”. La figura está colocada inmediatamente después del secuestro extorsivo (art. 170) que tiene como víctima a una persona viva.

40 El Proyecto de 1936 preveía: “[...] no habiendo disposiciones del causante, relativas a su cadáver, las adoptará el cónyuge supérstite si lo hubiere, y, en su defecto, los descendientes y ascendientes por el orden en que son llamados a la sucesión. Podrá modificarse este criterio si concurriesen motivos especiales, que apreciará el juez” (art. 1979). El anteproyecto de 1954 decía que a falta de disposición del causante, decidiría el cónyuge supérstite, y en defecto de éste, los demás herederos, pero ninguno de ellos podría dar al cadáver un destino reprobado por los principios religiosos del difunto (art. 74). El proyecto de 1998 disponía: “[...] si no se expresa la voluntad del fallecido, la decisión corresponde al cónyuge no separado judicialmente, y en su defecto a los parientes en el orden sucesorio, quienes no pueden dar al cadáver un destino contrario a los principios religiosos” (art. 116).

26). Esto parece contradictorio con el principio general de excepcionalidad a las restricciones a la capacidad que asume el propio CCC en los arts. 31 y siguientes.

El acto de disposición del cadáver no está sujeto a formalidad alguna. Puede tener la forma testamentaria, haberse expresado por escrito, o aun verbalmente, más allá de la dificultad probatoria que ello implica. En todo caso, la ley presenta una sucesión de posibilidades:

- a) que haya existido una voluntad expresa de la persona, que debe ser respetada en tanto no contraríe de manera ostensible la moral, las buenas costumbres o la salud pública;
- b) que pueda conocerse una voluntad presunta. Por ejemplo, si la persona en vida compró una parcela en un cementerio; o si venía pagando las cuotas de una mutual que administra un cementerio: en esos casos puede presumirse que su voluntad era ser inhumado allí;
- c) que a falta de voluntad expresa o presunta decidan las personas indicadas en la norma, pero en todo caso sin contrariar lo que puede pensarse que hubiera deseado el difunto. En ese supuesto, era más explícito el proyecto de 1998, que expresaba que los parientes “no pueden dar al cadáver un destino contrario a los principios religiosos del difunto”. No hubiera sido ocioso mantener esa mención, coincidente con lo que también era pauta jurisprudencial⁴¹.

La falta de previsión por la propia persona traslada la decisión a quienes le hayan sobrevivido. En este caso, el CCC ha optado por un orden de prelación diferente al seguido en el tema de la disposición de órganos cadavéricos para trasplantes (art. 20, Ley ASA-1856, ex N° 24.193), ya que si bien coincide en dar prioridad al cónyuge o conviviente, luego remite al orden sucesorio.

La prioridad del cónyuge en general había sido ya reconocida por la jurisprudencia, en el bastante clásico conflicto entre el (último) cónyuge del fallecido y sus hijos habidos en un matrimonio previo, u otros parientes. La equiparación del cónyuge al conviviente es una constante en el CCC, que sin embargo deja abierta una duda. Desde que el CCC ha legislado acerca de las uniones convivenciales (arts. 509 al 528) no queda claro si cuando habla de “conviviente” hace referencia a quien cumple los requisitos propios de esa unión, o al mero conviviente, aunque no haya mediado pacto expreso ni antigüedad en el vínculo para tenerla por configurada.

41 CNCiv., Sala E, 4-4-2001, “Krasucki”, LL 9-10-2001 (fallo 102.704).

La norma no ha previsto la posibilidad de que el causante haya designado a una persona para decidir acerca del destino de su cadáver. Teniendo en cuenta que el propio Código prevé la posibilidad de nominar a alguien para custodiar la imagen luego de la muerte de la persona (art. 53) o para tomar decisiones médicas en su nombre (art. 60), parece que debería admitirse esa posibilidad. En tal caso, el así designado tendría prevalencia sobre los parientes, dado que estaría expresando la voluntad de la propia persona, que es el primer criterio a considerar. Ocuparse del destino de los restos del causante puede ser una de las atribuciones conferidas al albacea en el testamento (art. 2523, CCC).

Vale la pena recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha producido una rica jurisprudencia acerca de la relevancia para las personas, familias y comunidades, del destino de los cadáveres de sus seres queridos, y la necesidad de preservar y respetar las creencias sociales y religiosas al respecto, los ritos y tradiciones. Dijo la Corte:

“La Convención Americana no contempla explícitamente el derecho de ‘enterrar a los muertos’. La Corte Interamericana ha abordado este tema no como un derecho sustantivo, sino en el marco de las reparaciones en casos de desapariciones forzadas, principalmente, como consecuencia de la vulneración de algún otro derecho que sí esté previsto en la Convención. Así, por ejemplo, el Tribunal ha ordenado que, de encontrarse los restos de una persona desaparecida, éstos sean entregados a sus familiares y que el Estado cubra los gastos funerales o de sepultura”⁴².

En otros casos, el Tribunal se ha referido a la imposibilidad de enterrar a los muertos como un hecho que incrementa el sufrimiento y la angustia de los familiares, lo cual puede ser considerado en las reparaciones para determinar un monto como indemnización inmaterial a favor de ellos⁴³. Particularmente, la Corte ha considerado que la imposibilidad de enterrar a los muertos en los lugares y de acuerdo a los rituales propios de las religiones indígenas constituye una violación grave a los derechos a la identidad y a la libertad religiosa⁴⁴.

La Ley de Trasplantes (Ley ASA-1856, ex N° 24.193), más allá de las previsiones específicas referidas a las condiciones para la ablación de órga-

42 Caso “La Cantuta vs. Perú”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 232, y Caso “González Medina y familiares vs. República Dominicana”, párr. 291.

43 Caso “Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala”. Reparaciones y Costas, párr. 87.a, y Caso de la “Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala”, §§ 226 y 292.

44 Corte IDH. Caso “Masacres de Río Negro vs. Guatemala”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250.

nos provenientes de un cadáver, se ha preocupado también de la protección y del cuidado que merecen los restos remanentes, mediante una serie de indicaciones que bien pueden ser analógicamente aplicadas en otras circunstancias en que no haya existido necesariamente ablación para trasplante. Dice en su art. 25:

“El establecimiento en cuyo ámbito se realice la ablación estará obligado a: a) Arbitrar todos los medios a su alcance en orden a la restauración estética del cadáver, sin cargo alguno a los sucesores del fallecido; b) Realizar todas las operaciones autorizadas dentro del menor plazo posible, de haber solicitado los sucesores del fallecido la devolución del cadáver; c) Conferir en todo momento al cadáver del donante un trato digno y respetuoso”.

El descanso del cadáver luego de la inhumación en principio debe ser respetado. Sin embargo, el CCC ha previsto el caso de que exista una acción de filiación en la que fuera necesario realizar una prueba genética, que requiere de material genético del presunto progenitor fallecido. En ese caso, el material genético puede ser obtenido de los padres de éste o, a falta de él, del cadáver del fallecido que será exhumado a esos efectos (art. 580). Es el juez quien decide entre esas alternativas.

Hay aquí una opción, en un caso de conflicto de derechos: el derecho del pretense hijo a conocer su filiación, vinculado al derecho a la identidad, *versus* el derecho de la familia a preservar el reposo del fallecido y la integridad del cadáver. La ley hace prevalecer el derecho a la identidad de quien demanda la filiación.

La jurisprudencia también ha admitido hacer excepción a la prohibición genérica de exhumar cadáveres, contenida en normas municipales, cuando tiene por objeto su traslado para facilitar “el culto por parte de los deudos”⁴⁵. Obviamente, la exhumación también es posible por orden judicial, si es indispensable para una investigación criminal (por ejemplo, para practicar una autopsia).

Para la inhumación, además de las normas provinciales e incluso municipales en materia de higiene y policía mortuoria, rigen las disposiciones pertinentes de la Ley E-3709, que no ha sido modificada por el CCC, a saber:

“Artículo 67.- La licencia de inhumación o cremación será expedida por el oficial público del Registro Civil, teniendo a la vista el acta de defunción, salvo orden en contrario emanada de autoridad competente.

Artículo 68.- Para autorizar la sepultura o cremación de un cadáver el encar-

45 CNCiv., Sala I, 29-6-1999, “Pereira, Rosa”, ED 14-3-2000 (fallo 49.907).

gado del cementerio o crematorio, en su caso, exigirá licencia de inhumación o cremación expedida por la autoridad del Registro Civil de la localidad donde se produjo el fallecimiento. De igual forma se procederá cuando se requiere el traslado de cadáveres a otra localidad para inhumación o cremación.

Artículo 69.- Cuando medien razones de urgencia o imposibilidad práctica para registrar un fallecimiento, se extenderá la licencia correspondiente siempre que se haya acreditado la defunción con el certificado médico. La inscripción se registrará dentro de los dos (2) días hábiles subsiguientes al otorgamiento de la licencia.

Artículo 70.- Cuando el fallecimiento hubiere ocurrido por causa traumática, deberá tomar intervención la autoridad judicial competente, la que dispondrá el destino transitorio o final de los restos, debiendo comunicar esta circunstancia mediante oficio con transcripción del auto que lo disponga, al Registro Civil, para la posterior expedición de la licencia que corresponda”.

12. Los cementerios y las sepulturas

Una importante novedad del CCC es la creación del Derecho Real de sepultura, así denominado en el art. 2112 CCC, que establece:

“Derecho Real de sepultura. Al derecho de sepultura sobre la parcela se le aplican las normas sobre Derechos Reales”.

Sin embargo, en el elenco de Derechos Reales del art. 1887, CCC, no se menciona el “Derecho Real de sepultura”, sino el de “cementerio privado”, que el art. 1888 caracteriza como “Derecho Real sobre cosa propia o parcialmente propia”.

En el art. 2112 arriba transcrito hay una notoria ambigüedad, porque no dice que el derecho de sepultura sea efectivamente un Derecho Real, sino que “se le aplican las normas” de los Derechos Reales. Sin embargo, el acápite del artículo sí habla explícitamente de un “Derecho Real de sepultura”, que no está mencionado como tal en el art. 1887 ni en el art. 1888. ¿Se trata de un “Derecho Real no enumerado”, contraviniendo el principio básico del *numerus clausus* en materia de Derechos Reales? ¿Se trata de un derecho personal otorgado al titular de una parcela, en el marco del “Derecho Real de cementerio privado”, que tendría por objeto al cementerio en su conjunto?

El art. 2112 está contenido en un capítulo formado por los arts. 2103 al 2113, dedicado a los cementerios privados, que son, a su vez, una subespecie de los “conjuntos inmobiliarios” a los que se dedica el Título VI del Libro IV del CCC. Los “conjuntos inmobiliarios” están definidos y enumerados en

el art. 2073, que, sin embargo, omite mencionar a los cementerios. Estos conjuntos inmobiliarios han sido legislados como una subespecie de la propiedad horizontal, cuyas reglas les son aplicables (art. 2075, CCC). Hay que decir que las reglas generales sobre conjuntos inmobiliarios (arts. 2073 al 2086) parecen pensadas para otros supuestos, y no para cementerios⁴⁶. La inadecuación del sistema de propiedad horizontal a los cementerios privados ya había sido advertida por la doctrina: a diferencia de lo que ocurre en la propiedad horizontal general, y en la especial aplicada a barrios cerrados, parques industriales y emprendimientos similares, el adquirente de una sepultura no tiene ningún interés en integrar un consorcio, o involucrarse en la administración del conjunto⁴⁷.

¿Cuál es, entonces, el objeto de este Derecho Real? ¿El cementerio privado en su conjunto, como podría pensarse a partir del art. 1887, o cada sepultura individual, como podría deducirse del art. 2112? ¿Existe un Derecho Real de sepultura sobre los sepulcros existentes en cementerios públicos (estatales)? ¿Se aplican a esas sepulturas las reglas del capítulo pertinente del CCC, o solamente se rigen por las normas del Derecho Administrativo, con exclusión de las civiles? Es difícil saberlo.

Cementerios privados, según define el art. 2103, son “los inmuebles de propiedad privada afectados a la inhumación de restos humanos”.

La afectación se realiza por medio de una escritura pública otorgada por el propietario e inscrita en el Registro de la Propiedad, juntamente con el “reglamento de administración y uso del cementerio”, a lo que debe seguir la habilitación por parte de la autoridad municipal (art. 2104). A partir de esa habilitación, el cementerio no puede ser gravado con Derechos Reales de garantía ni ver alterado su destino, que se presenta como perpetuo porque el Código no ha previsto una posible desafectación. Hasta aquí parece estar siendo considerado el cementerio como un todo.

El art. 2105 establece los contenidos mínimos que deberán incluirse en el reglamento “de administración y uso” (que no se llama “de propiedad”, como en el caso de la propiedad horizontal, lo que parece dar a entender que el derecho que se adquiere sobre las parcelas del cementerio no se asimilaría al de dominio, sino al de uso).

46 Este título no existía en el Proyecto de 1998, que como se sabe fue base del proyecto que dio origen al CCC. Aquél se limitaba a mencionar los cementerios privados en el art. 2029, diciendo: “Los clubes de campo, parques industriales, barrios o cementerios privados, centros de compras, y entidades similares, pueden sujetarse al régimen de los derechos personales o de la propiedad horizontal”. El texto sancionado coincide con el Anteproyecto de la comisión redactora de 2012, que no sufrió cambios en el iter legislativo.

47 Conf. De Reina Tartièrre, G. (2014). “Las denominadas nuevas formas de dominio: revisión conceptual y perspectivas de futuro”. *ED*, 51, y sus citas.

Esa misma conclusión se extrae del art. 2111, que define como “relación de consumo” a la que se establece “entre el propietario y el administrador del cementerio privado con los titulares de las parcelas”.

Hay entonces tres sujetos distintos:

- a) el propietario del cementerio privado, entendido como conjunto inmobiliario (donde parece haber un Derecho Real sobre cosa propia), que podría ser transferido como tal, “en bloque”, conservando intacto su destino. Este propietario podría ser una persona humana o jurídica, y nada parece impedir que sea un sujeto plural (copropietarios o condóminos). La ley no ha previsto reglas para supuestos tales como la quiebra del propietario, su muerte sin dejar herederos en caso de personas humanas, o su disolución en caso de personas jurídicas, y el destino que habrá de correr en esos casos el cementerio del que era propietario;
- b) el administrador, que podría ser o no el propietario, y que tiene obligaciones específicas impuestas por la ley (arts. 2106 y 2109); entre ellas, llevar el registro de inhumaciones. Pero a diferencia de la propiedad horizontal, donde el administrador es designado por el conjunto de los propietarios de unidades reunidos en asamblea (art. 2066), en este caso no está claro cómo es elegido, sobre todo porque el Código no prevé ni menciona una “asamblea” de propietarios de sepulturas. La designación del administrador pareciera ser prerrogativa del propietario del cementerio, aunque habrá que estar a lo que diga el Reglamento;
- c) el “titular del Derecho Real de sepultura”, que como vimos es definido como un Derecho Real autónomo pero que se asimila más al derecho de uso que al derecho de dominio (o incluso al del titular de unidades de propiedad horizontal). Aunque es claro que el Derecho Real de uso se extingue precisamente con la muerte de su titular (arts. 2152 y 2155, CCC), lo que será absolutamente antifuncional en el caso del derecho de sepultura⁴⁸. El derecho del titular tiene como contraprestación el pago de un “canon por administración y man-

48 Cabe suponer que si alguien ha adquirido una parcela en un cementerio privado, probablemente lo hiciera con la intención de ser sepultado en ella, lo que no podría ocurrir si su derecho sobre la parcela se extingue a su fallecimiento. Tampoco parece necesaria ni oportuna para el Derecho Real de sepultura la restricción del art. 2154, según la cual el derecho de uso sólo puede constituirse a favor de persona humana: una institución podría razonable y legítimamente adquirir parcelas en un cementerio privado para construir un panteón destinado a sus asociados, tal como históricamente ha ocurrido en los cementerios públicos.

tenimiento” (art. 2105, inc. c)⁴⁹, pagado periódicamente o por única vez a perpetuidad, lo que refuerza la idea de estar ante un Derecho Real sobre cosa ajena. La ley no aclara si este derecho de sepultura (sobre las parcelas individuales) es objeto de inscripción registral independiente, aunque la lógica indicaría que sí, por lo que las leyes registrales deberían preverlo.

El “titular del derecho de sepultura” tiene varios derechos reconocidos (art. 2107); entre ellos, inhumar y exhumar restos humanos, cumpliendo “la normativa dictada al respecto” (se supone que municipal), construir sepulcros cumpliendo “las normas de construcción” (que podrán estar contenidas en el reglamento, en las ordenanzas municipales o en ambas), acceder al cementerio y a la parcela, y “utilizar los oratorios, servicios, parque e instalaciones y lugares comunes según las condiciones establecidas” (se supone que en el reglamento); y otros tantos deberes (art. 2108).

Los “sepulcros afectados a su destino” están excluidos de la garantía común de los acreedores, salvo por deudas derivadas de su adquisición, construcción o reparación (art. 744). Esto los convierte en inembargables e inejecutables. Esta regla está establecida con carácter general y no está limitada a las parcelas existentes en cementerios privados, sino que se aplica también a los sepulcros en cementerios públicos. Respecto de los sepulcros en cementerios privados, en el capítulo específico se repite la norma con alguna variante (art. 2110):

“Las parcelas exclusivas destinadas a sepultura son inembargables, excepto por: a. los créditos provenientes del saldo de precio de compra y de construcción de sepulcros⁵⁰; b. las expensas, tasas, impuestos y contribuciones correspondientes a aquéllas”.

Fuera de la ejecución forzada, en principio vedada, ¿es transmisible el Derecho Real de sepultura? No habiendo prohibición expresa, parece que sí. La transmisión entre vivos podría ser gratuita u onerosa. Sin embargo, el CCC no exige que haya reglas para la transmisión en el reglamento (art. 2105), ni ha mencionado entre los derechos del titular el de transferir las parcelas (art. 2107). En cambio, sí se prevé la posibilidad del “abandono” de

49 El “canon” es así llamado en el art. 2105, pero el art. 2108 habla de “cuota de servicio para el mantenimiento y funcionamiento del cementerio”, y el art. 2110, de “expensas”. Cabe suponer que se habla siempre de lo mismo, por lo que no se entiende la diversidad de nombres.

50 Si se considera la norma del art. 2110 como una norma especial (para sepulcros en cementerios privados) respecto de la norma general del art. 744, habría que decir que el crédito por gastos de reparación no habilita el embargo en este caso, lo que no tiene demasiada lógica.

la sepultura (art. 2105, inc. f), cuya consecuencia no es prevista por la ley sino deferida al reglamento, que es de naturaleza privada.

Respecto de la transmisión *mortis causa*, cabe advertir que en otra parte del CCC se dispone que los derechos sobre los sepulcros no estén comprendidos en las cesiones de herencia (art. 2303), salvo convención en contrario⁵¹. Esta norma no se refiere en particular a las sepulturas en cementerios privados, sino a los sepulcros en general, incluyendo los existentes en cementerios públicos sobre los que puede existir un derecho de propiedad en sentido amplio⁵², pero parece que incluye también a aquellas.

Para concluir con lo referido a los cementerios privados, cabe traer a colación lo dispuesto en el art. 2113, CCC, de manera innecesaria por lo obvio:

“Normas de policía. El administrador, los titulares de sepulturas y los visitantes deben cumplir con las leyes, reglamentos y demás normativas de índole nacional, provincial y municipal relativas a la policía mortuoria”.

En relación a los sepulcros (todos ellos, sea en cementerios privados o públicos) subsiste en el CCC una norma curiosa, aunque no novedosa. Es el art. 1951, que define los tesoros, tema que tanto había preocupado a Vélez Sarsfield:

“Es tesoro toda cosa mueble de valor, sin dueño conocido, oculta en otra cosa mueble o inmueble. No lo es la cosa de dominio público, ni la que se encuentra en una sepultura de restos humanos mientras subsiste esa afectación”⁵³.

En relación a los sepulcros, cabe recordar la jurisprudencia que admitía su adquisición mediante usucapión, considerando que el principal acto posesorio idóneo para esa prescripción adquisitiva es la posesión del título de la bóveda en cuestión, a los que se añaden el hecho de haber inhumado familiares en ella, pagado reparaciones o mantenimiento, contratado un

51 Es una norma novedosa como tal, ya que como es sabido Vélez había omitido regular la cesión de herencia en su Código, pero que coincide con lo que en general postulaba la doctrina.

52 Normalmente se trata de concesiones administrativas por muy largo plazo, pero en algunos casos (como en el cementerio de la Recoleta, en Buenos Aires) existe verdadero derecho de dominio. En un conocido fallo, la Corte Suprema estableció que el derecho sobre un sepulcro integra el derecho de propiedad en sentido amplio protegido por la Constitución (“Bourdieu, P. c/ Municipalidad de la Capital”, 16-12-1955, *Fallos*: 145:307).

53 En el Código de Vélez (art. 2551) el concepto era ligeramente distinto: no eran tesoro “los objetos que se encuentren en los sepulcros, o en los lugares públicos, destinados a la sepultura de los muertos”.

cuidador, entre otros⁵⁴. Este criterio jurisprudencial debe reputarse subsistente en el CCC, donde la regla es la prescriptibilidad de los derechos (art. 2536). Si bien originalmente fue elaborado en relación a los sepulcros en cementerios públicos, no se ve motivo para no hacerlo extensivo al Derecho Real de sepultura en cementerios privados.

13. Reflexiones finales

La muerte se ha convertido en la sociedad occidental contemporánea en algo obscuro, en el sentido literal del término: algo que no debe ser mostrado, que conviene ocultar, que es socialmente inapropiado mencionar. Sin embargo, nada hay más inexorable y, por lo mismo, más humano. Por lo tanto, no sólo es razonable, sino que es indispensable que el Derecho se ocupe de ella.

Lo que se haga con los muertos, y cómo se lo haga, es algo muy significativo, preñado de sentido ético y religioso. Lo pone de manifiesto una reciente Instrucción de la Iglesia Católica, aprobada por el Papa Francisco:

“Enterrando los cuerpos de los fieles difuntos, la Iglesia confirma su fe en la resurrección de la carne, y pone de relieve la alta dignidad del cuerpo humano como parte integrante de la persona con la cual el cuerpo comparte la historia. No puede permitir, por lo tanto, actitudes y rituales que impliquen conceptos erróneos de la muerte, considerada como anulación definitiva de la persona, o como momento de fusión con la Madre naturaleza o con el universo, o como una etapa en el proceso de reencarnación, o como la liberación definitiva de la ‘prisión’ del cuerpo.

Además, la sepultura en los cementerios u otros lugares sagrados responde adecuadamente a la compasión y el respeto debido a los cuerpos de los fieles difuntos, que mediante el Bautismo se han convertido en templo del Espíritu Santo y de los cuales, ‘como herramientas y vasos, se ha servido piadosamente el Espíritu para llevar a cabo muchas obras buenas’. [...] (L)a Iglesia considera la sepultura de los muertos como una obra de misericordia corporal.

Por último, la sepultura de los cuerpos de los fieles difuntos en los cementerios u otros lugares sagrados favorece el recuerdo y la oración por los difuntos por

54 Conf. CNCiv., Sala L, 8-6-2006, “F. de Z., M. A. c/ V. de R., A. s/ prescripción” (exp. 85053/98); C2°CC La Plata, Sala I, 29-5-1986, “Gómez c/ Gil”, ED 139-652; y antes CNCiv. en pleno, “Viana”, LL 27-657. Ello a pesar de señalada doctrina que negaba la posibilidad de prescripción adquisitiva en este ámbito (Marienhoff, M. “Imprescriptibilidad de los sepulcros existentes en cementerios estatales”. LL 1990-D-973), controvertida por otros importantes autores (conf. Alterini, J. “Prescripción adquisitiva del *ius sepulcri*”. ED 139-650).

parte de los familiares y de toda la comunidad cristiana, y la veneración de los mártires y santos. Mediante la sepultura de los cuerpos en los cementerios, en las iglesias o en las áreas a ellos dedicadas, la tradición cristiana ha custodiado la comunión entre los vivos y los muertos, y se ha opuesto a la tendencia a ocultar o privatizar el evento de la muerte y el significado que tiene para los cristianos”⁵⁵.

Pueden compartirse o no esas creencias, pero su exposición demuestra en todo caso el significado profundo de las decisiones que las personas tomen en esta materia. El Derecho debería facilitar el cumplimiento de los deberes de piedad, respetar la autonomía de la voluntad en el marco del orden público y las normas indispensables de moralidad, salubridad e higiene, y brindar las herramientas apropiadas para que las familias enfrenten el trance de la muerte. Sin desatender, por supuesto, las consecuencias patrimoniales que tiene también ese hecho.

La intención de estas líneas ha sido revisar someramente de qué modo el legislador argentino se ha ocupado de la cuestión en el Código Civil y Comercial de reciente vigencia, a veces repitiendo normas antiguas (como ocurre, en general, en materia de fallecimiento presunto por ausencia), a veces innovando (como en el tratamiento novedoso dado a los cementerios, o la previsión acerca de las exequias en el marco de la regulación de los derechos personalísimos, o el efecto de la declaración de fallecimiento presunto sobre el matrimonio del ausente), a veces suprimiendo (como en lo referido a supuestos especiales de prueba de la muerte).

En este, como en muchos otros temas, se advierten en el nuevo Código inconsistencias e incoherencias internas, y otras que resultan de confrontar ese *corpus* con el resto de la legislación que permanece vigente. Un ejemplo claro es el de la diferencia de criterio entre los arts. 87 y 2619, respecto de la competencia para la declaración de fallecimiento presunto. Otro caso notable es la forma diversa de denominar a la misma institución en lugares distintos del Código: “fallecimiento presunto por ausencia” (la correcta) o “ausencia con presunción de fallecimiento”, tal como hemos visto. O la exigencia de “capacidad plena” para disponer acerca de las exequias, poco consistente con el régimen general de capacidad del Código y su elevación a la categoría de principio de la capacidad progresiva de los menores, o la idea de la mínima restricción a la capacidad de los enfermos mentales.

55 “Instrucción *Ad resurgendum cum Christo* acerca de la sepultura de los difuntos y la conservación de las cenizas en caso de cremación”, 25-10-2016, en <https://press.vatican.va/content/salastampa/es/bollettino/publico/2016/10/25/instr.html> (último acceso: 28-11-2016).

Tales contradicciones e incoherencias son consecuencia de la precipitación con la que se legisló, omitiendo una revisión más cuidadosa del conjunto de la legislación, y omitiendo también –en forma deliberada– la inclusión en el Código de materias que han quedado libradas a legislación especial, cuando bien pudieron ser incluidas en él (por ejemplo, en lo que nos ocupa, la referida a la prueba de la muerte, o las normas sobre desaparición forzada de personas y sus efectos civiles).

En definitiva, encontramos en el nuevo Código algunas soluciones a problemas antiguos, muchas veces mediante una saludable recepción de criterios jurisprudenciales; muchos interrogantes para los que no hay una respuesta definitiva, en general, debidos a una falta de cuidado en la legislación y una carencia de uniformidad conceptual; y la aparición de problemas nuevos que necesitarán ulteriores clarificaciones, como ocurre con el confuso régimen de los cementerios privados.

**APROXIMACIONES A LOS MÉTODOS DE LA FILOSOFÍA
IUSNATURALISTA CLÁSICA**
Introduction to the methods used in classical natural law philosophy

Álvaro José Freile Franco¹

Recibido: 16 de abril de 2017
Aprobado: 27 de junio de 2017

Resumen: El presente trabajo realiza una aproximación, desde la teoría del conocimiento de Leonardo Polo, a la filosofía iusnaturalista clásica. Para comenzar, se explica someramente el núcleo de la gnoseología de Polo y la diferencia de uso del término método en la filosofía de la ciencia tradicional y en la teoría del conocimiento desarrollada por este pensador. A continuación, se realiza una nueva división dentro de la Filosofía del Derecho que corresponde con la teoría gnoseológica de Polo. Esta nueva división clarifica los diferentes modos de proceder de la filosofía y cómo esta tiene por lo menos tres ramas fundamentales. Luego, se desarrollan brevemente algunos frutos de esta nueva división en la clasificación de las cuestiones tratadas tradicionalmente en la Filosofía del Derecho iusnaturalista. De esta forma, las respuestas dadas por el iusnaturalismo clásico encuentran su nuevo lugar dentro de la nueva estructura filosófica propuesta, con lo cual se da una estructura más clara y orgánica a la Filosofía del Derecho. Con esto se posibilita a los futuros estudios en esta materia a tener una base más fuerte en la cual fundamentarse y elimina posibles confusiones de procedimiento.

Palabras clave: Epistemología - Método - Hábitos cognoscitivos - Filosofía del Derecho - Leonardo Polo.

¹ Abogado por la Universidad de los Hemisferios, Quito, Ecuador. Diplomado en Argumentación Jurídica por la Universidad Austral Argentina. Profesor auxiliar de las cátedras de Argumentación Jurídica, Teoría Fundamental del Derecho, y Metodología de la Investigación Jurídica en la Universidad de los Hemisferios. Delegado Areté Academy.

Abstract: The following paper introduces the possibility of connecting Leonardo Polo's theory of knowledge with classical natural philosophy of law. To begin, the paper briefly explains the nucleus of Polo's epistemology and the different treatment it gives to the concept of method. Method is here used not in the way it is ordinarily employed in philosophy of science, but rather in the new, revolutionary mode developed by Polo. Afterwards, the article proposes a new way to classify Philosophy of Law that corresponds with the new epistemology that was expounded. The new division permits understanding the different roads taking by philosophy and how Philosophy of Law has, at least, three main paths to find answers to fundamental questions. Finally, the new division in philosophy of law is developed and some questions and answers of natural right philosophy are given their new place. Philosophy of Law becomes more organized and better structured, with which future studies have a more solid ground on which to establish themselves.

Keywords: Epistemology - Method - Cognoscitive habits - Philosophy of Law - Leonardo Polo.

Para citar este texto:

Freile Franco, A. J. (2017). "Aproximaciones a los métodos de la filosofía iusnaturalista clásica", *Prudentia Iuris*, N° 84, pp. 107-136.

1. Introducción

El presente trabajo no realizará una clasificación de las corrientes de la filosofía iusnaturalista de modo fenomenológico, debido a que ya existen excelentes clasificaciones, como el artículo de Juan Carlos Riofrío sobre las diferentes interpretaciones del tomismo². Una clasificación que abarca todas las corrientes ius-filosóficas contemporáneas es la realizada por Rodolfo Luis Vigo³.

Lo que haremos será, más bien, un estudio epistemológico de la Filosofía del Derecho, para ver cuáles son, no las corrientes, sino las diferentes ciencias que estudian el Derecho desde el ámbito filosófico. Este es un tema que no se ha explorado y que aclara algunos problemas, como por qué desde diferentes ciencias se puede llegar a conclusiones que son ligeramente dis-

2 Riofrío Martínez-Villalba, J. (junio de 2013). "Lecturas jurídicas de la obra de Santo Tomás de Aquino". *Revista Dikaion*, 22 (1), 62.

3 Vigo, R. L. (1991). *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.

tintas, o conocer cómo algunos temas de la Filosofía del Derecho pueden ser mejor estudiados desde una ciencia filosófica que de otra.

Con esto se podrá avanzar más en la Filosofía del Derecho y se solucionarán algunas antinomias entre diferentes escuelas, debido a que algunas de ellas tienen la primacía para hablar de ciertos temas porque trabajan desde la ciencia más idónea para conocer dicho tema. De igual forma, solo haciendo esta distinción gnoseológica se podrá delimitar con seriedad el radio de funcionamiento de cada rama de la Filosofía del Derecho.

Una vez conocidos los diferentes métodos, respetando la autonomía de las ciencias y la jerarquía de unos métodos cognoscitivos sobre otros, el avance iusfilosófico podrá clarificar algunas de las preguntas medulares del Derecho con mejores herramientas. La jerarquía de los métodos cognoscitivos en la doctrina poliana supone que cada método puede conocer un tema específico, y que hay ciertos temas que no pueden ser conocidos por determinados métodos, por superar el tema al método. Estos temas deberán ser conocidos por métodos distintos, superiores, que permiten conocer justamente aquello que el inferior no podía conocer. Así, por ejemplo, con ciertos métodos cognoscitivos, como el hábito de arte, se podrán conocer las disciplinas técnicas, pero no se podrá conocer las humanidades, tema que requiere de un hábito superior, el de prudencia.

Este trabajo tomará liberalmente algunos de los escritos y de la doctrina de Juan Carlos Riofrío, Juan Fernando Sellés, y de modo menos directo, pero igualmente importante, Santo Tomás de Aquino. Sin sus desarrollos científicos este artículo no hubiera sido posible.

2. Los métodos de la metafísica y de la antropología

Entonces, intentaremos conocer cuáles son los métodos cognoscitivos por los cuales procede la filosofía iusnaturalista.

Por esto, antes de analizar la cuestión de método, analizaremos las interpretaciones de la Filosofía del Derecho según las diferentes disciplinas científicas. Luego, estudiaremos los modos de conocer del ser humano y, finalmente, profundizaremos entre las tres ciencias filosóficas principales desde las cuales se puede hacer Filosofía del Derecho: la metafísica, la antropología trascendental y la antropología filosófica.

2.1. Diferentes ciencias para enfocar el Derecho

Muchos autores que interpretan a Santo Tomás de Aquino –el mayor exponente del iusnaturalismo clásico– afirman que el Doctor Común en-

frentó el Derecho desde alguna ciencia particular, ya sea la moral individual, ya la política, ya la metafísica o la antropología. Seguiremos el análisis de Riofrío sobre este asunto.

Autores como Juan Alfredo Casaubón⁴ o Carlos Ignacio Massini Correas dicen que el método del Santo de Aquino era aquel de la filosofía práctica –la moral. Así, dice Massini Correas:

“El punto de mira o perspectiva a partir de la cual el Doctor de Aquino aborda la cuestión del concepto de Derecho, no es el propio del jurista, tal como sucede con ciertos romanistas (Michel Villey), canonistas (Javier Hervada) o internacionalistas (Henri Batiffol), sino la del teólogo y filósofo que conoce –bien– el Derecho. En concreto, se trata del enfoque propio de la filosofía práctico moral”⁵.

En el *Tratado de la Ley*, Aquino trata de moral social, aquella que se encarga de descubrir cómo lograr el Bien Común. En cambio, en la *Secunda Secundae*, se usa el punto de vista de la moral personal, para lo cual se estudian las virtudes⁶.

En cuanto a la persona desde la que se aborda la moral, muchos tomistas actuales interpretan al Aquinate desde el punto de vista de la moral en primera persona, que parte de la situación de la persona concreta, y de ahí descubre cuáles son los fines y los caminos y las reglas éticas para lograrlos. Esta postura es muy acorde con el método que usaba el mismo Aquino, así como Aristóteles⁷.

El conocimiento de la moral en primera persona ayuda al Derecho, ya que el conocimiento de lo justo por cada individuo puede ser fuente de reglas de Derecho. Pero el hecho de que el Derecho sea una realidad social y no solo individual, limita la interpretación en primera persona. De todas formas, subrayando su importancia, afirma Riofrío que “a los tomistas del tercer milenio les queda pendiente la tarea de desarrollar una buena Teoría del Derecho en primera persona”⁸.

Aquino no solo aborda el Derecho desde la moral sino también desde la metafísica, sobre todo en la parte final de la *Suma*. En la Tercera parte de esta obra se analiza cómo la única relación de justicia entre Dios y el hombre ha sido la Pasión de Cristo, por la que Jesús pagó con excedente toda

4 Casaubón, J. A. (1982). “Derecho”. En *Introducción al Derecho*. Buenos Aires. Ariel.

5 Massini Correas, C. I. (s.f.). *Notas sobre el concepto de Derecho*.

6 Riofrío Martínez-Villalba, J. “Lecturas jurídicas de la obra de Santo Tomás de Aquino”. Ob. cit., 69-70.

7 *Ibidem*, 70.

8 *Ibidem*, 70.

la deuda de los pecados de la humanidad. Esta sección analiza las causas metafísicas de dicho pago, con lo cual está haciendo un análisis metafísico de una cuestión jurídica⁹.

Existen algunos pocos análisis metafísicos del Derecho, hechos por pensadores como Tomasz Galkowski, Victorino Rodríguez, Reginaldo M. Pizzorni, Alfredo Fragueiro y Rafael María de Balbín¹⁰. El problema es que solo analizan las causas de la ley y no del Derecho, con la excepción de Fragueiro, del que se tomará su análisis de las causas del Derecho más adelante. Riofrío ha hecho un estudio del Derecho como cosa justa, como Derecho Subjetivo y como ley desde el punto de vista de las causas últimas y ha afirmado que decir causa del Derecho es lo mismo que decir fuente de Derecho¹¹.

La metafísica no es la aproximación paradigmática de Aquino, sino la teología. Muchas veces se olvida que la *Suma* es una obra de teología. Autores como Claude Du Pasquier y Antonio Osuna Fernández-Largo han tenido que decirlo claramente. Aquino solo analiza el Derecho porque es el medio como Dios nos lleva hacia nuestros propios fines¹².

Algunos estudiosos quitan de su análisis de la *Suma* todo elemento de teología, pero eso es mutilar irremediablemente la forma como Aquino estudiaba este asunto, ya que él mismo hacía teología del Derecho¹³.

Después de la primera y la segunda escolástica casi ningún autor católico ha hecho teología del Derecho. Ha habido excepciones, como Francesco D'Agostino, pero en general han sido más los autores protestantes quienes han estudiado esta rama de la teología¹⁴. Riofrío ha hecho un breve trabajo de teología del Derecho en el cual ha estudiado cómo ésta pueda aportar a la ciencia jurídica en general y no solo al Derecho Canónico¹⁵.

Una vez estudiados los enfoques de la Filosofía del Derecho hechos sobre todo en el análisis de Aquino, hace falta todavía conocer cuál es el aporte específico que puede hacer cada método y cómo debemos jerarquizar los distintos aportes de cada método a la filosofía jurídica. Para poder encontrar la respuesta debemos analizar los modos de conocimiento humanos.

9 *Ibidem*, 70-71.

10 *Ibidem*, 4.

11 Riofrío Martínez-Villalba, J. (2012). "Las causas metafísicas como fuentes del Derecho". *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 261.

12 Riofrío Martínez-Villalba, J. "Lecturas jurídicas de la obra de Santo Tomás de Aquino", cit., 72.

13 *Ídem*.

14 *Ídem*.

15 Riofrío Martínez-Villalba, J. (2011). "¿Puede la fe aportar algo al Derecho? La respuesta de la teología jurídica". *Ruptura*.

2.2. *Métodos cognoscitivos humanos*

Normalmente acudiríamos a la gnoseología para responder a la pregunta de cómo conoce el ser humano, pero como ha probado Sellés, siguiendo a Leonardo Polo, la epistemología estudia únicamente el conocer de la razón, y ni la antropología trascendental ni la metafísica, que son las ciencias más altas que puede conocer el ser humano, son conocidas mediante la razón, sino por medio de instancias superiores¹⁶.

Dice Sellés, como mencionábamos antes, que a cada *tema* distinto le corresponde un *método* distinto. Método y tema son, por tanto, inseparables, y un método inadecuado no nos permitirá conocer ciertos temas. Los temas más sencillos cognoscitivamente, como las obras técnicas, requerirán de un método también sencillo: un hábito adquirido¹⁷.

No estamos hablando del método en el sentido clásico entendido por la filosofía de la ciencia, sino en el sentido más estrictamente Poliano. El método usualmente se dice del camino que toma cada ciencia para llegar a sus objetivos. Debido a que el ser humano conoce la realidad por partes, las ciencias conocen únicamente parcelas de la realidad y delimitan el ámbito de sus conocimientos mediante los objetos materiales y formales. Una vez delimitado el pedazo de la realidad que se conocerá, se busca el método, como el camino para llegar a la meta, en palabras de Aquino¹⁸.

Entendido en este sentido, el número de métodos es ilimitado. Existen ciertos métodos fundamentales, como la inducción, la deducción, el método analítico o el sintético, pero hay cientos más, y siempre se pueden combinar distintos métodos para crear otros nuevos¹⁹.

Sin embargo, en este trabajo se considera el método como un sinónimo de hábito cognoscitivo. Esto se debe a que como la realidad es múltiple, los hábitos que tiene el ser humano para conocerla son también múltiples. El ser humano no conoce la arquitectura de la misma forma que conoce la psicología, ni conoce a Dios con el mismo método que conoce al cosmos²⁰. Para diferentes temas hay diferentes hábitos cognoscitivos humanos. Estamos, entonces, no en el camino que elige el ser humano para conocer cada ciencia, sino en las herramientas que tiene el ser humano, tanto en su naturaleza,

16 Sellés, J. F. (2011). *Antropología para inconformes*. España. Rialp, 196.

17 *Ibidem*, 638.

18 Dice Aquino: “[...] para que alguien camine directamente y sin rodeos, es preciso que conozca bien el fin, como el arquero no lanzará bien la flecha si no apunta antes al blanco”. Riofrío Martínez-Villalba, J. (2015). “La selección del método en la investigación jurídica. 100 métodos posibles”. *Revista de Educación y Derecho*, 4.

19 Riofrío Martínez-Villalba, J. “La selección del método en la investigación jurídica. 100 métodos posibles”. *Ob. cit.* 5.

20 Sellés, J. F. *Antropología para inconformes*. *Ob. cit.*, 638.

como en su acto de ser, que le permiten conocer las diferentes ciencias. En última instancia, estamos usando el enfoque propio de la antropología y no aquel de la filosofía de la ciencia.

Si quisiéramos analizar qué hábitos usa el ser humano en general para conocer el Derecho, nos encontraríamos con que usa casi todos los que posee. Esto se debe a que la ciencia del Derecho tiene muchos niveles de abstracción, en concreto, cinco, según Juan Carlos Riofrío: 1) filosófico, 2) fundamental, 3) doctrinal, 4) casuístico y 5) prudencial²¹. Según Hervada, métodos son cuatro, los mismos que Riofrío, pero omitiendo el nivel filosófico²². Para cada nivel, el ser humano tiene hábitos distintos. Sin embargo, este trabajo solo estudia los métodos de la Filosofía del Derecho, es decir, el primer nivel. En este nivel solo existen tres hábitos cognoscitivos humanos que pueden servir. Explicaremos un poco más sobre los hábitos, que en este caso se entienden como sinónimos de método.

Usualmente se usa la palabra hábito para designar lo que significa etimológicamente *-habitus*, tener-, es decir que con el hábito se tienen, se poseen, las acciones humanas. Las acciones, a su vez, son de la inteligencia o de la voluntad, y mediante los hábitos se poseen, se es dueño de ellas²³.

Estos hábitos son adquiridos, debido a que ambas potencias inmateriales nacen vacías *-tabula rasa*²⁴– y con el actuar se van configurando hábitos que establecen disposiciones estables de ser de estas potencias. Se clasifican jerárquicamente de superior a inferior en: hábito de prudencia, hábito de los axiomas lógicos, hábitos generalizantes y hábito de arte²⁵.

Polo reconoce algunos hábitos que no son adquiridos, sino innatos al ser humano y, por tanto, superiores, al ser más actuales. Estos hábitos estarían insertos en el ápice del alma humana o en el acto de ser personal, de forma que no serían parte del *tener* del hombre, sino del *ser*. Estos hábitos son, de mayor a menor: hábito de sabiduría, hábito de los primeros principios y hábito de *sindéresis*²⁶.

21 Riofrío Martínez-Villalba, J. “La selección del método en la investigación jurídica. 100 métodos posibles”. Ob. cit..

22 Hervada, J. (1991). *Lecciones de Filosofía del Derecho*. Pamplona. EUNSA.

23 Sellés, J. F. *Antropología para inconformes*. Ob. cit., 84.

24 *Ibidem*, 151.

25 *Ibidem*, 196.

26 *Ibidem*, 196. Explica lo que son los hábitos innatos este filósofo, diciendo: “La *sindéresis* nos permite conocer no solo la razón, sino también la voluntad, los sentidos, apetitos, etc.; en una palabra, la entera *naturaleza* humana, y su desarrollo, esto es, la *esencia* del hombre. Sin ese conocer no se podría llevar a cabo una *antropología* referida a la *esencia* humana. Por encima de ese nivel cognoscitivo disponemos de otro hábito innato al que se ha aludido al hablar de la metafísica: se trata del *hábito de los primeros principios*. Pero los temas que advierte este hábito –como se ha dicho– no son los humanos, sino los principales de la realidad extramental

El hábito que conoce la ciencia metafísica es el hábito de los primeros principios, el cual está abierto a la realidad extramental, es decir, a los actos de ser impersonales y a sus trascendentales²⁷.

El hábito que conoce la antropología filosófica es el hábito de *sindéresis*, que nos permite conocernos a nosotros mismos, como dice Sellés: “La *sindéresis* nos permite conocer no solo la razón, sino también la voluntad, los sentidos, apetitos, etc., en una palabra, la entera *naturaleza* humana”²⁸.

El hábito que conoce la antropología trascendental es el hábito de *sabiduría*, que permite conocer al acto de ser de la persona, es decir, al espíritu o persona (ambos son sinónimos). Esta es la *parta* más alta del ser humano, más alta aún que la razón y la voluntad, y lo que hace que cada ser humano sea único e irrepetible²⁹.

2.3. Diferencias de la metafísica, la antropología trascendental y la antropología filosófica

Ahondaremos en las diferencias de método entre las tres ciencias que hemos mencionado y explicaremos con más profundidad por qué una sola ciencia no puede estudiar el conjunto de la realidad, desde sus últimos principios.

Tradicionalmente se decía que la metafísica es el “estudio de la causa última y de los principios primeros y más universales de la realidad”³⁰. Esta ciencia estudia al ente; su objeto material es toda la realidad y su objeto formal *quod* –la perspectiva desde la cual lo estudia– es al ente en cuanto ente. También estudia las propiedades y las causas del ente. El objeto formal *quod*, que se divide en método y fuentes, es, como método, el hábito de los primeros principios y como fuente, el conjunto de la realidad. Ente se dice de todas las cosas en cuanto son, igual que se dice *viviente* de los que viven o *presidente* de los que presiden³¹.

La antropología filosófica era aquel estudio del hombre considerado el más alto hasta el descubrimiento de la antropología trascendental por Leonardo Polo³². El modelo de la antropología han sido los textos sobre el

(los primeros principios o actos de ser). Superior a la *sindéresis* y al hábito de los primeros principios es el de *sabiduría*, que alcanza a conocer que somos personas, y en cierta medida, qué personas somos”.

27 Sellés, J. F. *Antropología para inconformes*. Ob. cit., 197.

28 *Ibidem*, 23.

29 *Ibidem*, 197.

30 Alvira, T.; Clavell, L. & Melendo, T. (2001). *Metafísica*. España. EUNSA, 18.

31 *Ibidem*, 25.

32 Sellés, J. F. *Antropología para inconformes*. Ob. cit., 194.

hombre de Tomás de Aquino, quien en la *Suma Teológica* estudia cómo está hecho el hombre –de alma y cuerpo–, qué es cada una de estas y qué potencias tiene, entre otros temas similares³³. Es decir, que se estudia la naturaleza humana.

Se decía que, debido a que la metafísica trata los aspectos más básicos y fundamentales de la realidad, las ciencias, que solo estudian parcelas de la realidad, deben sujetarse a esta. Cada ciencia tiene por objeto un ente específico y, por tanto, utiliza conceptos metafísicos (que estudia el ente en general), como las causas de la realidad y los principios ontológicos³⁴. En este sentido, “es lógico que las ciencias particulares, que se ciñen a aspectos particulares de las cosas, dependan de aquella”³⁵.

La metafísica debe organizar y direccionar a todas las ciencias no humanas porque está por encima de ellas y es uno de los modos más altos del conocer humano. Esta función “se puede llamar sapiencial, ya que es propio de la sabiduría ordenar y dirigir los conocimientos y actividades humanas a la luz de los primeros principios y del fin último del hombre”³⁶.

Leonardo Polo logró mostrar que la metafísica no puede conocer toda la realidad, al hacer distinciones de los tipos de actos de ser. La metafísica solo puede conocer la realidad física no personal –es decir, el cosmos– y no *toda* la realidad, que incluye el hombre, a los espíritus puros y Dios. Esto se debe a que no existe una sola clase de actos de ser, sino que existen actos de ser abiertos y cerrados, originarios y creados³⁷.

Este filósofo español ha logrado distinguir por lo menos tres tipos de actos de ser: el acto de ser como Persistencia, que es un acto de ser cerrado, característico del cosmos; el acto de ser como Coexistencia, que es el acto de ser de las personas creadas, abiertas a las demás personas, al cosmos y a Dios, y finalmente, el acto de ser como Origen, característico solo de Dios y de las Personas divinas, como creadoras de todo lo existente, y eternas³⁸.

Esta clasificación es más fácil de entender si se distingue al acto de ser en dos: Persistencia y Coexistencia. A su vez, la Coexistencia, crea yo que puede dividirse en dos: Origen y Comienzo (con un comienzo). Esto es un aporte propio. Ya que distinguir es conocer, como dice Salvador Pia Tarazona-

33 *Ibidem*, 27.

34 Alvira, T.; Clavell, L. & Melendo, T. *Metafísica*. Ob. cit., 22.

35 *Ibidem*, 21.

36 *Ibidem*, 29.

37 Pia Tarazona, S. (s.f.). *La doctrina del acto de ser en Leonardo Polo: sus precedentes y una propuesta de prolongación*. Recuperado el 1º de enero de 2017, de Futurizar el Presente: <http://www.leonardopolo.net/textos/pia.htm>.

38 *Ibidem*, 32.

na, Polo ha logrado hacer avanzar la metafísica, que no había descubierto nada nuevo desde Aquino³⁹.

Todo avance verdadero en la filosofía supone hacer nuevas distinciones reales del ser, y así como Tomás de Aquino descubrió la distinción entre esencia y acto de ser, Polo ha encontrado la distinción entre el acto de ser de Dios como creador y de las creaturas como creadas⁴⁰.

Considero que una forma explícita de explicar el conocimiento metafísico-antropológico con distinción del ser es mediante la siguiente fórmula que he creado: primero se descubre el movimiento, este luego se distingue en el ente y el no ente; dentro del ente se distingue la forma y la materia; en la forma se distingue la forma sustancial y la forma accidental; en la forma sustancial se distingue la esencia y el acto de ser; en el acto de ser se distingue la persistencia y la coexistencia; en la coexistencia se distingue el Origen y el Comienzo.

Para avanzar más en la antropología trascendental pienso que, de acuerdo a la forma como se distingue el ser, corresponde ahora hacer distinciones internas a la coexistencia como Origen, en dos distinciones más.

Sellés explica cómo la metafísica debe estudiar solo los actos de ser del universo: la Persistencia. Los actos de ser que estudia la metafísica, los primeros principios, son fundantes, en cuanto determinan sus efectos. Pero el hombre no es primer principio porque tiene libertad en el actuar⁴¹.

Los trascendentales metafísicos no son los mismos trascendentales de la persona, ya que el ser no es lo mismo que el ser-con, el coexistir. El coexistir es mayor al ser, porque añade al ser. Luego el coexistir, igual que la libertad, es un trascendental de la persona, pero no del universo físico⁴². El ser personal no es ni verdadero ni bueno, sino que es conocer y amar. Sellés lo expresa diciendo:

“¿El conocer se reduce a la verdad? No. ¿Qué es más? Es más el conocer que la verdad, porque lo primero es condición de posibilidad de lo segundo. ¿El amor personal se reduce al bien? Tampoco: el amor es efusivo, el bien difusivo. ¿Cuál añade sobre el otro? El amor añade al bien”⁴³.

Pero si el conocer y el amar son superiores a la verdad y el bien, deben ser perfecciones puras –trascendentales– con mayor razón. Pero dado que

39 Ídem.

40 Ídem.

41 Sellés, J. F. *Antropología para inconformes*. Ob. cit., 189.

42 *Ibidem*, 190.

43 *Ibidem*, 37.

son de verdad distintos a los trascendentales metafísicos y toda distinción real es jerárquica, entonces deben ser superiores. Son un tema diferente, y como para cada tema hay un método, tampoco pueden ser conocidos por el hábito de los primeros principios, sino por un hábito superior, el de sabiduría, que conoce la ciencia llamada antropología trascendental, superior a la metafísica⁴⁴.

Dijimos que la antropología filosófica puede conocer todo lo relativo a la naturaleza humana. Ahora estamos hablando de los trascendentales personales, y está claro que los trascendentales son del acto de ser y no de la esencia o naturaleza. Por esto, la antropología filosófica y la antropología trascendental son ciencias diferentes, al estudiar temas diferentes⁴⁵.

Los hábitos innatos son tres, de mayor a menor: hábito de sabiduría, hábito de los primeros principios y hábito de sindéresis. El hábito de sabiduría estudia la antropología trascendental; el hábito de los primeros principios, la metafísica y el hábito de sindéresis, la antropología filosófica, así como la ética y la gnoseología⁴⁶.

Ahora queda claro que los autores que estudian la Filosofía del Derecho utilizan por lo menos tres hábitos (métodos cognoscitivos), y tres ciencias distintas. Y de cada una de estas ciencias derivan algunas consecuencias para el Derecho.

3. Esbozos de metafísica jurídica

Una importante discusión dentro de la escuela tomista del Derecho es qué exactamente es la cosa justa⁴⁷. Cabe aclarar que para Aquino y sus seguidores el Derecho es la cosa justa, y esta es la noción primera de Derecho, el *analogatum princeps*.

Hay muchas posturas distintas. Para Michel Villey, la cosa justa es un justo medio que se encuentra en la realidad. Villey explica que, en griego, se trata con diferentes palabras la persona justa (*dikaios*), la virtud de la justicia (*dikaionuné*) y la cosa justa (*to dikaion*)⁴⁸.

Así, el hecho de que yo pague el impuesto a la renta es lo justo, pero puede no ser hecho por la virtud de la justicia, sino por miedo a que me clausuren mi negocio si no lo hago. Pero el motivo que tenga para hacerlo

44 *Ibidem*, 196-201.

45 *Ibidem*, 39.

46 *Ibidem*, 196, 638.

47 Riofrío Martínez-Villalba, J. "Lecturas jurídicas de la obra de Santo Tomás de Aquino". *Ob. cit.*, 66.

48 Villey, M. (1979). *Compendio de Filosofía del Derecho*. Pamplona. EUNSA, 83-84.

no modifica el hecho de que la cosa justa sea ese pago. Es decir, que la cosa justa es independiente de la virtud de la justicia⁴⁹.

Lo justo, para Aristóteles, es siempre un justo medio. Todas las virtudes son justos medios, no por mediocridad o facilidad, sino porque el medio entre dos extremos es como el punto más alto de una parábola. Este es el lugar más difícil de alcanzar porque siempre se tiende a caer en uno de los extremos⁵⁰.

Por eso Aristóteles desarrolla una moral del máximo posible. Por ejemplo, es más fácil no tomar ningún trago en ninguna circunstancia que saber cuándo es apropiado tomarse uno, en qué cantidad y condiciones⁵¹.

En el Derecho, a diferencia de la moral, el justo medio no depende del sujeto, sino que está en el objeto: es un justo medio en las cosas (*medium in re*). Las virtudes son justos medios subjetivos, pero el Derecho es un justo medio objetivo, según Villey⁵².

El justo medio del Derecho es el pago de la cosa justa, es decir, que la cosa no debe ser ni excesiva ni deficiente, más allá de quién sea la persona que la pague. Esta es, según este autor, la única manera de poder hacer una diferencia entre Derecho y moral⁵³. El Derecho trata sobre el justo medio en la realidad, mientras que la moral trata del justo medio en las personas. En esto parece seguir también a Tomás Aquino⁵⁴.

El Derecho tampoco es un conjunto de reglas para la actuación. En sentido estricto e inmediato, el Derecho no prescribe cómo debe actuar el hombre. El estudio de cómo un hombre es virtuoso o es justo corresponde a la moral. El Derecho lo que busca es decir qué es *lo* justo. El Derecho busca la cosa justa (*to dikaion*), mientras que la moral busca la justicia (*dikaiosuné*)⁵⁵. Solo de forma indirecta el concepto *princeps* del Derecho, a

49 *Ibidem*, 84.

50 *Ibidem*, 85.

51 *Ibidem*, 44.

52 Las palabras exactas son: “El justo medio, que es también el Derecho (*dikaion*), ofrece, según el análisis de Aristóteles (el comentario de Santo Tomás subraya especialmente este punto), una singularidad notable: no se sitúa en el sujeto; está ‘en las cosas’, en lo real, en la realidad externa (*medium in re*, dice Santo Tomás)”. Villey, M. *Compendio de Filosofía del Derecho*. Ob. cit., 86.

53 Villey, M. *Compendio de Filosofía del Derecho*. Ob. cit., 86.

54 Aquino establece en la *Suma* II-II q. 57, a. 1 que: “Por consiguiente, se llama justo a algo, es decir, con la nota de la rectitud de la justicia, al término de un acto de justicia, aun sin la consideración de cómo se hace por el agente. Pero en las otras virtudes no se define algo como recto a no ser considerado cómo se hace por el agente. Y, por eso, el objeto de la justicia, a diferencia de las demás virtudes, es el objeto específico que se llama lo justo. Ciertamente, esto es el Derecho. Luego es manifiesto que el Derecho es el objeto de la justicia”.

55 Reza el texto: “Existe un arte que atañe a la virtud subjetiva del individuo; o que le prescribe conductas, incluso conductas justas, las del hombre justo (*dikaios*); podemos llamar a

través de la virtud de la justicia (tema moral), prescribe que “lo justo” debe darse.

El fin del Derecho, para Villey, no es la virtud de la justicia, ni personas justas, sino definir qué es lo justo. No se regulan acciones ni se busca que los ciudadanos actúen de esta manera u otra, sino simplemente saber qué es lo que tiene que dar cada persona⁵⁶.

Para Kalinowski, Ludovicus Bender, Alejandro Guzmán Brito y Massini Correas, el Derecho (entendido como cosa justa) es una acción⁵⁷. Massini Correas expresamente afirmará que el Derecho es una acción, al decir que “en el caso del ‘Derecho’ se tratará, por tanto, de una conducta ajustada a las normas, pero –y esto es lo que queríamos destacar– estaremos siempre frente a una modalidad especial del obrar propiamente humano”⁵⁸. Georges Kalinowski, por su parte, no afirma precisamente que el Derecho es una acción (*actium*) sino el efecto y resultado de una acción, que es la obra (*actum*)⁵⁹.

Kalinowski critica la interpretación aristotélica de Villey diciendo que ha caído en el error de interpretar a Aquino demasiado a su gusto y que hace pasar su interpretación personal por la verdadera doctrina⁶⁰.

En concreto, dice que para Villey, el Derecho no puede ser una regla por dos razones: primero, porque esto llevaría a considerar el Derecho como un código inmutable y exhaustivo de normas del actuar, como ocurrió en los siglos XVII y XVIII con el racionalismo; segundo, porque este error generaría, como en efecto sucedió luego de dichos siglos, una reacción contraria que llevaría a abandonar el Derecho Natural en bloque para quedarse solo con el positivismo⁶¹.

Kalinowski admite que el Derecho no es una regla (aunque luego afirma que sí lo es en un sentido análogo), sino que es una obra. En concreto, cita a Santo Tomás, al decir que el Derecho es “una cierta obra adecuada a otro según un cierto modo de igualdad (II-II, 57, 1c et 2c)”. Es el objeto de la virtud de la justicia: una obra (*actum*) pero no una acción (*actium*)⁶².

ese arte *la moral*. Pero de la moral se desprende otra disciplina que tiene por mira decir lo que es justo, lo que pertenece a cada uno. Ciencia no de la *dikaion* sino de la *dikaia*, de la conducta justa, sino del *dikaion*”. Villey, M. *Compendio de Filosofía del Derecho*. Ob. cit., 86.

56 Villey, M. *Compendio de Filosofía del Derecho*. Ob. cit., 87.

57 Riofrío Martínez-Villalba, J. “Lecturas jurídicas de la obra de Santo Tomás de Aquino”. Ob. cit., 66.

58 Massini Correas, C. I. (1994). *Filosofía del Derecho*. Buenos Aires. AbeledoPerrot, 28.

59 Kalinowski, G. (s.f.). *Concepto, fundamento y concreción del Derecho*. Buenos Aires. AbeledoPerrot, 19.

60 Aristotélica. Kalinowski, G. *Concepto, fundamento y concreción del Derecho*. Ob. cit., 18.

61 *Ibidem*, 54.

62 *Ibidem*, 53.

El Derecho es una obra proporcionada, buena y ajustada, que solo puede hacer el que tiene la virtud de la justicia. No es necesariamente el objeto actual de la virtud de la justicia, sino que basta con que sea su objeto posible⁶³.

Kalinowski acepta y desarrolla expresamente la analogía del *ius*, afirmando que con la misma también se puede llamar Derecho a la acción (*actium*) justa. Santo Tomás habría explícitamente aceptado esta analogía del concepto del Derecho al decir que el Derecho es el objeto de la virtud de la justicia⁶⁴.

Toda virtud es una disposición estable de la voluntad para realizar la acción que es su objeto, por lo que, si el Derecho es el objeto de una virtud, debe ser, aunque sea análogamente, una acción. Derecho se dice, entonces, no solo de la obra como producto, sino de la acción que es su causa⁶⁵.

Riofrío argumenta que hay un error en concebir al Derecho como una acción, el cual aparece cuando se dice que el Derecho es el objeto de la virtud de la justicia. El Derecho, en efecto, es dicho objeto; sin embargo, hay que distinguir, por lo menos, dos objetos de la justicia: el primero –formal– es la acción de “*dar a cada uno lo suyo*”; el segundo –material– es lo que se debe dar, *lo suyo*. Así, el objeto de la virtud de la justicia es, en efecto, una acción, ya que todas las virtudes tienen como objeto acciones, pero el Derecho no es esa acción en sí, sino el objeto de esa acción⁶⁶.

Se puede argumentar que Kalinowski aceptaría que el Derecho no es *principalmente* una acción, ya que afirma que el Derecho “es una obra [...]; es un acto, no en el sentido de una *actio* sino de un *actum*”⁶⁷. Pero está claro que acepta que analógicamente la acción también es Derecho, cuando dice que “(e)n virtud de esta regla de estilo podemos atribuir el nombre de Derecho también a la acción (*actio*) realizadora del acto (*actum*) justo”⁶⁸.

Acudiendo a la metafísica para solucionar este problema, decíamos que el Derecho como relación solo se conoce desde la distinción del ente. La primera distinción dentro de la estructura metafísica del ente es aquella entre sustancia y accidentes. Estos dos aspectos del ser son los predicamentos “a los que puede reducirse toda la realidad creada”⁶⁹ no personal.

La sustancia es aquello que subsiste en sí mismo y que está debajo de los accidentes. De ahí el nombre de *substantia*, que viene de *sub-stat*, estar

63 *Ibidem*, 53.

64 *Ibidem*, 53.

65 *Ídem*.

66 Riofrío Martínez-Villalba, J. “Lecturas jurídicas de la obra de Santo Tomás de Aquino”. *Ob. cit.*, 67.

67 *Ibidem*, 53.

68 *Ibidem*, 53.

69 Alvira, T.; Clavell, L. & Melendo, T. *Metafísica*. *Ob. cit.*, 54.

debajo. La sustancia no necesita de otro para ser, sino que es en sí misma, tiene el ser por sí y no por medio de otro. Esto quiere decir que “la sustancia es aquella realidad cuya esencia o naturaleza le compete ser en sí, no en otro sujeto”⁷⁰.

Para conocer si el Derecho es sustancia o accidente debemos considerar cuándo hay Derecho. Hervada dice que el Derecho solo existe en una relación de justicia. Relación de justicia es aquella que existe entre dos o más sujetos en virtud de sus derechos. El caso más fácil de relación de justicia es aquella donde uno de los sujetos es acreedor y el otro deudor. Este tipo de relación tiene dos características: igualdad y alteridad⁷¹.

La primera característica es la igualdad. Esta no supone que no haya diferencias de muchas clases entre los sujetos implicados, sino únicamente que sean lo suficientemente iguales para que pueda pagarse lo que se debe. En algunos casos, la relación es tal que lo que uno debe al otro es impagable, y, por tanto, no estamos en esos casos ante una relación de justicia, sino de piedad. El ejemplo más claro es la relación padres e hijos, donde los hijos no pueden pagar la vida que han recibido, por eso no tienen una relación de justicia con sus progenitores. Otro caso es la deuda que tiene el individuo frente a la sociedad. En ambos casos, la deuda no por eso deja de deberse, sino que es aún más fuerte. Además, aunque falte la igualdad, no por eso deja de haber Derecho en sentido pleno⁷².

La alteridad supone que los dos sujetos deben estar en situación complementaria, uno en situación de deudor y el otro en situación de acreedor. Lo que une a ambos sujetos en un vínculo jurídico. La relación de justicia tiene tres elementos: primero, son los sujetos, que deben estar en situación de igualdad y alteridad; segundo, es el vínculo jurídico que une a los sujetos, y tercero, es el contenido de Derecho, es decir, aquellas cosas que pertenecen a cada uno y la situación jurídica. Sin embargo, todas estas existen porque existe un Derecho Real que es la base de la relación⁷³.

La alteridad supone que los sujetos deben ser distintos, y que en lo que sean iguales, no tendrán una relación de justicia. Por eso, en lo que un sujeto es parte de la colectividad, no puede tener relaciones jurídicas con esta última porque sus patrimonios y derechos no estarán diferenciados y, por tanto, no podrá haber deuda⁷⁴.

70 *Ibidem*, 53.

71 Hervada, J. (2006). *Introducción crítica al Derecho Natural*. Bogotá. Editorial Temis, 36.

72 *Ibidem*, 65.

73 *Ibidem*, 38.

74 *Ibidem*, 67.

Como podemos ver, el Derecho no es una sustancia, sino un accidente que existe no por sí, sino solo en una relación de justicia. El Derecho es una perfección que está en un sujeto y que no afecta al núcleo del mismo, sino que es secundario respecto a dicho sujeto.

Los tipos de accidentes han sido clasificadas por Aristóteles en nueve grupos: las categorías. Estas son: cualidad, cantidad, relación, lugar, posición, posesión, tiempo, acción y pasión. Las primeras tres, cantidad, cualidad y relación, afectan intrínsecamente a la sustancia, mientras que el resto la afecta de modo extrínseco⁷⁵.

El Derecho es el bien debido, pero el bien en sí no es el Derecho en el sentido de sustancia, porque está claro que cualquier bien puede ser el Derecho y no hay bienes que sean siempre y respecto a todas las personas Derecho⁷⁶. El bien es Derecho en cuanto tiene una relación, por lo que podemos afirmar que el Derecho es un tipo de accidente relación.

Hervada llega a las mismas conclusiones cuando estudia el Derecho como relación. Dice que, porque las cosas están distribuidas, pertenecen a alguien y esta relación de pertenencia une la cosa con su dueño⁷⁷.

Hay dos relaciones entre el sujeto y la cosa: la de lo suyo y la de lo debido. La primera no es Derecho porque hace falta que haya un tercero que forme parte de la relación para que exista Derecho como lo debido. Si hay una sola persona puede haber la relación de lo suyo, pero no puede haber Derecho, porque no hay alteridad y, por tanto, no hay deuda⁷⁸.

No hay que confundir la naturaleza del Derecho con la relación jurídica. La relación jurídica se da entre los dos sujetos en virtud de la cosa debida, pero el Derecho en sí no es entre los sujetos sino entre el sujeto y la cosa, y se basa en que la cosa es suya. Hay dos relaciones necesarias, propiedad y deuda, pero la propiedad es el fundamento de la segunda⁷⁹.

Riofrío afirmó que Villey considera algunas veces que la “cosa justa” es una cosa material en sí⁸⁰. Esto parece no ser del todo correcto, ya que Villey únicamente afirma que el Derecho está en la realidad⁸¹. Si Villey hubiera

75 Alvira, T.; Clavell, L. & Melendo, T. *Metafísica*. Ob. cit., 65.

76 Dice Hervada: “No hay ninguna cosa a la que, por nombre de sustancia, le corresponda el nombre de Derecho y, en cambio, todas las cosas –con tal de que sean repartibles y distribuibles– pueden ser Derecho”. Hervada, J. *Lecciones de Filosofía del Derecho*. Ob. cit., 242.

77 *Ibidem*, 71.

78 *Ibidem*, 243.

79 *Ibidem*, 72.

80 Dice Riofrío: “En algún lugar Villey ha considerado la *res iusta* como cosa material”. Riofrío Martínez-Villalba, J. “Lecturas jurídicas de la obra de Santo Tomás de Aquino”. Ob. cit., 66.

81 Sus palabras exactas son: “[...] no se sitúa en el sujeto, está ‘en las cosas’, en lo real, en la realidad externa (*medium in re*, dice Santo Tomás)”. Villey, M. *Compendio de Filosofía del Derecho*. Ob. cit., 86.

dicho que el Derecho es una *cosa* material, entonces estaría diciendo que es una *substancia*; pero Villey solo dice que no está en el sujeto sino en la realidad extramental. Pero si el Derecho es un accidente relación, en efecto está en la realidad, porque los accidentes inhiere realmente en un sujeto.

De todas formas, el mismo Riofrío parece aclarar su afirmación cuando asevera que Villey ha llegado a la misma conclusión que él respecto al Derecho; que este es una “relación real de igualdad relativa”, con lo cual queda claro que piensa que para Villey el Derecho no es una cosa en sí como substancia separada⁸². Villey dice concretamente que el Derecho es “una proporción (que nosotros consideramos buena) entre cosas repartidas entre personas; un proporcional (término neutro), un *analogon*”⁸³.

La ciencia correcta para conocer la naturaleza del Derecho, en efecto, es la metafísica, ya que ésta estudia la realidad extramental, y el Derecho es un accidente real. Sin embargo, hemos dicho que el Derecho es un accidente que inhiere en un objeto respecto a un sujeto (relación de ajenidad), pero también en un sujeto respecto de un objeto (relación de deuda), por lo que también la antropología filosófica, que estudia la naturaleza humana, donde inhiere los accidentes, es idónea para conocer la *quiddidad* de Derecho.

Una vez descubierta la naturaleza del Derecho podemos considerar si, en efecto, el Derecho puede ser, en sentido estricto, una obra (no analizaremos los sentidos análogos porque queremos descubrir, primero, el analogado principal), tal como afirma Kalinowski.

La obra, como vimos anteriormente, es el producto de la acción, el acto que realiza la acción. La obra de un asesinato sería entonces la muerte de un ser humano, como la obra de la educación es la formación del estudiante. En este sentido, obra se iguala a hecho, ocurrencia, evento.

Una vez más podríamos caer aquí en el error de pensar que si se dice obra se dice una sustancia; en realidad, parece que obra se puede decir también de un accidente, como es la formación de un alumno, que recae sobre el sujeto “estudiante”. Volviendo al caso del pago de los impuestos la acción sería el pagar y la obra sería el pago realizado. Aquí desaparece la contradicción, ya que el pago realizado, en realidad, es un monto determinado de dinero.

La solución es más sencilla si se considera que tradicionalmente la metafísica ha llamado objeto al objeto (valga la redundancia) de las acciones (como las acciones son objeto de las virtudes). Por esto se podría fácilmente decir que el objeto de la acción (*actium*) es un objeto, en lugar de decir

82 Dice Riofrío: “A un concepto muy similar de Derecho llega Villey”. Riofrío Martínez-Villalba, J. “Lecturas jurídicas de la obra de Santo Tomás de Aquino”. Ob. cit., 66.

83 Villey, M. *Compendio de Filosofía del Derecho*. Ob. cit., 87.

una obra. Así estarían absolutamente de acuerdo Kalinowski y Villey, quien afirma expresamente que “el Derecho (*to dikaion*) [...], es un objeto”⁸⁴. Esto estaría también en consonancia con el descubrimiento de que el Derecho es un accidente real: algo objetivo que se encuentra fuera de la mente.

Un aporte grande que puede hacer la metafísica al Derecho es el análisis de las causas, que Riofrío ha igualado con las fuentes del Derecho. La fuente del ser o de la naturaleza del Derecho es fuente en el sentido más real. Si el ser jurídico es la relación jurídica como esencia o accidente, entonces será fuente aquella causa metafísica que le otorgue, determine o constituya el ser o la esencia⁸⁵. Este es un tema amplísimo, por lo que no lo analizaremos en el presente trabajo. En cualquier caso, remitimos al trabajo de Riofrío, “Las causas metafísicas como fuentes del Derecho”, a su libro *Metafísica Jurídica Realista*, y al ensayo de Alfredo Fragueiro, “De las causas del Derecho”⁸⁶.

Ahora bien, volviendo al tema de la naturaleza del Derecho como accidente relación real, no hay que olvidar que el hecho de que el Derecho esté en la realidad, no supone que no puede estar también en la mente del sujeto que la conoce. Por eso parece no haber contradicción entre el Derecho como accidente relación, el Derecho como algo que está en lo real, y el Derecho como algo que puede estar en el entendimiento.

Para explicar la naturaleza del Derecho en la mente, deberemos acudir a la antropología filosófica, la cual estudia al ser humano, incluida la razón. En este acápite se analizará cómo está la ley en la mente y la relación entre Derecho y ley.

4. Introducción a la antropología filosófica del Derecho

Kalinowski admite que el Derecho es, en cierto, sentido una regla. Para este autor, otra atribución analógica del Derecho que se puede hacer es respecto a la ley. Existen dos tipos de leyes: la ley determinada por la naturaleza de las cosas (ley natural) y la determinada por el hombre (ley positiva). La ley es la regla que muestra cuál es el Derecho. Esta regla existe primero en la razón divina o humana⁸⁷.

Para Aquino, dice Kalinowski, la ley es una formulación por escrito de

84 *Ibidem*, 86.

85 Riofrío Martínez-Villalba, J. “Las causas metafísicas como fuentes del Derecho”. *Ob. cit.*, 261.

86 Fragueiro, A. (1948). “De las causas del Derecho”. *Actas del Primer Congreso Nacional de Filosofía*. Mendoza..

87 Kalinowski, G. *Concepto, fundamento y concreción del Derecho*. *Ob. cit.*, 20.

una regla de prudencia, que sirve como medida de lo justo, de la misma forma como una imagen mental de una obra de arte sirve al artista de medida para la obra extramental. La ley no es el Derecho, pero sí su medida⁸⁸.

La ley es causa instrumental del Derecho, por la cual el legislador divino o humano determina el contenido del Derecho. Por eso el Derecho ha sido llamado también regla escrita (aquí Kalinowski acepta que el Derecho sí puede ser una regla), ya que la ley y el Derecho, aún en Santo Tomás, están estrechamente ligados, de forma que lo que vale para una, vale para el otro⁸⁹. Cabe recalcar que Aquino no establece que Derecho y ley estén de tal forma ligados que sea imposible distinguir entre ellos. Más bien, el Aquinate afirma que “la ley no es el Derecho mismo, propiamente hablando, sino cierta razón del Derecho”⁹⁰.

Esta interrelación es tal, que *toda* ley determina lo justo. Solo que no basta la ley para determinar lo justo, sino que deben tomarse también en cuenta las circunstancias. El Derecho es, entonces, también una regla, hecha por la mente –ayudada por la virtud de la prudencia–, que depende de la ley y las circunstancias. Con esto Kalinowski termina afirmando que, en efecto, Villey está equivocado al decir que el Derecho no es una regla⁹¹.

Analizaremos ahora en profundidad la relación de ley y Derecho. Dice Kalinowski que la ley natural tiene tres momentos: *ante naturam*, *in natura* y *post naturam*. *Antes* de en la naturaleza, está en la mente de Dios como ley eterna, de forma perfecta. *En* la naturaleza está tanto en el hombre como en el resto de la realidad. Y *después* de la naturaleza está en la mente humana como conocimiento de la realidad que se postula de forma⁹².

88 *Ibidem*, 81.

89 *Ibidem*, 21.

90 El texto completo reza: “Del mismo modo que de las acciones que se hacen exteriormente por el arte, una cierta idea, que se llama la regla del arte, preexiste en la mente del artista, así también, de la acción justa, que la razón determina, preexiste en la mente cierta razón, a modo de determinada regla de prudencia. Y esto, si se formula por escrito, se denomina *ley*; pues la ley es, según Isidoro, *una constitución escrita*. Por lo cual, la ley no es el Derecho mismo, propiamente hablando, sino cierta razón del Derecho”. Aquino, T. (1956). *Suma Teológica* (Vol. TVIII). Madrid. Biblioteca de Autores Cristianos, II-II q. 57, a.1.

91 Dice Kalinowski con palabras altamente poéticas: “Solamente una ética de situación o una ética del valor pueden dejar de lado la ley. [...] Ahora bien, para quien no encuentra racionalmente justificada ni la ética de situación, ni la ética del valor al estilo de Scheler, para quien es sacudido por la existencia de la ley positiva humana no menos que el metafísico por la existencia del ser dado en la experiencia sensible, y para quien explica la existencia manifiesta de la ley humana por la existencia oculta en el corazón del hombre de la ley divina (como el metafísico explica el ser contingente del mundo por el ser necesario de Dios), es evidente que la regla concreta de lo justo no puede ser encontrada sin referencia, a la vez, a las circunstancias a la ley”. Kalinowski, G. *Concepto, fundamento y concreción del Derecho*. Ob. cit., 22.

92 Normativa. Kalinowski, G. *Concepto, fundamento y concreción del Derecho*. Ob. cit., 25.

El hecho de que el Derecho está en la mente no significa que esté únicamente en la mente, o que sea una “relación mental”, porque el conocimiento de una realidad no la convierte en un objeto mental, sino que el objeto mental es un ente intencional, en este caso, respecto a un ente accidental real.

En este punto es importante estudiar cuál es la naturaleza de la ley, ya que la misma es, según Kalinowski, la medida y causa del Derecho. La ley está también en la mente. En concreto, la ley positiva está primero en la mente del legislador, y luego, al momento de la aplicación, está también en la mente del juez⁹³. Dijimos que este autor reconoce tres momentos de la ley: antes de la naturaleza, en la naturaleza y después de la naturaleza⁹⁴.

Pero ¿cuál es el momento más propio de la ley?, ¿esta es un ente sobre todo real, o sobre todo mental? La ley está en la realidad de forma extramental, pero antes está en el intelecto divino. Como decía Joseph Pieper, citando a Aquino, “toda la realidad está entre dos intelectos, el divino y el humano”⁹⁵.

La ley es sobre todo un precepto racional, de acuerdo con la afirmación de Aquino de que “la razón determina lo justo de un acto conforme a una idea preexistente en el entendimiento [...] y esta, si se formula por escrito, recibe el nombre de ley [...]”⁹⁶. De igual forma a como el concepto que está en la mente del hombre (*post rem*) corresponde a la idea divina, la ley natural en la mente del hombre corresponde a la ley divina⁹⁷.

Por tanto, el momento de existencia de la ley *in natura* no es propiamente en forma de ley, sino de naturaleza humana y del cosmos, inclinaciones de las mismas, fines humanos y físicos, etc. Solo está en forma de ley en el intelecto divino y en el humano.

El Derecho está en la realidad de forma principal y solo de forma secundaria en la mente, mientras que la ley natural está de forma principal en la inteligencia y solo secundariamente en la realidad. El Derecho es un accidente relación real, pero la ley es un ente mental, tanto en la inteligencia humana como en la inteligencia divina (salvando las obvias diferencias entre ambas).

Esto no significa que estén desligados, ya que al respecto se puede argumentar lo que dice Riofrío con relación a la polémica sobre el contenido de la ley natural: algunos dicen que ésta está compuesta por los primeros principios de la razón práctica, mientras que otros dicen que está compuesta

93 *Ibidem*, 24.

94 *Ibidem*, 86.

95 Pieper, J. (1974). “El concepto de lo creado y sus implicancias”. *Congreso Internacional Tomista*. Roma..

96 Aquino, T. *Suma Teológica*. Ob. cit., 233.

97 Kalinowski, G. *Concepto, fundamento y concreción del Derecho*. Ob. cit., 25.

por las inclinaciones naturales del ser humano o sus fines. El problema se resuelve cuando se toma en cuenta que hay una correlación fuerte entre la razón, donde están los primeros principios, y lo conocido, la realidad, que es la naturaleza humana con sus inclinaciones⁹⁸.

Se puede concluir que la causa original del Derecho es la ley contenida en el intelecto divino. Esta ley determina la naturaleza, es decir, define la realidad. En esta realidad está el Derecho como accidente relación, y el ser humano, a su vez, puede hacer una formulación de la ley natural conociendo ese Derecho. El Derecho Real estaría, entonces, entre la ley divina y la ley humana.

Respecto a la ley, Ilva Myriam Hoyos Castañeda dice que, para Hervada, la naturaleza finalista del ser humano puede ser conocida por la razón⁹⁹. Ya hemos visto que no es la razón la que conoce la naturaleza sino el hábito de sindéresis. Este conocimiento permite que, sabiendo cuál es el fin que perfecciona la potencia, se fije una regla del deber ser: esto es la ley.

La ley no es el fin de la potencia sino el conocimiento de ese fin. La ley natural es intencional, porque es conocimiento (en la mente humana) del bien. La ley no es el Derecho, el cual tiene un ser extramental, como accidente real. El Derecho es un bien, y el bien se convierte con el ser. La ley es mental: cognoscitiva. Esto es también lo que afirma Aquino de la ley natural, cuando dice que la misma es una “concepción” en el ser humano, aunque especifica que está naturalmente inscrita en el intelecto¹⁰⁰.

La ley, y no la cosa justa, el valor y no el bien, son principios del obrar. La consideración de algo como bueno lleva a establecer un principio a ser seguido por la voluntad. Dice Riofrío que existen valores del ser, porque sin ser no hay fines posibles, y existen valores prácticos, que estudian la forma de llegar a los fines humanos. Todos los valores lo son respecto a un fin, y solo respecto a este fin es posible decir si algo puede ser o no estimado como bueno¹⁰¹.

Además, solo se puede valorar como bueno lo que es bueno, y es más bueno, ontológicamente, lo que más ser tenga. Desde el punto de vista ético,

98 Dice este autor: “En este punto nuevamente creo que arrojaría algo de luz acentuar la interrelación que hay entre la razón (donde está la sindéresis, los juicios prácticos y los preceptos racionales) y lo razonado (la realidad con su naturaleza, potencias, fines, inclinaciones, tendencias, etc.)”. Riofrío Martínez-Villalba, J. “Lecturas jurídicas de la obra de Santo Tomás de Aquino”. Ob. cit., 65.

99 Hoyos Castañeda, I. (2006). “Prólogo a la primera edición”. En Hervada, J. *Introducción crítica al Derecho Natural*. Bogotá. Editorial Temis, xxvi.

100 Aquino, T. In *IV Sent.*

101 Riofrío Martínez-Villalba, J. (2016). “La fórmula: ser-potencias-fines-valores-principios-normas-relaciones jurídicas”. *XII Jornadas Internacionales de Derecho Natural: Ley Natural y dignidad humana*. Buenos Aires. Universidad Católica Argentina, 3.

es más bueno lo que ayude al ser humano a alcanzar sus fines¹⁰². Esto resulta en que los valores dependen de la naturaleza humana, por lo que los Derechos Humanos dependen también de esta¹⁰³.

No es entonces la potencia misma la que lleva a obrar en una dirección, sino que es el conocimiento de esa potencia. Esto se puede decir aún de las potencias corporales, porque también ahí es el conocimiento sensible el que permite a las tendencias moverse a su fin. Las potencias solo se mueven hacia sus fines en virtud de un conocimiento previo de las mismas. Es la ley establecida cognoscitivamente la que hace al hombre buscar su perfección. Aquí también estamos de acuerdo con Aquino cuando dice que la ley natural es la que mueve a obrar al hombre, de acuerdo con su naturaleza¹⁰⁴.

Dice Riofrío respecto a los fines, que el ser humano tiene fines próximos y fines lejanos, pero todos ellos están ordenados hacia un fin último, que es la felicidad, como dice la ética. La felicidad es un tema que han tratado los filósofos de todos los tiempos. Hoy en día se piensa que cada uno puede definir lo bueno y lo malo y, por tanto, cómo será la propia felicidad; pero en realidad, solo podemos ser felices como nuestra naturaleza nos lo permita. No podemos hacer aquello para lo cual nuestra naturaleza no está dotada¹⁰⁵.

Todas las personas y la sociedad entera tienen ciertas potencias naturalmente ordenadas, por lo que solo podemos decidir en qué orden buscaremos los fines o si no los buscaremos, pero no podemos determinar cuáles fines somos capaces de buscar.

Las potencias no tratan del ser actual, sino del ser posible, de lo que podemos llegar a ser. Y estas posibilidades son las que protege el Derecho. Por esto el Derecho no lo determina en última instancia la autoridad, sino la naturaleza¹⁰⁶.

Esta realidad no implica legalismo o falta de libertad, porque justamente la libertad está entre el ser y el conocimiento, así como entre el conocimiento y la ley, y la ley y el actuar. Más aún, esta es la única salvaguarda del Derecho contra los despotismos, ya que el poderoso no es libre de cambiar los fines del Derecho, ni de definir lo que es la felicidad humana, solo tiene la libertad de salvaguardarla.

102 Dice Hervada: “[...] valor es la estimación del ser como bien, que obedece a una dimensión objetiva y real del ser”. Hervada, *J. Lecciones de Filosofía del Derecho*. Ob. cit., 68.

103 Riofrío Martínez-Villalba, J. “La fórmula: ser-potencias-fines-valores-principios-normas-relaciones jurídicas”. Ob. cit., 4.

104 Aquino, T. *In IV Sent.*

105 Riofrío Martínez-Villalba, J. “La fórmula: ser-potencias-fines-valores-principios-normas-relaciones jurídicas”. Ob. cit., 3.

106 Ídem.

Hervada tiene un pensamiento muy cercano a Riofrío, en cuanto a la importancia de la naturaleza humana para el Derecho. La naturaleza es aquí clave, como esencia en cuanto principio de operaciones, por lo que, si queremos conocer las potencias de un supuesto, debemos conocer su naturaleza, raíz de las potencias.

El deber-ser, entonces, supone el concepto de potencia: esta le exige ser justamente porque la potencia está ordenada al acto. Cada potencia tiene su fin. Hoyos explica que el ser supone un deber-ser que no es algo extraño para el mismo sujeto, sino que es su perfección¹⁰⁷. Aquino decía justamente que el acto es, para la potencia, su perfección.

En la tríada naturaleza-fines-principios¹⁰⁸, se resuelve la aporía de la escisión entre ser y deber ser, que en Kant nace por la separación entre el *ding an sich* –la cosa en sí– y el *fenómeno* que podemos captar con la mente. El deber ser no es una imposición de la razón a la realidad, sino la exigencia real que le permite a las cosas el llegar a su perfección.

Sobre la naturaleza del Derecho, decíamos desde la metafísica que este es un accidente, y que los accidentes son perfecciones que inhieren en la substancia. La persona no es una substancia, pero el alma de la persona sí, es decir, su naturaleza. El Derecho puede, entonces, inherir en la naturaleza humana como una perfección. En virtud de la perfección del Derecho, un objeto se vuelve propio. Con esto pasaremos a los aportes de la otra antropología al Derecho.

5. Aproximaciones a la antropología trascendental del Derecho

En sentido estricto no se puede decir que se haya hecho, conscientemente, antropología trascendental del Derecho. Sin embargo, Javier Hervada es un autor cuyas mayores aportaciones a la Filosofía del Derecho son plenamente de antropología trascendental y que, por tanto, podemos considerar como uno de los mayores exponentes de esta rama de la ciencia jurídica.

Dijimos anteriormente que el Derecho es la relación de lo debido entre un sujeto y una cosa que se fundamenta en la relación de propiedad entre ese mismo objeto y un tercero. Sin embargo, ni la metafísica, ni la antropología filosófica explican cómo ni por qué el ser humano puede apropiarse de algo.

107 Hoyos Castañeda, I. “Prólogo a la primera edición”. Ob. cit., xxvi.

108 Esta es parte de la fórmula Riofrío, la cual es como sigue: ser humano-potencias-fines-valores-principios-normas-relaciones jurídicas. Riofrío Martínez-Villalba, J. “La fórmula: ser-potencias-fines-valores-principios-normas-relaciones jurídicas”. Ob. cit.

Hoyos ha demostrado que la solución se encuentra en el núcleo de la teoría del Derecho Natural de Javier Hervada, la cual es su concepción de la persona. La persona se concibe como un ser superabundante, que por razón de esta abundancia puede poseerse a sí mismo. Que sea capaz y que en efecto se domine a sí mismo imposibilita al ser humano el pertenecer a otro¹⁰⁹.

El dominio de la persona, dice Hoyos, es un elemento fundamental en el pensamiento de Hervada, ya que la capacidad jurídica depende de ella. El ser humano, por ser persona, no solo se posee a sí mismo, sino a aquello que le rodea y por eso *hace tuyas* las cosas, y “lo suyo” es justamente la definición del Derecho para el jurista español¹¹⁰.

Como dice Hoyos, ni el concepto de Derecho, ni su medida, ni la posibilidad de que exista la justicia son posibles sin que el ser humano sea necesariamente *persona*¹¹¹. El ser de la persona es la base de todo el Derecho para este jurista. Como vemos, estamos dentro del ámbito de la antropología trascendental.

Otra realidad descubierta por la antropología trascendental es la eminencia de la persona. La persona no radica en la naturaleza humana, sino que está por sobre el alma. La persona es superior a lo común en todo ser humano: la esencia. La persona no es alma, sino espíritu, y es donde radica en última instancia la coexistencia personal, la libertad, el conocer y el amor¹¹².

Por esta razón la persona está en última instancia por sobre la sociedad y, por eso, la sociedad existe en función de cada persona y no cada persona en función de la sociedad. Desde la antropología filosófica, no se puede argumentar, en última instancia, por qué el hombre, siendo animal social, no se agota en sus manifestaciones sociales, como dice Rafael Gómez Pérez. Tampoco se puede dividir la ética social de la ética individual¹¹³, cosa aún más acusada en el Derecho, donde no existe un ámbito exclusivamente individual. El Derecho requiere, por tanto, de la antropología trascendental para que le muestre la excelencia de la persona, de cada persona, que supera a la excelencia de la naturaleza humana o del ser humano en abstracto.

109 Hoyos Castañeda, I. “Prólogo a la primera edición”. Ob. cit., xxv.

110 *Ibidem*, 103.

111 *Ídem*.

112 Sellés, J. F. *Antropología para inconformes*. Ob. cit.

113 “[...] se deduce que no hay una distinción neta y tajante entre la ética personal y la ética social. Toda consideración ética se refiere a la persona viviendo en sociedad que es el único modo en que el hombre puede vivir. También las relaciones del hombre con Dios –con el Dios al que se puede llegar con la sola razón natural– son a la vez relaciones sociales [...]”. Gómez Pérez, R. (1993). *Ética: problemas morales de la existencia humana*. 6ª edición. Madrid. Magisterio Casals, 21.

En esto podemos seguir también el razonamiento de Hervada, cuando trata sobre la justicia distributiva. En el Derecho, dice, no hay solo relaciones entre individuos aislados, sino que también interviene la colectividad en todos sus niveles, siendo la mayor colectividad la sociedad política. Hay dos clases de relaciones, aquellas en las que el deudor es el colectivo, llamada justicia distributiva, y aquellas donde el individuo debe a la sociedad, llamada justicia legal. En estos tipos de relaciones podría parecer que no hay alteridad, ya que el individuo es parte del todo, por lo que no podría haber justicia¹¹⁴.

El considerar que el hombre no es más que una parte al servicio de la humanidad o de la comunidad política es común en las ideologías colectivismo o totalitarismo. En este sentido, en realidad, no habría diferencia entre el individuo y la sociedad porque todo pertenece al colectivo y el individuo no tiene nada propio, como una pieza en una maquinaria.

Contra esta ideología está el hecho de ser el hombre persona. Aunque la persona humana puede tener cosas comunes porque tiene la capacidad de comunicación con otros, tiene un núcleo que es incomunicable, que le pertenece solo a sí. Esto se debe a que su ser es tan intenso que es único e irrepetible y no puede transformarse en otro ni pertenecer a otro. El estudio de la persona en sí dijimos que correspondía a la antropología trascendental.

La persona puede tener fines, bienes, actividades comunes con otras personas, pero no puede compartir lo más radicalmente suyo, por eso solo es un ser social de forma parcial. En este sentido, sigue siendo *otro* respecto al colectivo y puede tener relaciones de alteridad con este.

La persona está en una doble situación frente a la comunidad: como totalmente otra y como parcialmente inserta pero igualmente diferenciada. Que sea totalmente otra supone que puede formar parte no solo de una asociación sino de varias y también que tenga una esfera privada en la que no puede interferir la comunidad política. Que sea parcialmente comunidad supone que es un miembro de la sociedad pero que sigue diferenciándose respecto a los otros miembros¹¹⁵.

La intersubjetividad, también llamada complementariedad, existe justamente donde comienza la alteridad, es decir, la distinción entre la parte y el todo. No hay relación de alteridad en lo que pertenece al todo. El origen de esta relación de deuda en la justicia distributiva es la distribución de los bienes, por la cual los bienes de la colectividad pasan a la esfera privada.

114 Hervada, J. *Introducción crítica al Derecho Natural*. Ob. cit., 40.

115 *Ibidem*, 109.

Estos bienes no pasan al individuo porque este haya tenido un título preexistente sobre los mismos, ya que los bienes realmente eran previamente del colectivo. El único título que existe es el reparto. Se adquiere el título sobre los bienes concretos solo después de que se ha efectuado la distribución¹¹⁶.

Se tiene derecho a ser tratado como destinatario de los bienes comunes porque el individuo es una parte constitutiva de la comunidad, sin la cual ésta no existiría. Por eso merece ser tratado como miembro o socio. Además, la colectividad existe en función de sus miembros, esa es su razón de existir, por lo que sus bienes son también originariamente destinados a los socios que la componen.

En este caso, el origen del Derecho no es el título, ya que el individuo no tiene titularidad sobre los bienes del colectivo, pero sí tiene un título a que se le trate de cierta manera en la distribución de los bienes comunes. Justamente por la repartición de los bienes comunes, los individuos pasan a tener derecho sobre ellos¹¹⁷.

Si existe una deuda de la sociedad hacia cada socio, se debe determinar cuánto se debe a cada uno, es decir, en qué proporción debe ser pagada esa deuda y cómo debe ser calculada la misma. La comunidad se determina por los fines que busca, por lo que la misma debe al individuo; se define por la aportación de este último a los fines colectivos y por la intensidad de dicho aporte¹¹⁸.

En este sentido, la proporción funciona de manera similar a una empresa de capital, donde los que más aportan con capital para los fines de la asociación, deben recibir una compensación mayor. En esto reside la igualdad, en que se trate a los socios de manera proporcional a lo que estos dan al todo. Esto significa que, en la justicia distributiva, a diferencia de la justicia conmutativa, no estamos antes una igualdad en las cosas, sino a una proporción entre las personas y las cosas¹¹⁹.

Como dijimos anteriormente, nada de esto puede comprenderse desde la antropología filosófica, porque ésta estudia el alma, y el alma es igual en todos los seres humanos, es lo que hace que todos compartamos la condición de humanos. Podríamos decir que es la sede de la humanidad. Pero el alma no supera la humanidad, no supera la colectividad, y, por tanto, no justifica

116 Ídem.

117 Ídem.

118 Ídem.

119 Dice Hervada: “[...] en suma, la igualdad de la justicia distributiva reside en la proporción entre las cosas y las personas, no entre las cosas como en la justicia conmutativa”. Hervada, J. *Introducción crítica al Derecho Natural*. Ob. cit., 44.

que cada persona se diferencia de la sociedad. El alma, que ya conocieron los griegos, solo justifica que seamos animales políticos, pero no que cada persona supere lo común. Este es un aporte al Derecho que solo puede hacer la antropología trascendental.

6. Otros aportes de la metafísica, la antropología trascendental y filosófica a la Filosofía del Derecho

Ya mencionamos que la metafísica es primera respecto a las otras ciencias del cosmos material porque les suministra los principios desde los cuales pueden partir. Juan Carlos Riofrío dice que la metafísica da a las ciencias también los primeros principios de la abstracción a los cuales pueden reducirse, en palabras de Aquino, “todas las definiciones de la ciencia”¹²⁰. Lo mismo cabe decirse respecto a la antropología trascendental en relación con todas las ciencias humanas.

Entre los conocimientos que el Derecho puede adquirir por medio de la metafísica y la antropología trascendental y que el Derecho supone y no prueba (asume), está el conocimiento del ser. El Derecho *es* algo, pero el Derecho en sí no estudia el ser; por eso necesita que la metafísica y la antropología le muestren por qué el Derecho es algo¹²¹.

La metafísica y la antropología son enormemente relevantes para el Derecho, ya que dependiendo de qué tipo de bases se adopten, sean éstas ideales, realistas o materialistas, se tendrán ciencias del Derecho radicalmente distintas¹²². Unas rigurosas metafísicas y antropologías (trascendental y filosófica) del Derecho pueden aunar los diferentes sistemas que han creado las diversas cosmovisiones, tomando los aciertos y dejando los errores.

Estas tres ciencias filosóficas pueden también solucionar uno de los problemas actuales del Derecho, que es la excesiva división del conocimiento jurídico. Existe una excesiva especialización entre los juristas y no hay una visión de conjunto, sapiencial. Por eso es necesario tener una ciencia que sea superior al Derecho en cuanto más general y más abstracta, para poder unificar todo el saber del Derecho¹²³.

120 Riofrío Martínez-Villalba, J. (2016). *Metafísica Jurídica Realista*. Buenos Aires. Marcial Pons.

121 *Ibidem*, 115.

122 *Ídem*.

123 *Ídem*.

7. Conclusión

La Filosofía iusnaturalista del Derecho no es una ciencia pacífica, donde los diferentes autores admitan los puntos de vista de los demás sin arduas discusiones. Está claro que existe una gran escisión entre los iusnaturalistas idealistas y los realistas, pero esta última escuela, que es la estudiada en este trabajo, tampoco es unitaria.

No hemos hecho un estudio de las corrientes iusnaturalistas, ya que consideramos que un análisis de este tipo ya ha sido profundamente realizado por incontables pensadores, con obras que superan en mucho las pretensiones de este trabajo.

Hemos tratado, más bien, de analizar, desde el punto de vista de los modos de conocimiento, qué tipos de conocimiento se puede tener del Derecho desde la filosofía. Así se ha podido llegar a la conclusión de que igual que tres son los hábitos cognoscitivos más altos del ser humano —el hábito de sabiduría, el de los primeros principios y el de sindéresis—, tres son las ciencias filosóficas desde las cuales se puede conocer la realidad: antropología trascendental, metafísica y antropología filosófica.

Cada método y cada ciencia pueden conocer algo de la realidad: la antropología trascendental, el ser personal; la metafísica, el ser del cosmos y la antropología filosófica, la naturaleza humana. Esto muestra que es completamente falso decir que la corriente que sigue a Tomás Aquino es “ontológica”, como dice Pérez Luño, ya que no solo conoce mediante la metafísica sino también mediante la antropología filosófica (no mediante la antropología trascendental porque todavía no había sido descubierta), y mediante otras ciencias como la ética. Aunque Pérez Luño tenía razón en su afirmación si se considera que la óptica ontológica es, después del enfoque teológico, uno de los mayores aportes de Aquino al estudiar el Derecho.

Solo haciendo esta distinción podemos darnos cuenta de que el conocimiento del Derecho no es coto privado de una sola ciencia filosófica, ya que el Derecho tiene tanto parte en el ser de la persona, en el ser de la realidad y en la naturaleza humana. La Filosofía del Derecho es un conocimiento múltiple y claramente delimitado.

Como dijimos antes, con esta nueva postura y herramientas que tiene el iusfilósofo, será algo más fácil discriminar los errores de una o todas las corrientes y acercarse al Derecho de forma metódica.

No quisiera terminar sin hacer una acotación, que tiene mucho que ver con Tomás Aquino, con Juan Carlos Riofrío, y con los métodos cognoscitivos, los tres ejes de este ensayo. Riofrío menciona varias veces que el método de

Aquino era sobre todo el teológico. Más que ningún tipo de filosofía, lo que el Doctor Común hacía era ciencia sagrada¹²⁴.

Parece que la teología ha sido relegada y olvidada en este ensayo, porque esta no entra dentro de ninguna de las tres ciencias mencionadas ni utiliza alguno de los tres hábitos estudiados. En realidad, utiliza dos métodos más altos aún, que no son siquiera hábitos: el entendimiento agente y la fe sobrenatural. Estos no han sido explicados por ser este un ensayo de filosofía y no de teología.

No sería completo este ensayo si no estuviera abierto a verdades más altas. Por eso, para el creyente, la teología pluripersonal y la teología sobrenatural son jerárquicamente mayores a las tres ciencias reinas de la filosofía. Ojalá muchos creyentes se dedicasen a estas ciencias sagradas en el Derecho, como ha hecho ya –aunque sea con un pequeño ensayo– Juan Carlos Riofrío¹²⁵ y como hizo Tomás Aquino en la *Suma*. Así se encontrarían verdades jurídicas aún más inefables.

Bibliografía

- Alvira, T.; Clavell, L. & Melendo, T. (2001). *Metafísica*. España. EUNSA.
- Aquino, T. (1956). *Suma Teológica* (Vol. TVIII). Madrid. Biblioteca de Autores Cristianos.
- Aquino, T. (s.f.). *In IV Sent.*
- Aquino, T. (s.f.). *In IX Metaph., lect 3, n. 1805.*
- Carreras, J. (2000). *Antropología jurídica de la sexualidad*. Caracas. Centro de Estudios Para la Familia.
- Casaubón, J. A. (1982). “Derecho”. En *Introducción al Derecho*. Buenos Aires. Ariel.
- Cotta, S. (1958). *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*. Milan. Giuffrè.
- Fragueiro, A. (1948). “De las causas del Derecho”. *Actas del Primer Congreso Nacional de Filosofía*. Mendoza.
- Gaudium et Spes*. (s.f.).
- Gómez Pérez, R. (1993). *Ética: problemas morales de la existencia humana*. 6ª edición. Madrid. Magisterio Casals.
- Hervada, J. (1991). *Lecciones de Filosofía del Derecho*. Pamplona. EUNSA.

124 Dice Riofrío: “Muchos juristas citan a Tomás de Aquino disgregando *ex profeso* sus reflexiones teológicas sobre el Derecho. Quizás su cometido se justifique en los deseos de precautelar la autonomía de las ciencias, pero desde luego este no era el método escolástico, ni menos el del Aquinate [...]. Dicho lo mismo con mayor precisión: lo que hizo Santo Tomás fue teología sobre varias cuestiones de Derecho, hizo ‘teología del Derecho’”. Riofrío Martínez-Villalba, J. “Lecturas jurídicas de la obra de Santo Tomás de Aquino”. Ob. cit., 73.

125 Riofrío Martínez-Villalba, J. (2011). “¿Puede la fe aportar algo al Derecho? La respuesta de la teología jurídica”. Ob. cit., 54.

- Hervada, J. (2006). *Introducción crítica al Derecho Natural*. Bogotá. Editorial Temis.
- Hoyos Castañeda, I. (2006). “Prólogo a la primera edición”. En Hervada, J. *Introducción crítica al Derecho Natural*. Bogotá. Editorial Temis.
- Kalinowski, G. (s.f.). *Concepto, fundamento y concreción del Derecho*. Buenos Aires. AbeledoPerrot.
- Kalinowski, G. (s.f.). *Introducción a la lógica jurídica*. Buenos Aires. EUDEBA.
- Kant, E. (1797). *Principios metafísicos del Derecho*. (G. Lizárraga, Trad.) Madrid. Librería de Victoriano Suárez.
- Maréchal, J. (1957). *El punto de partida de la metafísica*. Madrid. Gredos.
- Massini Correas, C. I. (1994). *Filosofía del Derecho*. Buenos Aires. AbeledoPerrot.
- Massini Correas, C. I. (s.f.). *Notas sobre el concepto de Derecho*.
- Olgati, F. (1950). *I fondamenti della filosofia classica*. Milan. Vita e pensiero.
- Pérez Luño, A. E. (2007). *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*. Editorial Tebar.
- Pia Tarazona, S. (s.f.). *La doctrina del acto de ser en Leonardo Polo: sus precedentes y una propuesta de prolongación*. Recuperado el 1º de enero de 2017, de Futurizar el Presente: <http://www.leonardopolo.net/textos/pia.htm>.
- Pieper, J. (1974). “El concepto de lo creado y sus implicancias”. *Congreso Internacional Tomista*. Roma.
- Riofrío Martínez-Villalba, J. (2011). “¿Puede la fe aportar algo al Derecho? La respuesta de la teología jurídica”. *Ruptura*, 54.
- Riofrío Martínez-Villalba, J. (2012). “Las causas metafísicas como fuentes del Derecho”. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* (15).
- Riofrío Martínez-Villalba, J. (2013). “De la Pirámide de Kelsen a la Pirámide Invertida”. *Primer Congreso de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional*. Ciudad de México.
- Riofrío Martínez-Villalba, J. (junio de 2013). “Lecturas jurídicas de la obra de Santo Tomás de Aquino”. *Revista Dikaion*, 22 (1).
- Riofrío Martínez-Villalba, J. (abril-septiembre de 2015). “La selección del método en la investigación jurídica. 100 métodos posibles”. *Revista de Educación y Derecho* (12).
- Riofrío Martínez-Villalba, J. (2016). “La fórmula: ser-potencias-fines-valores-principios-normas-relaciones jurídicas”. *XII Jornadas Internacionales de Derecho Natural: Ley Natural y dignidad humana*. Buenos Aires. Universidad Católica Argentina.
- Riofrío Martínez-Villalba, J. (2016). *Metafísica Jurídica Realista*. Buenos Aires. Marcial Pons.
- Riofrío Martínez-Villalba, J. (s.f.). *Codex Iuris Naturalis*.
- Sellés, J. F. (2011). *Antropología para inconformes*. España. Rialp.
- Vigo, R. L. (1991). *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.
- Villey, M. (1979). *Compendio de Filosofía del Derecho*. Pamplona. EUNSA.

OTRAS MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD *Others manifestations of prosecutorial discretion*

Carlos Manuel Romero Berdullas¹

Recibido: 1° de marzo de 2017
Aprobado: 12 de mayo de 2017

Resumen: Este trabajo completa lo desarrollado en la precuela publicada en *Prudentia Iuris*², donde se procuró discernir si algunas novedosas figuras constituían manifestaciones del denominado principio de oportunidad; e intentó precisar si se ajustaban al bien común. Superado aquel peldaño de la trama investigativa, y en clave con el compromiso asumido de profundizar la investigación iniciada, el culmen de este artículo es ordenar el movimiento de la razón para escrutar si la mediación, conciliación y reparación; la enfermedad incurable en estado terminal y/o avanzada edad; el arrepentido; junto a otros institutos, son concreciones del llamado principio de oportunidad. Al igual que en la investigación anterior, escudriñada la primera cuestión, pondremos todos los medios en pos de determinar si éstos son medios ordenados al fin de la sociedad política. De modo que una vez más, pasaremos la criba por el ordenamiento positivo, y la doctrina contemporánea, además de necesariamente apelar al perenne magisterio del pensamiento clásico (en cuya cumbre se encuentra la obra de Santo Tomás de Aquino); como a los fecundos aportes brindados desde el realismo al Derecho Penal, especialmente a través de doctrinarios de la talla de Alfredo Repetto, Camilo Tale y Héctor Hernández. De esta manera, se pretende estudiar esta

1 Abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA), Especialista en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA) y Secretario de Cámara de la Secretaría General de Política Criminal y Planificación Estratégica del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Correo electrónico: romeroberdullascm@yahoo.com.ar.

2 Conf. Romero Berdullas, C. M. (2017). "Manifestaciones del principio de oportunidad". *Prudentia Iuris*, N° 83. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA).

temática de especial actualidad, a la luz de los principios fundamentales de la justicia y el orden natural, siempre iluminados por la Fe.

Palabras claves: Principio de oportunidad - Arbitrariedad - Bien Común.

Abstract: This complete work was developed in the prequel published in *Prudentia Iuris*³, where it was tried to discern if some novel figures were manifestations of the denominated principle of prosecutorial discretion; and tried to specify if they fit the common good. Overcome that rung of the investigative plot; and in the key with the commitment assumed to deepen the investigation initiated, the culmination of this article is to order the movement of the reason to scrutinize if the mediation, conciliation and repair; incurable disease in terminal condition and/or advanced age; the repentant; together with other institutes, are concretions of the so-called principle of prosecutorial discretion. As in the previous investigation, when we scrutinize the first question, we will put all means to determine if these are ordered means at the end of the political society. So, once again, we will pass the sieve by positive ordering, and contemporary doctrine, in addition to necessarily appeal to the perennial magisterium of classical thought (at whose summit is the work of St. Thomas Aquinas); As well as the fruitful contributions provided from realism to Criminal Law, especially through doctrinaires of the likes of Alfredo Repetto, Camilo Tale and Héctor Hernández. In this way, we intend to study this topic of special relevance, in the light of the fundamental principles of justice and natural order, always enlightened by the Faith.

Keywords: Prosecutorial discretion - Arbitrariness - Common Good.

Para citar este texto:

Romero Berdullas, C. M. (2017). "Otras manifestaciones del principio de oportunidad", *Prudentia Iuris*, N° 84, pp. 137-164.

1. Introducción

Este trabajo es una secuela de "Manifestaciones del principio de oportunidad", documento publicado en el número precedente de *Prudentia Iuris*⁴, que procuró llevar a término un estudio crítico sobre disímiles expre-

3 Ídem.

4 Ídem.

siones legislativas inseridas en nuestro país (en su mayoría recientemente), con el afán de discernir si aquellos criterios introducidos constituían (*stricto sensu*) genuinas proyecciones del denominado correcta o incorrectamente principio de oportunidad; y si estos institutos se ajustaban o no al bien común político.

Los menesteres aprontados en la investigación citada se centraron en el estudio de los delitos de acción privada, los delitos dependientes de instancia privada, la llamada conversión de la acción pública en privada, la insignificancia procesal, la intervención de menor relevancia y la pena carente de importancia. Así pues, superado el tamiz de aquel primer peldaño de nuestra trama investigativa, se advierte la significancia de ordenar el movimiento de la razón a discurrir e inferir conclusiones, respecto a otras potenciales concreciones del principio de oportunidad.

Tal como fuera anticipado oportunamente, en aras de no jalonar la extensión de aquel artículo por fuera de los confines de la extensión estatuida por las normas de publicación de la revista, se asumió el compromiso de profundizar en lo venidero el itinerario ya iniciado. De modo que, aquí, intentaremos concretar esa desiderata y recorrer el camino hacia un conocimiento cierto por las causas, para escrutar si integran el principio de oportunidad la mediación, conciliación y reparación; la enfermedad incurable en estado terminal y/o avanzada edad; la pena natural; los procedimientos abreviados; la suspensión del juicio a prueba; el arrepentido; el agente encubierto; la entrega vigilada; determinados supuestos de la ley penal tributaria y la ley de estupefacientes y psicotrópicos; como también la amnistía e indulto.

Por consiguiente, en este análisis sopesaremos cada una de estas figuras en clave con la concepción enseñada por la doctrina y la jurisprudencia sobre el principio de oportunidad, el cual refiere a las facultades del Estado (específicamente al fiscal), para no iniciar, suspender o interrumpir la persecución penal pública ante la noticia delictiva por razones de política criminal.

De ahí que, tal como se adelantara en “Manifestaciones del principio de oportunidad”, pasaremos la criba sobre estos institutos, en miras de determinar si son una auténtica expresión de un principio de oportunidad emparentado por algunos como excepción o antítesis del principio de legalidad procesal (que impide toda disposición, desistimiento, suspensión y/o retractación de la acción penal pública por parte del órgano encargado de la persecución penal ante la *notitia criminis*); asimilado por otros a una expresión de este último principio –cuando se trata de oportunidad reglada–; y categorizado por otra vertiente como todo tratamiento penal diversificado del conflicto social representado por el hecho delictivo⁵.

5 Conf. *in extenso* lo desarrollado en ob. cit. *ut supra*.

Por lo demás, a medida que se demuestre suficientemente cuál de estas manifestaciones es reflejo del iridiscente principio de oportunidad, nos plantearemos si cada uno de estos conceptos se ordenan o no al bien común. En otras palabras, haremos el intento de escudriñar si estas reformas son medios ordenados al fin de la sociedad política.

2. Análisis crítico

2.a. Mediación, conciliación y reparación

Una verdadera innovación legislativa de los cuerpos normativos de las provincias y la Nación es el establecimiento de la mediación, la conciliación y/o reparación a la víctima (esta última prevista autónoma o de manera integrada a las otras dos alternativas apuntadas).

Así pues, nos topamos con su recepción en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 204, inc. 2º, CPPCABA); las Provincias de Buenos Aires (art. 2º, CPP) La Pampa (art. 15, inc. 4º, CPP), La Rioja (art. 204 bis, inc. 2º, CPP), Río Negro (art. 180, CPP), Santa Fe (art. 19, CPP), Mendoza (art. 26, inc. 2º, CPP), Chubut (art. 44, inc. 5º, CPP), Chaco (art. 6º bis, inc. 3º, CPP), Santiago del Estero (art. 103, CPP), Jujuy (arts. 101, inc. 5º, 104 y 105, CPP), Neuquén (art. 106, inc. 5º, CPP), Misiones (art. 60, incs. e y f, CPP) y Entre Ríos (art. 5º, CPP); y el Código Procesal Penal de la Nación aprobado por Ley N° 27.063, luego suspendido mediante Decreto PEN N° 257/2015.

Ha de remarcar, también, que entre las causas de extinción se incorporaron al Código Penal de la Nación (a través de la Ley N° 27.147) la: “[...] conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes [...]” (art. 59, inc. 6º, CP), por lo que vuelven a plantearse algunos interrogantes en torno a los límites de la potestad delegada y la regulación del principio de oportunidad.

Lo cierto es que estas nuevas vías de respuestas se relacionan con un paradigma denominado de “solución de conflictos”⁶, ligado a la llamada “justicia restaurativa”, e instaurado supuestamente en aras de procurar una resolución del conflicto originado en razón del hecho punible, privilegiando soluciones ponderadas como más adecuadas al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social.

De todo esto decanta una proyección del principio de oportunidad, por cuanto ante una problemática delictiva concreta, el fiscal posee la facultad

6 Basta con señalar en este punto la sustitución del término “delito” por “conflicto”, estrategia históricamente propugnada de modo expreso y sin miramientos por los más destacados exponentes del abolicionismo del Derecho Penal.

de proponer la mediación o conciliación a la víctima e imputado, para en caso de arribar a un acuerdo y/o reparación, disponer el archivo de las actuaciones sin más trámite y desistir de la persecución penal⁷. Ha de notarse, que no obstante variar el ámbito de aplicación del procedimiento de mediación según las provincias⁸, como también la existencia del deber del juez de homologar o no el acuerdo⁹, nos hallamos ante un marco de discrecionalidad del fiscal, en orden a suspender o renunciar a la persecución penal de determinadas conductas delictivas. De ahí, la palpable manifestación de un principio de oportunidad que podría caracterizarse de reglado, aunque la determinación final se encuentre librada a la autonomía de la voluntad del ofendido y el imputado –pues el denominado “conflicto” debe ser compuesto libremente.

Vale resaltar que su introducción se afina en una reconsideración del papel de la víctima originada por posiciones radicales tendentes a “devolver el conflicto a la víctima”¹⁰, repersonalizar el sistema penal y superar arquetipos retributivos, por intermedio del desplazamiento total del Derecho Penal (material-procesal) por un paradigma transaccional implementado mediante la reparación, conciliación y/o mediación¹¹; mientras otras corrientes

7 Por ejemplo, esta salida contemplada en el art. 204, inc. 2º, del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, CPPCABA) no prevé la reparación del daño causado a la víctima; en tanto en otras provincias se exige, a su vez, como requisito (véase, a modo de ejemplo, el Código Procesal Penal de Río Negro, art. 180 ter y el Código Procesal Penal de Santa Fe, art. 19, inc. 5º).

8 Ejemplifica esto, que en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se excluyen del procedimiento en cuestión las causas dolosas previstas en el L. II, T. I, Cap. I y T. III del Código Penal, como también los casos subsumibles en el art. 91 del Código sustantivo (lesiones gravísimas), en tanto se realizaren dentro de un grupo familiar conviviente. Mientras que en la Provincia de Buenos Aires se restringe a delitos de competencia correccional.

9 A modo de ejemplo, en el CPPCABA y en el de la Provincia de Buenos Aires no se alude a homologación alguna del juez; en tanto sí se halla contemplado este acto en el símil cuerpo normativo de la Provincia de Río Negro, donde incluso es el juez quien declara extinguida la acción penal (art. 307, inc. 4º, del CPP).

10 Esta expresión proviene de Nils Christie (puntualmente de *Conflicts as Property*), tal como fuera alertado por en Silva Sánchez, J. M. (1998). *Perspectivas sobre la política criminal moderna*. 1ª ed. Buenos Aires. Ábaco, 195. Lo afirmado puede corroborarse de la lectura de Christie, N. (January 1977). *Conflicts as Property, The British Journal of Criminology*, vol. 17, Nº 1, 1-15; o su traducción con el título de “Los conflictos como pertenencia”, 159-182. En AA. VV. (1992). *De los Delitos y de las Víctimas*. 1ª ed. Buenos Aires. Ad Hoc.

11 Entre estas posturas radicales vale destacar, entre otras, las de Hulsman, Christie y Shumann. *Vide in extenso* Hulsman, L.; Bernat de Celis, J. (1984). *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*. 1ª ed. Barcelona. Ariel; Christie, N. (January 1977). “Conflicts as Property”. Ob. cit., vol. 17, Nº 1, 1-15; Christie, N. (1984). *Los límites del dolor*. México D. F. Fondo de la Cultura; y Shumann, K. F. (enero-junio 1991). “Una sociedad sin prisiones”. En *Doctrina penal. Teoría y práctica en las Ciencias Penales* (dir. Nuñez, R. C.). Año 14, Nº 53-53. Buenos Aires. Depalma, 109-128.

más temperadas¹² instan a sustituir la pena ante cierta clase de delitos, cuando se logra la composición entre la víctima y el imputado, de consuno a la consiguiente reparación; y/o una facultad extintiva de la persecución penal, con asidero en criterios de oportunidad¹³.

Desde luego, que la recepción de estas alternativas resulta por demás controversial. Puede adelantarse que frente a la aplicación de esta tercera vía subsistiría un interés público no restaurado, razón precisamente por la cual aquel injusto fue tipificado penalmente¹⁴. Por ello, Sancinetti rechaza de cuajo la posibilidad de la víctima de disponer del daño público provocado por el delito, con el postulado de pertenencia del conflicto y por intermedio de un acuerdo privado o cuasi-privado, pues incisivamente añade, que si bien ésta es dueña de ciertos derechos (por ej.: libertad, integridad corporal, etc.), no se encuentra en condiciones de decidir la disposición de algo no perteneciente a ella (léase el gravamen público generado por el delito)¹⁵.

Así pues, concluye el juriconsulto mencionado, que la víctima:

“No puede disponer de la necesidad de reorientación que implica y supone la pena para el resto de los que no intervinieron en ese delito, ni como autor, ni como víctima. Ante el robo cometido contra X, todos los que no son X necesitan saber si esa norma sigue vigente; para eso, el Estado tiene que poder penar sin importar el perdón de X. Eso parece imponerse si se parte del fin de la resocialización. Pues es difícil de entender por qué el perdón o el acuerdo reparador

12 Entre las posturas menos radicales se encuentran, por ejemplo, las de Maier, Silva Sánchez, Roxin y Yacobucci. *Vide* Maier, J. B. J. (2011). *Derecho Procesal Penal, II. Parte General, Sujetos Procesales*. Buenos Aires. Editores del Puerto, 601-605; Silva Sánchez, J. M. (1998). *Ob. cit.*, cuestión 7; Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. 1^o ed. Buenos Aires. Editores del Puerto, pp. 108-110; y Yacobucci, G. J. (2005). “Los desafíos de un nuevo Derecho Penal”. En AA. VV., *Revista Jurídica Logos* (Facultad de Derecho prof. Damásio de Jesús). San Pablo, N° 1.

13 La diferencia entre las posturas más radicales y las dosificadas sería que las primeras no confunden reparación con reacción penal, pues el ingreso de esta vía procura desplazar completamente el Derecho Penal. En cambio, las menos radicales buscan la despenalización de ciertos comportamientos delictivos, a través del ingreso de esta nueva vía resolutive. En realidad, puede apreciarse que el distingo comprende al ámbito de aplicación de una u otra, pero desde una perspectiva teórica las propuestas de ambas son idénticas. *Vide* Maier, J. B. J. *Derecho Procesal Penal, II...* *Ob. cit.*, 585 y 591; e *in extenso*, Silva Sánchez, J. M. *Ob. cit.*, cuestión 7.

14 *Vide* Maier, J. B. J. *Ob. cit. ut supra*, 592.

15 Sancinetti, M. (15 de agosto de 2012). *Avenimiento y mediación: ¿la pena como “objeto de negocios jurídicos”?* Publicado en blogspot de la materia “Régimen del Proceso Penal” (CPO), de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, a cargo del Prof. Bruzzone, G. A. Recuperado de <http://regimenprocesalpenal.blogspot.com.ar/2012/08/marcelo-sancinetti-avenimiento-y.html>, 7.

de la víctima de una agresión sexual deberían implicar la falta de necesidad de resocialización como medio para lograr la evitación de conductas similares en el futuro”¹⁶.

Al respecto, aquí cabe descansar en las atinadas apreciaciones formuladas por el profesor Repetto, quien nos enseña que la conducta antijurídica, conducta disvaliosa o axiológicamente negativa, implica:

- a) lo ilegal, como falta de adecuación a la norma;
- b) lo desigual, como desproporción respecto del merecimiento o título de otro;
- c) y, fundamentalmente, la desordenación de la conducta respecto del fin jurídico”¹⁷.

Así, de las lecciones de este exponente del realismo clásico, puede entreverse que no obstante la reparación del daño material provocado por el delito, es justo (natural) imponer una pena para restablecer la igualdad de trato alterada por el ofensor entre éste y el ofendido. Pues ante la comisión de un delito se incumplen dos deberes:

- a) uno que emana de la justicia conmutativa e impone el imperativo de respetar la relación del titular del bien jurídico con su bien (ya sea un objeto material o inmaterial), el cual resulta apto para su titular en orden a satisfacer una necesidad humana (tanto corporal, como espiritual)¹⁸; y
- b) otro enhiesto en la obligación de todos de no perturbar los derechos personales de los demás y respetar la paz o vida tranquila, imperativo de justicia general o legal destinado directamente a preservar el bien común¹⁹.

Con estas afirmaciones se evidencia que los delitos o actos humanos ejecutados en detrimento del otro irradian un perjuicio a toda la comunidad política²⁰, pues si bebemos de los perennes odres de la sabiduría compartida por Santo Tomás de Aquino, necesariamente debemos concluir lo siguiente: “El mérito y demérito se dicen por orden a la retribución que se hace según justicia. Pero se le hace a uno retribución según justicia porque

16 Ídem.

17 Vide Repetto, A. (15 de jun. de 2007). “La importancia del Derecho y del Derecho Penal”. En *Diario de Política Criminal*, N° 11.780. Buenos Aires. El Derecho, acápite 3.4.

18 Ídem.

19 Ídem.

20 *Ibidem*, 4.2.

obra en provecho o en perjuicio de otro. Ahora bien, hay que tener en cuenta que cualquiera que viva en una sociedad es, en cierta medida, parte y miembro de toda la sociedad. Luego, quienquiera que hace algo para bien o para mal de alguien que vive en sociedad, esto redundará a toda la sociedad; como quien hiere una mano, consiguientemente hiere al hombre. Luego, cuando uno obra para bien o para mal de otra persona singular, le corresponde de dos modos razón de mérito o de demérito. Uno, porque le debe retribuir la persona singular a la que ayuda u ofende. Otro, porque le debe retribución todo el colectivo. Además, cuando uno ordena su acto directamente para bien o para mal de todo el colectivo, le debe retribución primero y principalmente todo el colectivo, en efecto, pero secundariamente todas las partes del colectivo”²¹.

De lo expuesto, podemos colegir, entonces, que al incurrir en el reduccionismo de atender sólo a la relación entre la víctima y el victimario, la denominada justicia restaurativa sume en el olvido el interés público, siempre comprometido en la perpetración de un delito de acción pública²².

Asimismo, una segunda crítica a esta justicia restaurativa podría argüirse sobre la premisa de que esta clase de respuestas puede menguar el valor preventivo general de las penas, por cuanto el autor de la conducta disvaliosa sabría de antemano que la impunidad se encuentra al alcance de la mano, con tan sólo reparar el perjuicio provocado. Resulta sumamente ilustrativa de esta cuestión la anécdota relatada por Soler y luego evocada por Maier. Aludo a la del ciudadano romano, quien en tiempos inflacionarios se solazaba alegremente por la Via Appia Antica, agraviando moralmente a quienes se cruzaban en su camino, pero entregando de inmediato veintiún ases, que precisamente constituían la pena prevista para los delitos contra el honor²³.

En este acápite tan sólo basta añadir un tercer reparo que puede ofrecerse en base al peligro ínsito sobre estos procedimientos, consistente en las posibilidades de dar lugar a juegos extorsivos y/o presiones externas, donde quien posee la posición más endeble cargaría con grandes chances de perder²⁴.

21 Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-II, q. 21, a. 3. Se siguen aquí y en adelante la ed. primera (1990) de la BAC (cuarta reimpression del año 2001). Madrid.

22 Aquí seguimos de cerca a Tale, C. (2010). “Los legítimos fines de la pena jurídica”. En AA. VV., *Fines de la pena. Abolicionismo, impunidad*. Dirigido por Hernández, H. H., 1ª ed. Buenos Aires. Cathedra jurídica, cap. III.2.3.

23 Al respecto, puede verse lo explicado en Maier, J. B. J. *Derecho Procesal Penal, II...* Ob. cit., 592, nota al pie número 23.

24 *Vide* Maier, J. B. J. *Derecho Procesal Penal, II...* Ob. cit., 592.

2.b. Enfermedad incurable en estado terminal y/o avanzada edad

Algunas provincias de nuestro país han incorporado como criterio de oportunidad la posibilidad de que el fiscal no promueva o prescinda (total o parcialmente) de la acción penal cuando el imputado padezca una enfermedad incurable en estado terminal (según dictamen pericial), o tenga más de 70 años de edad y no hubiera mayor compromiso para el interés público²⁵.

El órgano encargado de adoptar esta decisión facultativamente y en un ámbito de discrecionalidad (aunque reglado), junto a la disponibilidad de la acción penal en delitos de acción pública, nos permiten asimilar este supuesto a una manifestación del principio de oportunidad.

Se alude que esta norma responde a diversos factores, entre los cuales podemos señalar la imposibilidad de que el proceso pueda esclarecer los hechos imputados, y si hubiera mérito para condenar, la inviabilidad de proponer un castigo; de consuno a la grima que causaría un proceso no ponderador de consideraciones de humanidad y el desmedro generado en orden a asegurar la paz social²⁶.

En lo que importa al criterio de oportunidad estudiado, primero debemos puntualizar aquí la inexistencia de una contradicción entre un sentido retributivo de la pena y la humanidad del culpable si imperara el principio de legalidad procesal.

La retribución impuesta al autor de un delito, en reciprocidad por el mal provocado a la comunidad política, mediante un hecho injusto sumamente gravoso, y, por ende, tipificado como delito, contiene un sentido de índole deóntico, por cuanto lo justo es hacer el bien. Por consiguiente, la omisión de aplicar la pena e indiferencia del órgano persecutor ante la actividad delictiva constituye un mal ético, pues al dispensarse la persecución de un delito (por las condiciones personales analizadas) se impide la restauración del orden jurídico conculcado por el hecho penal, además de menguarse el valor justicia y/o el derecho de la comunidad política o las víctimas a saber la verdad respecto a esa conducta disvaliosa, el acceso a alguna reparación y la consecución de una sentencia justa por los acontecimientos sufridos.

25 Véase, a modo de ejemplo, los Códigos Procesales de las Provincias de Santa Fe (art. 19, inc. 7º) y Chubut (art. 44).

26 *Vide* Herzog, F. (2008). “¿No a la persecución penal de dictadores ancianos? Acerca de la función de la persecución penal de la criminalidad estatal”. En *Política Criminal*, N° 5, D1-5, 1-9, según cita de Aguad, D.; Bazán, N.; Biancotti, D.; Gorgas, M.; Olmedo, B. (junio de 2011). “La regulación del principio de oportunidad. Sistematización comparativa de las Legislaciones provinciales que receptan institutos de oportunidad procesal”. Córdoba. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Instituto de Ciencias Penales, 21-22.

Cabe añadir que, de esta forma, al no perseguirse y evitarse la emisión de un juicio de reproche sobre estas graves conductas, también se ve mermado el propósito pedagógico de la pena, que precisamente revela la trascendencia de fortalecer el juicio ético de los ciudadanos y fortalecer la conciencia jurídica sobre ciertos valores esenciales, en orden a afianzar el bien común de la comunidad política.

A la par, ha de advertirse que la edad de 70 años o el padecimiento de una enfermedad terminal incurable no disminuyen la culpabilidad del autor. En efecto, de la mayor vulnerabilidad física del autor no puede colegirse menor autodeterminación, y en consecuencia, tampoco menos culpa. Resulta evidente, que no es menos disvaliosa una acción delictiva o posee menor demérito un delito (por ej.: homicidio, abuso sexual de menores, etc.) si es cometido por una persona de 70 años o por alguien con una breve expectativa de vida, pues la culpabilidad se relaciona a otros presupuestos, tales como, a modo de ejemplo, el conocimiento de la norma y la capacidad para motivarse de conformidad con ésta²⁷.

Ahora bien, la necesidad ético-jurídica de perseguir los delitos, aprontar el juicio de reproche e imponer la sanción penal no importa defender la aplicación de tratos-penas crueles o degradantes, sino más bien, propender hacia el culmen de una retribución temperada, acorde al bien común político y la dignidad de todo hombre.

Es oportuno señalar que la humanidad se encuentra amalgamada a una dignidad de carácter permanente, coexistente con una indignidad dinámica²⁸ y factible en todas las personas, por cuanto se vincula a la defectividad propia de la naturaleza humana. De lo contrario, si esta defectividad no se actualizara, el Derecho Penal se volvería vacío de sentido, ya que no existirían delitos.

De esto puede inferirse, entonces, que esa indignidad mudable del ser humano constituye un presupuesto del Derecho Penal²⁹. En consecuencia, puede afirmarse que una de las premisas antropológicas del Derecho Penal

27 Se sigue de cerca el crítico informe elaborado por la Comisión de la Universidad Católica de Cuyo con sede en San Luis, al analizar el Anteproyecto de Código Penal de la Nación delegado por Decreto N° 678/2012. En particular, se toma como faro los argumentos vertidos contra los atenuantes pretensamente instituidos por el art. 18.2 del mentado Anteproyecto.

28 Al situarse el hombre por fuera del orden de los fines naturales, y a modo de ejemplo asesinar a una persona, comete un hecho indigno. Tal es así, que esa conducta sumamente disvaliosa no origina derecho alguno a su respecto en su autor, y necesariamente debe ser sancionada.

29 Léase la lección de Hernández sobre indignidad en el sentido precisado, desarrollada en Hernández, H. H. (2013). *El garantismo abolicionista*. 1ª ed. Buenos Aires. Marcial Pons Argentina, cap. 18.

es la existencia de libertad en el hombre, en cuanto sustancia individual, racional y espiritual dotada de voluntad e inteligencia³⁰.

De ahí que estos elementos especificadores de una dignidad humana única e intransferible de ese ser humano libre, son presupuestos del principio de “dar a quien delinque su pena”, imperativo de justicia enhiesto en el bien común político. Tal es así, que la exteriorización del acto humano parte del hombre. Es decir, se inicia en la chance de escoger entre perpetrar o no un delito (en otras palabras, hacer el mal o evitarlo), fundamento de una responsabilidad emparentada con la dignidad de todo hombre³¹.

En concreto, la pena es correlato de una responsabilidad del hombre originada en esa libertad esencial e intrínseca al ser humano. Por tanto, el binomio libertad-responsabilidad es un presupuesto ineludible del delito, que no puede interpretarse como un mero acontecer mecánico, natural, azaroso, fisiológico, nervioso o no libre³², pues en la co-posibilidad de la libertad se engendra la mismísima dignidad de la persona.

A raíz de lo expuesto, puede deducirse que este criterio de oportunidad lleva a un ínsito rechazo de esa dignidad connatural del hombre de 70 años o doliente de una enfermedad terminal e incurable. Es que, en definitiva, esa indiferencia hacia ese hecho penal no sólo aherroja una suerte de negación de responsabilidad personal fundada en la edad o las cuitas de la salud de la persona, sino un rechazo de la libertad y dignidad de esos sujetos de derecho. Así pues, sencillamente, en la incorrecta invocación de consideraciones humanitarias, no habría más que una soterrada negación del estatuto de esos seres humanos.

Puede apreciarse, entonces, con claridad, una manifestación del principio de oportunidad que en rigor de verdad plantea un adelantamiento y alteración de beneficios ya previstos en nuestra normativa sustantiva, posibles de ser implementados antes o luego del dictado de la condena por el juez competente. Simplificando, puede afirmarse que nuestra normativa

30 Tratado *in extenso* en Gamboa A. C.; Romero Berdullas, C. M. (2015). *Planteos actuales de la política criminal*. 1ª ed. Buenos Aires. Ad-Hoc, pp. 73 y sigs.

31 Cf. Hernández, H. H. Ob. cit., caps. 18 y 49.

32 No se desconoce que, si se partiera de visiones materialistas sobre el poder de auto-determinación, como de algún modo lo fueron las de Lenin, quien identificaba al pensamiento con “una secreción del cerebro, como la bilis lo es del hígado” [según Basso, D. M. (1997). *Los fundamentos de la Moral*. 2ª ed. Buenos Aires. EDUCA, 137], u otras explicaciones conductistas o del freudismo ortodoxo tendentes a emparentar la capacidad de autodeterminación a meras reacciones mecánicas, nerviosas o fisiológicas a disímiles estímulos sensibles, se incurriría en una supina contradicción. Es que, por un lado, se negaría la libertad personal; mientras, por otra parte, se postularía una serie de libertades individuales/políticas (por ej.: el derecho de autodeterminación de individuos/pueblos). El contrasentido es evidente, pues de no existir personas libres, no puede deducirse libertad colectiva alguna.

contempla soluciones para estos supuestos, concordantes con la finalidad retributiva o preventiva de la pena; y a la vez, respetuosas de cada ser humano.

Al respecto, ha de precisarse que ya los arts. 7° y 10 del Código Penal de la Nación y el art. 32 de la Ley Nacional de Ejecución (Ley N° 24.660, reformada por Ley N° 26.472) establecen las condiciones que deben respetarse para ejecutar la prisión preventiva o las penas, en clave con ponderaciones eminentemente humanitarias, la tutela de la salud y/o la protección de los ancianos.

Vale acotar que, aquí, podría avizorarse una colisión de normas de diversa jerarquía (nacional *vs.* provincial) y carácter (sustantivo *vs.* procesal), además de asomar la rediviva polémica en torno a la inconstitucionalidad de normas procesales, cuando legislan sobre cuestiones atinentes al Derecho Penal material.

Como corolario, en cuanto a la condición de procedibilidad de este criterio, determinada por una abstracta y de ardua objetivación fórmula (léase no comprometer el interés público), ha de señalarse que el temperamento no persecutorio adoptado por el fiscal, inexorablemente, enseñará una contradicción con la decisión adoptada por el legislador al tipificar ese hecho como delito de acción pública. Tal es la estulticia e inepticia, que el criterio desincriminador del fiscal contradirá el baremo aplicado por el legislador para definir la necesidad deóntica de introducir en el Código Penal esa conducta lesiva del interés público.

2.c. Pena natural

Otro de los supuestos contemplados en la normativa procesal³³ como criterio de oportunidad es la facultad del fiscal de prescindir del ejercicio de la acción penal o reducir la pena cuando el imputado hubiera sufrido como consecuencia del hecho penal un daño físico o moral, que por su gravedad tornara innecesaria y desproporcionada la aplicación de la sanción penal.

Aquí se contempla el daño físico o moral grave padecido por el encartado a raíz de su conducta disvaliosa³⁴, que volvería desproporcionada la

33 Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 199, inc. i, CPPCABA); las Provincias de Buenos Aires (art. 56 bis, Ley N° 13.943), La Pampa (art. 15, inc. 2°, CPP), La Rioja (art. 204 bis, inc. 8°, CPP), Río Negro (art. 180 ter del CPP), Chubut (art. 44, CPP), Santa Fe (art. 19, CPP), Chaco (art. 6° bis, inc. 2°, CPP), Jujuy (art. 101, inc. 2°, CPP), Neuquén (art. 106, inc. 3°, CPP), Misiones (art. 60, inc. c, CPP) y Santiago del Estero (art. 61, CPP); y el art. 31, inc. c, del Código Procesal de la Nación aprobado por Ley N° 27.063, que a fines de 2015 fuera suspendido.

34 Es objeto de debate si la pena natural debe abarcar sólo los delitos culposos o también los dolosos. Así, por ejemplo, algunas provincias ciñen este supuesto a los delitos culposos

sanción penal. Ese gravamen configuraría de por sí un mal natural originado ante la comisión del ilícito penal, que oficiaría de elemento compensador de la culpabilidad y factor de redención (en algunos casos). Por ende, los principios de proporcionalidad y necesidad impondrían la aplicación de la conocida *poena naturalis*.

Con claridad meridiana trata este concepto Tale, quien a través de su magisterio nos enseña que el fundamento de este instituto es precisamente que la autora de la “[...] conducta delictiva culposa ya ha sufrido una *poena naturalis* bastante grave, como es la deficiencia que afecta de modo permanente a su propio hijo, y causada por ella misma, lo cual la hace más penosa; entonces con su agudo dolor ya pagó y pagará suficientemente por su delito [...]”; por lo cual concluye la ausencia de necesidad de aplicar en este caso una pena jurídica³⁵.

Con independencia del orden jurídico positivo, vemos que en esta hipótesis el orden jurídico natural compensa la culpa y castiga al autor del delito mediante un grave daño. Se hace patente, entonces, que la ventaja obtenida por quien al hacer su voluntad quebrantó el orden jurídico (por ej.: exceder los límites de velocidad dispuestos por la norma) resulta compensada por la aflicción generada por la pena natural, que anula la culpa. Por ende, de acuerdo al fin retributivo de la pena, el principio de humanidad y el de proporcionalidad, no es necesario deónticamente la aplicación de la pena.

De modo que, en rigor de verdad, lo afirmado nos permite establecer la inexistencia de un criterio de oportunidad³⁶, por cuanto en realidad la *poena naturalis* sería una causa eximente o reductora de la pena. En efecto, en estos casos no debería existir margen de discrecionalidad, pues el imperativo de justicia obligaría a eximir o reducir la pena, ya que, de lo contrario, se configuraría el injusto de sancionar penalmente a quien ya fue privado de un bien por el delito cometido, o de aplicar una sanción penal excesivamente severa, cuando la totalidad de la culpa no fue compensada mediante la retribución natural –pero sí una parte de ésta.

(v. gr., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Pampa, Río Negro, Chubut y Chaco) y otras la amplían a los delitos dolosos (v. gr., Provincia de Buenos Aires, Santiago del Estero y Santa Fe). Nosotros estimamos que sólo debe comprender los delitos culposos [tal como fuera preconizado oportunamente en Romero Berdullas, C. M. (mayo de 2008). “Pena natural”. En *El Derecho Penal, doctrina y jurisprudencia*, Rev. N° 5. Buenos Aires. El Derecho, pp. 26-30], pero la disputa argumental sobre esta cuestión exorbita el objeto de estudio de la tesis.

35 Tale, C. Ob. cit., 130-132.

36 Empero, algunos autores engloban a la pena natural como un criterio de oportunidad. Entre otros, cabe citar a Marchisio. Vide Marchisio, A. (2008). *Principio de oportunidad, Ministerio Público y política criminal*. 1ª ed. Buenos Aires. Ad-Hoc, pp. 296-297.

2.d. *Procedimientos abreviados*

La normativa contempla procedimientos abreviados³⁷ ante determinados presupuestos que varían en las diversas legislaciones procesales³⁸, y son pasibles de ciertas críticas³⁹ no tratadas a continuación por exceder el marco de nuestra investigación. Sin más, lo que se establece es la posibilidad de que el fiscal y el imputado (asistido por su defensor) arriben a un acuerdo sobre la pena y las costas del proceso (acuerdo pleno)⁴⁰; sobre los hechos (acuerdos parciales) o sobre la realización directa del juicio.

Si bien el juicio abreviado o avenimiento enseña su aquiescencia hacia ámbitos de consenso, tiende a simplificar el procedimiento al sortear el debate y entraña una facultad discrecional del fiscal su concreción, ciertamente todos estos aspectos aproximativos al principio de oportunidad no bastan para inferir una asimilación a éste, por cuanto no se configura un desistimiento, suspensión o interrupción del ejercicio de la acción penal pública. Es que el imperativo de promover de oficio la acción penal ante el conocimiento de la comisión de delitos de acción pública, su irrevocabilidad e indisponibilidad no resultan puestas en crisis en ninguna instancia de estos procedimientos abreviados. De hecho, la potestad-deber de reprimir al infractor de la norma penal se concreta en todo caso de acuerdo pleno; mientras en los convenios parciales sobre los hechos y los pactos de realización directa del juicio la indisponibilidad de la acción penal también impera.

37 Cf. arts. 288-292 del Código Procesal Penal de la Nación aprobado por Ley N° 27.063 (luego suspendido).

38 Por ejemplo, el Código Procesal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no limita la aplicación de este procedimiento a una escala penal, lo que sí ocurre en la normativa procesal penal de la Nación (pena de prisión inferior a seis años) vigente o el Código de rito aprobado por Ley N° 27.063 –actualmente suspendido.

39 Al respecto, pueden analizarse *in extenso* los estudios desarrollados en Bovino, A. (1988). “La persecución penal pública en el Derecho Anglosajón”. En *Lecciones y Ensayos*, N° 49. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 567-569 (recuperado de http://www.icjsinaloa.gob.mx/medios/publicaciones/persecucion_penal.pdf); Carrió, A. D. (2015). 6ª ed. *Garantías constitucionales en el proceso penal*. Buenos Aires. Hammurabi, 129-133; Pastor, D. R. (2005). *Recodificación penal y principio de reserva de código*. 1ª ed. Buenos Aires. Ad-Hoc, pp. 47-48; Sancinetti, M. Art. cit., 3-4; Binder, A. M. (2004). *Justicia penal y Estado de Derecho*. 2ª ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires. Ad-Hoc, 289-293; y Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid. Trotta, 568-4569.

40 *Vide* art. 266 del CPPCABA; y art. 431 bis del Código Procesal Penal de la Nación.

2.e. Suspensión del juicio a prueba

Hecha esta aclaración, cabe precisar que este instituto receptado en el Código sustantivo⁴¹ y algunos Códigos provinciales⁴² es una forma de extinguir la acción penal. Tal es así, que si luego de solicitar u ofrecer el imputado la suspensión del juicio a prueba, el juez adopta un temperamento a favor de su concesión, y durante el lapso probatorio, el interesado cumple tanto las reglas de conducta acordadas como los requisitos legales, la acción penal se extingue junto a la pretensión punitiva del Estado.

Por cierto, este instituto de origen anglosajón (*diversion*) permitiría –según algunos autores– ampliar el poder de disposición del imputado y otros actores sobre la persecución penal, orientar el sistema hacia respuestas divergentes a las ofrecidas por el sistema penal tradicional (es decir, más cercanas a la reparación como tercera vía) y sortear parte del desgaste jurisdiccional, en pos de encausar con eficiencia los recursos disponibles, para investigar de manera más eficaz delitos con un costo social mayor para la sociedad⁴³.

De modo tal que parte de la doctrina observa, aquí, la existencia de una manifestación del principio de oportunidad⁴⁴, por cuanto se simplifican las reglas procesales, descongestiona el sistema de casos ligados a delitos leves⁴⁵, distiende el principio de legalidad procesal, y no sólo se sortean los

41 Conf. arts. 76 (ref. por Ley N° 27.147) y 76 bis a 76 *quater* del CP.

42 V. gr., art. 205 del CPPCABA.

43 Véase lo explicado en Maier, J. B. J. (2004). *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*. 2ª ed. Buenos Aires. Editores del Puerto, 176, 152 y 158.

44 Entre otros, Marchisio, Neuman, Chiara Díaz, Grisetti, Obligado, Marum, Bovino y Binder. *Vide* Marchisio, A. Ob. cit., 136-139; Neuman, E. (1997). *Mediación y conciliación penal*. Buenos Aires. Depalma, 101; Chiara Díaz, C. A.; Grisetti, R. A.; Obligado, D. H. (2012). *La acción procesal penal. El rol del Ministerio Público Fiscal y las víctimas en el debido proceso*. 1ª ed. Buenos Aires. La Ley, 267-352; Marum, E. (2013). “De la suspensión del juicio a prueba”. En AA. VV., Dir. D'Alessio, A. J. *Código Penal de la Nación, comentado y anotado*. 2ª ed. T. I. Buenos Aires. La Ley, 1092-1093; Bovino, A. (2009). *Principios políticos del procedimiento penal*. 1ª ed. Buenos Aires. Editores del Puerto, 31-36; y Binder, A. M. (2014). *Derecho Procesal Penal*. T. II. Buenos Aires. Ad-Hoc, 422-423 y 445-446.

45 Sobre la necesidad de que se trate de delitos leves se expresa Tale, quien a través de su magisterio enseña la posibilidad de admitir la aplicación de la suspensión del juicio a prueba por imperio del bien común político de la sociedad, pues la concesión de este beneficio a autores primarios frente a determinada clase de delitos leves desplazaría la justa retribución por el hecho penal perpetrado, por cuanto primaría la corrección del delincuente, junto a la evitación de delitos futuros pasibles de ser cometidos por el mismo; además de facilitar la imposición de una medida pronta, cuando tal vez finalizaría el caso por prescripción. Por tanto, en estas circunstancias, el bien común exigiría un sacrificio temperado y proporcionado de parte de quienes fueron ofendidos por delitos de leve gravedad, dado que deben tolerar la impunidad del infractor de estos hechos penales. Conf. Tale, C. Ob. cit., 204-205.

efectos perjudiciales de una condena, sino también se promueve la resocialización del encausado, de consuno a la reparación del daño provocado a la víctima.

Empero, otro sector de la literatura jurídica asevera que amén de resultar los criterios valorativos semejantes o idénticos, y concurrente la disposición del ejercicio de la acción penal, la suspensión del juicio a prueba ha adquirido una personalidad legal específica como causal extintiva de la acción penal, sometida a prueba y no resuelta por el acusador, sino por el órgano decisor (o sea, el jurisdiccional)⁴⁶. De ahí que *stricto sensu*, no traduciría una expresión del principio de oportunidad.

No obstante estas polémicas, en sentido lato podemos inferir una aproximación de la suspensión del juicio a prueba al principio de oportunidad. Sin embargo, el instituto aludido posee una fisonomía y un grado de desarrollo propio, que no permiten subsumirlo en este principio desde una perspectiva estricta, pues, en definitiva, la resolución atinente a su concesión o revocación se encuentra condicionada siempre a una decisión judicial.

2.f. El arrepentido

La figura del arrepentido versa sobre supuestos en donde se exime o reduce la pena del imputado, cuando colabora eficazmente en la investigación, ya sea mediante la revelación de la identidad de los autores, partícipes o encubridores del delito y/o el suministro de información de importancia para esclarecer el hecho, o investigar a otros sujetos estimados como más relevantes a los fines persecutorios.

Este instituto se suele asociar a un fundamento más bien de corte pragmático o utilitario, dado que su faro es ofrecer impunidad o una reducción de la pena para obtener información significativa, en orden a perseguir a un imputado de mayor trascendencia o resolver un hecho con más entidad social⁴⁷.

Esta herramienta ha sido objeto de diferentes críticas, entre las cuales vale citar:

46 Conf. *in extenso* De la Rúa, J. (enero de 1996). "Disponibilidad de la acción". *Revista del Colegio de Abogados de Córdoba*; y Cesano, J. D. (sept.-dic. de 2003). "De la crítica a la cárcel a la crítica de las alternativas". En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XXXVI, núm. 108. México. Universidad Nacional Autónoma de México Distrito Federal, 880-881. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42710803>.

47 Vide Binder, A. M. *Justicia Penal y...* Ob. cit., 211; Binder, A. M. (2009). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires. Ad-Hoc, 221-222; y Binder, A. M. (2014). *Derecho Procesal Penal*. T. II. Ob. cit., 436-437.

- a) la dudosa verosimilitud de la declaración de quien se encuentra alentado por una reducción o eximición de la pena⁴⁸;
- b) una posible afectación a la garantía de igualdad prevista en el art. 16 de la Constitución Nacional, al beneficiar la reducción o exención de la pena sólo a algunos, probablemente los de mayor responsabilidad en la organización delictiva, dado que son quienes usualmente poseen más posibilidades de aportar datos relevantes, en comparación con los integrantes de menor jerarquía⁴⁹;
- c) la imposibilidad de conocer si se fingió ser el imputado menos relevante, cuando en rigor de verdad, resultaba el más importante⁵⁰;
- d) la desnaturalización del funcionamiento de la pena, pues cesaría de funcionar como un juicio de reproche por el hecho perpetrado, y se volvería en un juicio de reprobación por la ausencia de delación de un sujeto más importante⁵¹;
- e) la viabilidad de que el conocimiento *ex ante* de la dinámica de esta alternativa para esclarecer un hecho como salvoconducto, para obtener impunidad, motive la integración de grupos criminales, en tanto uno tenga la garantía de no ser el de mayor jerarquía del entramado criminal⁵²;
- f) las chances de inducción a la confesión pueden vulnerar la presunción de inocencia y la defensa en juicio (art. 18, Constitución Nacional); y
- g) el apartamiento del Estado de la ética, al echar mano a medios inmorales (por ej.: una traición que afectaría la dignidad de las personas), en miras de alcanzar la verdad⁵³.

Más allá de las objeciones explicitadas, ha de resaltarse que el dinamismo propio del bien común político⁵⁴ puede imperar en ciertos casos de

48 Cf. Sancinetti, M. Art. cit., 2.

49 Conf. Ercolini, J. (1997). "La conducta procesal en la determinación de la pena (y el delator en la ley)". En *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año III, N° 6. Buenos Aires. Ad-Hoc, según cita de Culotta, J. M. (2013). "Régimen penal de estupefacientes". En AA. VV., Dir. D'Alessio, A. J. *Código Penal de la Nación, comentado y anotado*. 2° ed. T. III. Buenos Aires. La Ley, 1121.

50 Cf. Sancinetti, M. Art. cit., 2.

51 Ídem.

52 Ídem.

53 Conf. Ercolini, J. Art. cit., según cita de Culotta, J. M. Ob. cit., 1121.

54 Del magisterio de Sacheri se puede inferir el carácter esencialmente dinámico del bien común político, pues no es algo que se posea y reparta, sino un bien moral con el cual todos cotidianamente contribuyen en su realización, además de participar de éste y disfrutarlo en común. Así, la seguridad, el orden, la justicia y la ciencia son todos elementos principales del bien común político, por cuanto su realización redundará en la *pax tranquillitas ordinis* de

extraordinaria gravedad (actos de terrorismo, conspiración contra la autoridad, secuestros extorsivos, trata de personas, etc.) y complejidad, una reducción o eximición de la pena de un colaborador eficaz, en atención a los bienes jurídicos en juego y el interés público subyacente, en, por ejemplo, hallar una víctima todavía privada de su libertad o sancionar a los responsables de un atentado terrorista.

En estos supuestos excepcionales, es el mismo bien común político o temporal el que impera la concesión de este beneficio, puesto que todos los medios se ordenan a este fin (o causa final de la comunidad política). De hecho, por ejemplo, importaría una injusticia para con la comunidad que ha padecido un atentado contra su seguridad y la víctima aún secuestrada el no tolerar ese sacrificio proporcionado, moderado y ajustado a la especial gravedad de la situación.

Las leyes que instituyen la figura del arrepentido son medios convenientes, honestos, justos y necesarios, adoptados mediante el ejercicio de la prudencia legislativa para realizar el bien común. De hecho, se comprueba la justicia de estas leyes, por cuanto producen en mayor medida la felicidad y los elementos de la comunidad política, en pos de alcanzar la tranquilidad temporal de la ciudad, pues la reducción o eximición de pena de un partícipe menor que cumple un deber cívico al intentar rectificar el mal antes causado, a través del suministro de una colaboración proporcionada a la conquista del justo orden de la sociedad, nos acerca más perfectamente al bien común de ésta, al descubrir y sancionar a los autores más relevantes de una compleja organización criminal destinada a, por ejemplo, conspirar contra la seguridad nacional, secuestrar o explotar personas, o cometer actos de terrorismo.

Así pues, el bien común político impele aquí la concreta reducción de la pena o impunidad del colaborador eficaz, con el fin de evitar un mal mayor, por lo que en realidad nos hallamos ante una excusa absolutoria de responsabilidad⁵⁵ dispuesta por el legislador, mas no una manifestación del principio de oportunidad. En efecto, las excusas absolutorias no constituyen causas de extinción de la acción penal, dado que, en realidad, su poder liberatorio no radica en el cercenamiento de la potestad persecutoria del delito, sino más bien en una razón que actúa, amén de la subsistencia de esa *potestas*⁵⁶.

una sociedad determinada. Vide Sacheri, C. A. (1975). *El orden natural*. Buenos Aires. EUDEBA, 151.

⁵⁵ Así lo entiende, por ejemplo, Núñez [cf. Núñez, R. C. (2009). *Manual de Derecho Penal*. Córdoba. Lerner, 233].

⁵⁶ Ídem.

En esta hipótesis, nos hallamos ante una conducta, típica, antijurídica y culpable, o sea, un delito. De modo que nos hallamos ante una exclusión de la responsabilidad resuelta por un juez y guiada por razones político-criminales, ajustadas a las justas exigencias del bien común político.

Y aquí vale resaltar la importancia de que sea un juez quien adopte esta clase de decisiones luego de un debido juicio previo. Pues de lo contrario, de anticiparse esta determinación mediante un archivo fiscal o un auto de sobreseimiento de un juez de garantías, habría una suerte de condena sin juicio previo, pues se establecería que un sujeto cometió un delito⁵⁷, no obstante que después se proceda a reducir o eximir su pena debido a su arrepentimiento activo y/o colaboración eficaz.

En estas hipótesis, no existiría un apartamiento del Estado de la ética, por cuanto la comunidad política no echa mano a medio inmoral alguno. De hecho, la supuesta traición del partícipe que delata una organización criminal no afecta la dignidad de las personas. Por el contrario, la recta actuación de la voluntad del colaborador eficaz corona un acto virtuoso que tiende a su propia perfección, por cuanto la virtud hace bueno al hombre, quien en este caso se ordena a lo bueno en sí, o sea, el bien común.

De esta forma, como el orden de la dignidad sigue al orden del bien⁵⁸, la *dignitatis moral* del arrepentido es reafirmada en virtud del mérito alcanzado por intermedio de su colaboración⁵⁹. Tal es así, que luego de haber caído en una indignidad moral⁶⁰ –mediante la comisión de un delito–, el arrepentido es alentado por la ley a ejercitar la virtud y colaborar con la efectiva realización del bien en la sociedad. En otras palabras, el arrepentido cumple con el fin ético al cual todo hombre naturalmente aspira y que es conveniente en razón de su naturaleza por cuanto lo plenifica. De manera tal que, así, concreta el primer principio de la ley moral natural, que precisamente es “el bien ha de hacerse y buscarse, el mal ha de evitarse”⁶¹, pues

57 Cabe resaltar la importancia de este juicio de disvalor, independientemente de la posterior eximición de pena, pues de esta manera se fortalece el juicio ético de los ciudadanos, además de robustecerse la conciencia jurídica sobre la trascendencia de determinados valores para el bien común político.

58 Tal como lo enseña Félix Lamas, en Lamas, F. A. (2011). *Filosofía del Estado –Política y Tradición–*. Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, cap. titulado “El Bien Común Político”, acápite V.

59 Vale destacar, en clave con el magisterio de Hervada: “Lo debido por el individuo a la colectividad es su contribución al bien común”. Conf. Hervada, J. (1994). *Introducción crítica al Derecho Natural*. 8ª ed. Pamplona. EUNSA, 63.

60 Ha de señalarse que la dignidad ontológica de un santo y un delincuente es idéntica, pero no su dignidad moral, pues ésta requiere el mérito, tal como nos enseña Félix Lamas en Lamas, F. A. (2011). *Filosofía del...*, ibídem.

61 Vide Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-II, q. 94, a. 2.

como enseña Lamas, este principio práctico se transforma, en materia jurídica, en la prescripción “debe realizarse el bien común temporal y evitarse aquello que lo impida”⁶².

Por este motivo, la ley del arrepentido tiende a hacer bueno al hombre (en este supuesto, al colaborador eficaz), pues el propósito del legislador se dirige al auténtico bien, es decir, el bien común al cual se ordena la justicia y los actos de virtud de las personas⁶³.

Al respecto, puede objetarse que el colaborador eficaz no obra en rigor de verdad guiado por un sincero arrepentimiento, sino más bien aguijoneado por un interés en la reducción o eximición en la pena o el temor al castigo. Como es sabido, la ley humana sólo se refiere a actos exteriores, pues del pletórico magisterio de Santo Tomás de Aquino se puede concluir lo siguiente: “El juicio del hombre nada puede decir acerca de los movimientos interiores, que están ocultos, sino sólo acerca de los actos exteriores, que se pueden ver”⁶⁴.

Es evidente que la perfección de la virtud requiere la rectitud de los actos humanos interior y exteriormente⁶⁵. De ahí que si el colaborador eficaz no obrase impulsado por un honesto arrepentimiento no habría cumplido los deberes del hombre. Sin embargo, sí habría cumplido con los deberes del ciudadano, por cuanto su comportamiento exterior se ajustaría a los límites de la bondad política o civil (bien humano), al ejecutar un acto justo desde un modo material, aún sin tener una total intención de justicia necesaria para ser un hombre virtuoso⁶⁶.

En cuanto a la dudosa verosimilitud de la declaración de quien se encuentra alentado por una reducción o eximición de la pena; y la imposibilidad de conocer si se fingió ser el imputado menos relevante, cuando, en

62 Lamas, F. A. (1991). *La experiencia jurídica*. Buenos Aires. Instituto de Estudios Filológicos Santo Tomás de Aquino, 505.

63 *Vide* Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-II, q. 92, a. 1, respuesta a obj. 3; 96.a.3; 99, a.2; 100, a.2.

64 *Vide* ibídem, I-II, q. 91, a. 4.

65 *Ídem*.

66 Esto lo explica magistralmente Basso, pues un hombre para ser plenamente virtuoso requiere ser un buen ciudadano en la línea de sus capacidades, ya que por naturaleza es parte de la comunidad civil y eso impera el deber moral de “serlo perfectamente, de una manera plenamente humana, es decir, virtuosa”. No obstante, la situación inversa exige ciertas precisiones, pues cuando un hombre cumple la ley civil mediante un comportamiento exterior sirve al bien común al cumplir con el deber cívico, amén de incumplir con los deberes del hombre. Simplificando, con independencia del ánimo del agente y su fin interno (miedo, interés, vergüenza), el hombre puede llevar a término un acto justo desde un modo material. Conf. Basso, D. (2005). *La fuente del equilibrio moral y jurídico*. Buenos Aires. EDUCA, 86 y sigs.; y Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, II-II (a), q. 32, a.1., respuesta a obj. 1. y q.57.a.1. Aquí se sigue de la *ST* la 1ª ed. de la BAC. Madrid, 1998.

rigor de verdad, resultaba el más importante, huelga señalar que son todas cuestiones sujetas a un prudente análisis de las circunstancias de cada caso, por lo que no es posible efectuar generalizaciones.

Lo mismo cabe respecto a la inducción a la confesión y posibles vulneraciones a la defensa en juicio (art. 18, Constitución Nacional), pues aquí se advierte la significancia tanto de la indispensable actuación del defensor, como del juez de garantías, quienes deberían impedir esas prácticas reñidas con el debido proceso⁶⁷.

En lo que importa a la viabilidad, de que el conocimiento *ex ante* de la dinámica del instituto del arrepentido funcione como un salvoconducto para obtener impunidad y motive la integración de grupos criminales, en tanto uno tenga la garantía de no ser el de mayor jerarquía del entramado criminal, vale ofrecer ciertos reparos.

Primero, ha de señalarse que a esta afirmación también podría oponérsele la posibilidad de que frente a la alternativa dada por este instituto, justamente se desaliente la integración de asociaciones ilícitas, pues siempre existiría la chance de que alguien de menor grado delate a un integrante de superior jerarquía.

Asimismo, ha de precisarse la ausencia de demostración empírica de estas premisas, en el orden a determinar la voluntad de quienes deciden integrar organizaciones criminales, movidos fundamentalmente por el propósito de cometer cierta clase de delitos mediante sofisticadas metodologías, particularmente orientadas a eludir la persecución penal.

Por lo demás, la voluntad de delación no implica necesariamente la reducción o eximición de pena, pues ingresan al análisis disímiles factores y alternativas en la faz investigativa, que pueden descartar su utilización (tales como, a modo de ejemplo, otros elementos probatorios colectados, e incluso la colaboración de otro arrepentido).

En lo concerniente a una posible afectación a la garantía de igualdad prevista en el art. 16 de la Constitución Nacional, ha de negarse esta posibilidad puesto que la exigencia de igualdad de la justicia se da en tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales. De modo que aquí, en esta situación concreta (colaboración eficaz), lo justo es dar a quien colabora lo suyo. No se trata de una mera igualdad matemática, pues lo proporcionalmente igual a lo suyo de alguien en estas circunstancias se da respecto de la colaboración, desigualdad que justamente en el resto de los integrantes de la organización criminal no se da, al negarse a prestar su

67 Empero, vale destacar que en “Agüero Corbalán” la CSJN explicitó que exhortar al imputado a decir la verdad no constituye violación de garantía alguna. *Vide* CSJN, *Fallos*: 312:2146.

ayuda en la investigación. Por consiguiente, al hallarnos ante leyes que rigen para todos (es decir, todo aquel en condiciones y dispuesto a colaborar), y, a la vez, reconocerse la singularidad de cada situación, no puede afirmarse desigualdad⁶⁸.

Por último, ha de destacarse la inexistencia de desnaturalización alguna en el funcionamiento de la pena, pues la retribución se instituye como consecuencia del mal (delito) realizado, no por la orfandad de delación (que de actualizarse puede o no operar como causa de reducción o eximición de la pena). La retribución penal importa la reprobación moral del hecho penal en reciprocidad por el mal perpetrado y la restauración del orden de justicia⁶⁹.

68 Esta reflexión toma como faro las lecciones sobre la igualdad impartidas por Félix Lamas, quien sigue al Filósofo en Lamas, F. *La experiencia jurídica*. Ob. cit., 394-397.

69 Proyecciones del instituto del arrepentido pueden detectarse en el art. 217 del Código Penal, que prevé: “Quedará eximido de pena el que revelare la conspiración a la autoridad, antes de haberse comenzado el procedimiento”; y el art. 14 de la Ley N° 13.985 (delitos contra la seguridad de la Nación), en donde se estipula: “Quedará exento de sanción penal el que habiendo incurrido en los actos calificados como delito por esta ley, los denuncie ante las autoridades civiles o militares antes de haberlos consumado”.

“Podrá ser declarado exento de sanción penal todo aquel que luego de haber consumado el delito lo denuncie a las autoridades civiles o militares y procure el arresto de los coautores o cómplices”.

En todos los supuestos previstos nos hallamos ante excusas absolutorias o causales de cancelación de la punibilidad aplicables por los jueces luego de transitar todas las etapas del proceso y no manifestaciones del principio de oportunidad.

Especial actualidad reviste la Ley N° 27.304, del 19 de octubre del año 2016 (publicada en *BO* el 2-11-2016), que sustituye el art. 41 ter del Código Penal y contempla en la aplicación de la pena la reducción de la escala penal prevista al colaborador eficaz.

El instituto en cuestión opera antes del auto de elevación a juicio, cierre de la investigación penal preparatoria o acto procesal equivalente, frente a quien colaborase eficazmente en la investigación judicial; en tanto el delito en el que se encuentre involucrado el colaborador eficaz sea igual o más leve en comparación con aquél respecto del cual hubiere aportado su colaboración, pero no será aplicable ante procesos en donde se investiguen delitos de lesa humanidad (cf. art. 3° de la Ley N° 27.304).

Vale señalar, que si bien el acuerdo es entre el fiscal y el imputado arrepentido, debe homologarlo el juez y la modificación de la pena prevista es decidida por el tribunal del juicio al dictar la sentencia definitiva, en base a la eficacia, proporcionalidad y oportunidad de la colaboración. De lo expuesto se puede corroborar que nos hallamos ante una reducción de la escala penal dispuesta por el juez, tras el desarrollo de todo el proceso. De modo que aquí no se advierte una proyección estricta del principio de oportunidad.

Disímil es la recepción del instituto del eficaz colaborador en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en donde sí funciona como una manifestación estricta del principio de oportunidad, por cuanto el fiscal, con la conformidad del fiscal de Cámara, cuenta con la facultad discrecional de archivar la denuncia y las actuaciones de prevención cuando: “[...] fuera indispensable respecto de algún imputado para asegurar el esclarecimiento del hecho y/o el éxito de la pesquisa respecto de otros autores, coautores y/o partícipes necesarios que se consideren más relevantes y aquél hubiera dado datos o indicaciones conducentes al efecto [...]” (art. 199, inc. f, CPPCABA).

2.g. Agente encubierto

Con independencia de las polémicas subyacentes respecto a si es una excusa absolutoria o una causa de justificación⁷⁰ la figura del agente encubierto incorporada en los arts. 31 bis y 31 ter de la Ley N° 23.737, ciertamente se advierte con claridad un obstáculo excluyente de la punibilidad constituido con anterioridad a la comisión del delito y en base a una autorización expresa de un juez, por lo que en consonancia con lo afirmado por Marchisio⁷¹ y De la Rúa⁷², no vislumbramos aquí un criterio subsumible dentro del principio de oportunidad.

2.h. Entrega vigilada

La entrega vigilada contemplada en el art. 33 de la Ley N° 23.737 es una técnica o estrategia de investigación de delincuencia organizada, no constitutiva de supuesto alguno de oportunidad, dado que no existe disponibilidad alguna de la acción penal. Lo único que se pospone, en este caso, es el momento de la detención y secuestro de las sustancias ilícitas, en pos de descubrir a todos los implicados en un delito con notables complicaciones en la faz investigativa, debido a, entre otros factores, su carácter transnacional⁷³.

2.i. Ley Penal Tributaria (Ley N° 24.769, modificada por Ley N° 26.735)

Antes de la reforma efectuada por la Ley N° 26.735 a la Ley N° 24.769, el art. 16 de la Ley Penal Tributaria preveía *ex ante* de la formulación del

Puede percatarse que en esta norma se conjugan la disponibilidad de la acción penal, el margen de discrecionalidad y la determinación en cabeza del fiscal, guiadas por la pragmática de no llevar a término la persecución penal respecto a un imputado, coautor o partícipe, en pos de recabar información significativa para investigar a otro sujeto de mayor envergadura.

Se evidencia, también, que este adelantamiento de una exclusión de punibilidad no condice con el art. 18 de la Constitución Nacional, pues al archivar el caso el fiscal y declarar la existencia de un delito cometido por el imputado, pero eximirlo de responsabilidad por su colaboración, se efectiviza un juicio de disvalor sin el debido juicio previo.

Semejante paradigma se avizora en las Provincias de la Rioja (art. 204 bis, inc. 6°, CPP) y Mendoza (arts. 40-41, CPP), aunque la decisión final de suspender (total o parcialmente) la persecución es adoptada por el juez o el tribunal.

70 *Vide* Marchisio, A. Ob. cit., 139; y Culotta, J. M. Ob. cit., 1136.

71 Cf. Marchisio, A. Ob. cit., 139-142.

72 Cf. *in extenso* De la Rúa, J. Art. cit.

73 En este aspecto, compartimos la perspectiva enseñada por Marchisio, A. Ob. cit., 142-144.

requerimiento fiscal de elevación a juicio el otorgamiento por única vez del beneficio de extinguir la acción penal ante la evasión tributaria y previsional simple, cuando el obligado aceptara la liquidación o, en su caso, la determinación realizada por el organismo recaudador, regularizarse y pagare el monto de la misma en forma incondicional y total.

Con independencia de las pasibles críticas a este instituto o las discusiones en torno a su carácter⁷⁴, ha de señalarse que parte de la doctrina lo emparentó a un criterio de oportunidad⁷⁵, en tanto otros rechazaron esta asimilación al supeditarse su aplicación a una decisión jurisdiccional⁷⁶.

Sin embargo, Marchisio expresa atinadamente que la norma no contempla una proyección estricta del principio de oportunidad, pues no sólo no existe injerencia alguna del titular de la acción penal, sino también no se advierte margen de discrecionalidad alguno. Por el contrario, ante el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad descriptos en la normativa (art. 16), rige en forma automática la extinción de la acción⁷⁷.

Idénticas valoraciones vale precisar respecto a la nueva redacción del art. 16 (modificado por el art. 14 de la Ley N° 26.735), que exime de responsabilidad penal a quien regularice espontáneamente su situación, dando cumplimiento a las obligaciones evadidas, en tanto su presentación no se produzca a raíz de una inspección iniciada, observación de parte de la repartición fiscalizadora o denuncia presentada vinculada directa o indirectamente con él.

2.j. Estupefacientes y psicotrópicos (Ley N° 23.737)

En cuanto a las diversas manifestaciones de Ley de Estupefacientes (N° 23.737) que podrían encuadrar en criterios de oportunidad, vale apuntar que los supuestos contenidos en los arts. 17 y 21 evidentemente no constituyen expresiones del principio de oportunidad en sentido estricto, pues la determinación es potestativa del órgano decisor –no del persecutor– y requieren la sustanciación de todo el proceso⁷⁸. Sencillamente, se trata de sustituciones de penas por medidas de seguridad. En cambio, la hipótesis prevista en su art. 18, en principio, se aproxima más a un criterio de oportu-

74 Ver Sancinetti, M. Art. cit., 2-3; y las aclaraciones previas colectadas en Ramos, F. H. (2013). "Ley N° 24.769. Régimen Penal Tributario". En AA. VV. *Código Penal de la Nación, comentado y anotado*, Dir. D'Alessio, A. J. 2ª ed. T. III. Buenos Aires. La Ley, 1483-1485.

75 Véase Chiara Díaz, C. A.; Grisetti, R. A.; Obligado, D. H. Ob. cit., 259.

76 Vide Cesano, J. D. Ob. cit., 881.

77 Vide Marchisio, A. Ob. cit., 135.

78 En igual sentido, véase Marchisio, A. Ob. cit., 132.

tunidad, pero no configura tal, por cuanto constituye una determinación entronizada en el juez (mas no en el fiscal), que además exige el consentimiento expreso del imputado.

2.k. Amnistía e indulto

Con acierto, Armenta Deu⁷⁹, Montero Aroca⁸⁰ y De la Rúa⁸¹ afirman que la amnistía⁸² e indulto⁸³ no son instituciones relacionadas con el principio de oportunidad⁸⁴, pues éstas son causas extintivas de la acción y la pena—según sea el caso—, dispuestas por las legislaturas o el Poder Ejecutivo ante circunstancias excepcionales no configuradoras del sistema regular de persecución penal.

La potestad de amnistiar es una facultad privativa del órgano legislativo⁸⁵, a través de la cual el Congreso desiste circunstancialmente de la represión de ciertos delitos, mediante la extinción de la acción penal, la condena y sus efectos, en miras de afianzar la unidad y pacificación nacional⁸⁶.

Este derecho caracterizado como de gracia⁸⁷ se justificaría en la necesidad de preservar el bien común político que imperaría a prescindir de la acción y la pena, por cuanto en este caso puntual, su aplicación produciría perjuicios gravísimos a la comunidad política (por ej.: guerra civil, disturbios, una discordia duradera en la sociedad)⁸⁸.

79 Conf. Armenta Deu, T. (2008). “Estudios sobre el Proceso Penal”. En *Colección de Autores de Derecho Penal* (dirigida por Donna, Edgardo A.). 1ª ed. Santa Fe. Rubinzal Culzoni, 225.

80 Conf. Montero Aroca, J. (1997). *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*. 1ª ed. Valencia. Tirant lo Blanch, 72.

81 Conf. *in extenso* De la Rúa, J. Art. cit.

82 *Vide* arts. 59 y 61 del Código Penal de la Nación.

83 *Vide* art. 68 del Código Penal de la Nación.

84 También Marchisio niega que los supuestos de amnistía e indulto y las excusas absolutorias constituyan una verdadera manifestación del principio de oportunidad, pues serían causas de cancelación de la punibilidad, en donde de antemano y ante ciertas circunstancias el Estado desiste de la pretensión punitiva, por intermedio de la legislación. Véase Marchisio, A. Ob. cit., 114-115.

85 *Vide* art. 75, inc. 20 de la Constitución Nacional.

86 Conf. CS, *Fallos*: 306:911 y 309:5, según cita de Otranto, G.; Vismara, S. “Extinción de acciones y penas”. En AA. VV., Dir. D'Alessio, A. J., *Código Penal de la Nación, comentado y anotado*. 2ª ed. T. I. Buenos Aires. La Ley, 950.

87 Conf. Armenta Deu, T. Ob. cit., 225.

88 Como bien explicita Hernández, si bien el principio retributivo de dar a quien delinque su pena por el delito perpetrado es un deber determinado por el bien común político, existen casos en donde éste impera a prescindir de ese *dar a cada uno lo suyo*, como a modo ejemplo lo son los supuestos de amnistías e indultos. Por su parte, Tale explica que la finalidad

Como puede apreciarse, el carácter excepcional de esta medida, sus fundamentos y el órgano designado para definir su aplicación evidencian la inexistencia de una manifestación del principio de oportunidad, a lo que cabe añadir la ausencia de economía procesal alguna cuando opera como causal de extinción de una sentencia condenatoria.

En lo tocante al indulto, atribución entronizada en el Poder Ejecutivo⁸⁹, cabe replicar análogas consideraciones, además de precisar que en este supuesto se trata de una facultad de perdonar y extinguir la pena, de ahí la ausencia de disponibilidad de la acción, pues la causal extintiva actúa *ex post* de la aplicación de la sanción penal.

En este último supuesto, tal como enseña Hervada, la atemperación de lo debido a través del perdón de la pena procede de la benignidad o de la misericordia⁹⁰. Sencillamente, nos hallamos ante una hipótesis en donde impera la equidad, o en otras palabras, la justicia matizada por otras virtudes y deberes, que en consideración a lo postulado por las circunstancias del caso favorecen el bien común, junto a la humanidad de las relaciones humanas⁹¹.

3. Conclusiones

En el decurso de este trabajo y su precuela⁹², hemos tratado de afinar nuestra comprensión sobre las diversas manifestaciones de un principio de oportunidad, que gradualmente se ha insuflado en el horizonte penal de la República Argentina, a través de un maremágnum de reformas recientes.

De manera congruente con la premisa *in utramque partem, audi alteram partem*, hemos repasado razones atendibles que podrían verterse en favor o en contra de la asimilación de los diversos institutos estudiados a verdaderas expresiones del principio de oportunidad; y a su vez, guiados por el buen lazarillo de la *disputatio* académica, hemos intentado recorrer un camino para alcanzar un recto entendimiento sobre si aquellos criterios se ajustan o no al bien común político.

retributiva de la pena impera a aplicarla, aunque no sea útil para la comunidad, pero este deber no es equipolente a la reprobable proposición prescriptiva de aplicar la pena, aun cuando fuera perjudicial a ésta, sin importar la naturaleza de los daños irrogados. Aquí se sigue de cerca el magisterio de Hernández en Hernández, H. H. Ob. cit., 1; y Tale en Tale, C. Ob. cit., 124 y 291-292.

89 *Vide* art. 99, inc. 5° de la Constitución Nacional.

90 Hervada, J. Ob. cit., 69-71.

91 *Ídem*.

92 Conf. Romero Berdullas, C. M. (2017). "Manifestaciones del principio de oportunidad". Ob. cit.

Así, en base a lo expuesto, se pudo evidenciar que tanto la mediación, conciliación y reparación, como la enfermedad incurable en estado terminal y/o avanzada sí constituyen proyecciones del principio de oportunidad, mas no comparten la misma suerte la pena natural, los procedimientos abreviados, la suspensión del juicio a prueba, el arrepentido, el agente encubierto, la entrega vigilada, los supuestos de la Ley Penal Tributaria y la Ley de Estupefacientes y Psicotrópicos estudiados, ni la amnistía o el indulto.

Coetáneamente, pudimos justipreciar que las auténticas expresiones del principio de oportunidad estudiadas a lo largo de toda nuestra investigación⁹³ se encuentran reñidas con el *bonum commune*. Por cierto, se pudo apreciar una banalización de la manda de justicia de “dar a cada uno lo suyo” y una contradicción con los fundamentos axiológicos del Derecho Penal, por cuanto los criterios de oportunidad impiden que la coacción jurídica se efectivice para preservar la existencia de la ley penal en tanto orden a fin.

Tampoco puede obviarse, que todas las concreciones del principio de oportunidad lo emparentan con un analogado del cesarismo, dado que al encumbrar al custodio de la legalidad (léase el fiscal) con el *summum* de un poder de decisión arbitrario sobre la disposición de la acción penal ante la comisión de un delito de acción pública, se propicia un personalismo exacerbado tendente a vaciar de certidumbre ese ligamen perdurable entre la infracción de la ley penal y su consecuente sanción. Tal es así, que el Derecho Penal ingresaría en una fase líquida, donde la solidez de los bienes jurídicos y la reafirmación irrevocable de su validez inexorablemente se disolverían⁹⁴.

De modo que si añadimos a esto los peligros ínsitos a un principio de oportunidad reglado deficientemente y a una selectividad huera de contrapesos republicanos entronizada en el fiscal, no es difícil advertir que estos institutos conducen a una anárquica liquidez del Derecho Penal, al punto de volver a la ley penal y la justa retribución del delito en un juguete de la precaria fortuna⁹⁵.

93 Se alude también a las manifestaciones ya tratadas en “Manifestaciones del principio de oportunidad”, precedente a este trabajo.

94 Conf. *in extenso* Romero Berdullas, C. M. (2016). “Derecho Penal Líquido: Derrame de la expresión constitucional”. En AA. VV. *Forum IV*. Buenos Aires. EDUCA, 119-182; Romero Berdullas, C. M. (2015). “#Proceso Acusatorio: ¿Hashtag Constitucional?”. En AA. VV. *Forum III*. Buenos Aires. EDUCA, 57-110; y Romero Berdullas, C. M. (2015). “Proceso penal en clave republicana: salvaguarda constitucional contra los analogados del cesarismo”. En AA. VV. *Prudentia Iuris*, N° 82. Buenos Aires. EDUCA.

95 Aquí se echa mano a la metáfora usada por William Shakespeare, quien alude a la fortuna en múltiples ocasiones a largo de toda su obra. Conf. Shakespeare, W. (1996). *El Rey Lear*. Buenos Aires. CS ediciones. También véase Shakespeare, W. (2005). “Romero y Julieta”. En *Romeo y Julieta – Julio César*. España. *La Maison de L’écriture*; y Shakespeare, W. (1997). *Hamlet –en sus tres versiones*. Buenos Aires. Losada.

Cumplido nuestro designio investigativo, sólo queda pendiente interrogarse si el llamado principio de oportunidad no es en realidad un anti-principio del Derecho Penal, y en definitiva, no hace las veces de caballo de troya de un abolicionismo, que vacuo de medida racional atenta contra el bien común político, al intentar actualizar la definición de Mallarmé sobre el *Hamlet* de Shakespeare, pero en nuestro caso respecto al Derecho Penal, pues con denuedo los expositores garanto-abolicionistas procuran convertirlo en el “Señor latente que no puede llegar a ser”⁹⁶. La respuesta a esta pregunta excede el objeto de investigación de este artículo. Empero, se hace saber al lector, que en el camino por desandar en pos de culminar la tesis doctoral de quien suscribe, se pondrán todos los medios para alcanzar una respuesta cabal a esta cuestión.

96 Conf. Mallarmé. *Divagations*, 165-166, según cita de Ortega y Gasset, J. (1950). *El espectador*. Madrid. Biblioteca Nueva, 50.

**IL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO. LINEAMENTI
COMPARTIVI TRA PROCESSO ITALIANO E CANONICO**
*The principle of adversarial process: the relationship between italian
and canonic processes*

Chiara Ariano¹

Recibido: 18 de febrero de 2017

Aprobado: 2 de junio de 2017

Sommario: Il principio del contraddittorio è cardine portante della struttura del processo. Sia l'ordinamento italiano, sia quello canonico si basano essenzialmente sul principio del contraddittorio e sul diritto di difesa, ponendo al centro la persona. L'ordinamento statale italiano e quello canonico non sono però immediatamente assimilabili, soprattutto per ciò che concerne i motivi che ne ispirano l'azione. Pur avendo in questa prospettiva elementi che contribuiscono alla divergenza tra i due ordinamenti ognuno dei due si ritrova di fronte alla necessità di dettagliare, in termini di diritto positivo, principi specifici, ma probabilmente sono molti di più i valori comuni, che rivendicano la loro normatività sia nei confronti della società civile sia di quella ecclesiale, anzi postulano una loro sana cooperazione.

Keywords: Contraddittorio - Ordinamento italiano - Ordinamento canonico - Persona - Cooperazione.

Abstract: The adversarial principle is the pillar of a legal process. Indeed, both the Italian and canonical legislation hinge on the adversarial principle and the right of defense, with the 'person' being centerstage. Albeit the two

1 Abogada, Profesora encargada de Derecho Procesal Penal en la Facultad de Derecho Civil - Pontificia Università Lateranense, Roma. Profesora encargada de Bioderecho en la Facultad de Derecho Canónico - Pontificia Università Lateranense, Roma. Doctora en Historia y Teoría del Derecho, Doctora en Bioética. Correo electrónico: ariano@pul.it.

legislations diverge in several respects, the points in common seem to prevail, especially when considering their roles vis-à-vis the civil society and the canonical order, respectively, and the need to promote a healthy/peaceful cooperation between the two.

Keywords: Adversial principle - Italian and canonical legislation - Person - Cooperation.

Para citar este texto:

Ariano, C. (2017). “Il principio del contraddittorio. Lineamenti compartivi tra processo italiano e canonico”, *Prudentia Iuris*, N° 84, pp. 165-189.

1. Il contraddittorio: cardine del processo

Incardinato in un contesto dialettico, la cui posta in gioco è l'accertamento della verità (la risoluzione autoritativa dei conflitti non può, infatti, non essere ispirata alla ricostruzione veritiera dei fatti)², il principio del contraddittorio (*adversarial trial* nella Giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo³) è cardine portante della struttura del processo.

Il processo, proprio perché tale, ha sempre infatti una sua intrinseca contraddittorietà: “fondamentalmente è una discussione, ed in questo termine –discussione– è implicita l'idea della contraddizione che mette in luce la vocazione dialettica del processo, come dicono i moderni processualisti: raggiungere e cogliere il vero mediante la discussione è il fine del processo, e la Sentenza del giudice sarà tanto più sicura, quanto più efficace si sarà manifestato il contraddittorio”⁴.

Riconoscere nel contraddittorio il mezzo più attendibile di ricerca della verità vuol dire, quindi, “procedere dialogicamente, indagando su posizioni contrastanti e decidendo in forza del miglior argomento. Una decisione fondata sui principi della *razionalità dialogica*, ovvero sulla possibilità di consenso razionale, che nasce dalla capacità di comunicazione

2 Trocker N. (2001). In AA. VV., *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*. A cura di Civinini M. G. e Verardi C. M. Milano, 49 ss.

3 “*The right to an adversarial trial*] means in principle the opportunity for the parties to a criminal or civil trial to have knowledge of and comment on all evidence adduced or observations filed [...] with a view to influencing the court's decision”, cfr. C. Eur. Sent. 20 Febbraio 1996, Vermeulen c. Belgio.

4 Villeggiante, S. (1984). *Il diritto di difesa delle parti nel processo matrimoniale canonico*. Roma, 7.

esistente tra i soggetti processuali, si porrà nei confronti dei destinatari non come atto impositivo, ma come una soluzione che può essere accettata in base alla forma comunicativa che la riveste, frutto del vincolo morale verso la verità”⁵.

Nell’ordinamento giuridico italiano, appartenente alla tradizione di *civil law*, dopo la novella costituzionale dell’art. 111, e la legge n. 63/2001, il contraddittorio nella formazione della prova è ora espressamente enunciato nella sua dimensione oggettiva, cioè quale metodo di accertamento giudiziale dei fatti, nella prima parte del quarto comma, mediante la formula “*il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova*”, ed è richiamato anche nella sua dimensione soggettiva, cioè quale diritto dell’imputato di confrontarsi con il suo accusatore, in particolare nel secondo (“*ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità davanti ad un giudice terzo ed imparziale*”) e terzo comma del medesimo art. 111 Cost., ove viene riconosciuta alla persona accusata la facoltà, davanti al Giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico (Corte Cost. 440/2000).

Il principio trova poi una specifica puntualizzazione nella regola, dettata dalla seconda parte del quarto comma, secondo cui la colpevolezza dell’imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all’interrogatorio da parte dell’imputato o del suo difensore (Corte Cost. 440/2000).

Il contraddittorio, dunque, consacra *in limine litis* la regola *audiatur et altera pars*, conferendo la concreta possibilità, a ciascuna parte nella causa, di essere ascoltata e di poter conoscere e contraddire le richieste, le prove e le deduzioni addotte dalla parte avversa o “*ex officio*”⁶.

Si tratta, in verità, di garanzie processuali enunciate con significativo ritardo rispetto a quanto è avvenuto –sia nel mondo anglosassone– con la *Magna Carta Libertatum*⁷ del 1215⁸ (una delle più antiche formulazioni a

5 Arroba Conde, M. J. (1993). *Diritto processuale canonico*. Roma, 127.

6 Discorso di Giovanni Paolo II agli ufficiali e avvocati del Tribunale Apostolico della Rota Romana, giovedì 26 gennaio 1989.

7 Nel testo, il cap. 39 proclama: “Nessun uomo libero sarà preso o imprigionato o espropriato o bandito o esiliato o in altro modo colpito, né noi andremo su di lui o su di lui mandere-mo, se non in base ad un giudizio legale dei suoi pari e secondo la legge del paese”.

8 “Di recente, seguendo il sentiero già tracciato secoli prima dalla Magna Charta, il giudice Henry Friendly si è riferito ai contenuti inerenti alla *due process clause* della Costituzione degli USA. Tali contenuti coincidono con i dieci punti in cui divide la sua riflessione: 1. *An unbiased tribunal*; 2. *Notice of the proposed action and the grounds asserted for it*; 3. *Opportunity to present reasons why the proposed action should not be taken*; 4. *The right to present evidence, including the right to call witnesses*; 5. *The right to know opposing evidence*;

proposito della regolarità del processo) e poi con l'*Habeas Corpus* e i *Bill of Rights* –che nel contesto internazionale– con la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo⁹ e con il successivo Patto sui diritti civili e politici¹⁰; ed infine, con la Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)¹¹.

Un ritardo dovuto –prima– al modello processuale di tipo inquisitorio¹², che ha caratterizzato il processo penale italiano sino alla svolta in senso “accusatorio” realizzata con il codice Vassalli e –dopo– alle note sentenze della Corte Costituzionale del 1992¹³.

Si definisce un processo ispirato al processo inquisitorio quando il protagonismo della vicenda appartiene al giudice; invece il principio accusatorio rimanda al protagonismo delle parti.

6. *The right to cross-examine ad-verse witnesses*; 7. *A decision based exclusively on the evidence presented*; 8. *Opportunity to be represented by counsel*; 9. *Requirement that the tribunal prepare a record of the evidence presented*; 10. *Requirement that the tribunal prepare written endings of fact and reasons for its decision*. Cfr. Friendly, H. J. (1975). *Some kind of hearing*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. CXXIII, 1267, in Arroba Conde, M. J. *Giusto processo e peculiarità culturali del processo canonico*, cit., 9.

9 Proclamata dalle Nazioni Unite, nel 1948.

10 Approvato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, il 16 dicembre 1966.

11 Siglata a Roma il 4 Novembre 1950. Il principio del contraddittorio non compare esplicitamente nel testo CEDU. Secondo autorevole dottrina, esso sarebbe tuttavia desumibile, ex art. 6, dalla stessa nozione di *hearing*, lemma impiegato nella formulazione inglese della Convenzione; tale termine –traducibile letteralmente in “udienza”, ma nella versione italiana del testo pattizio tradotto in “processo”– racchiuderebbe in sé l'esigenza ineludibile che, nell'ambito della fase processuale impregnata dalla *fairness*, l'interessato sia posto nelle condizioni di farsi ascoltare, onde poter esporre le proprie ragioni e controbattere quelle avversarie. Del resto, è lo stesso significato letterale della parola “*hearing*” a militare in questa direzione. Cfr. De Longis, M. (maggio/2012). “Il principio del contraddittorio nella giurisprudenza CEDU”. *In Diritti Umani in Italia*.

12 Come è noto il processo inquisitorio non prevede alcuna forma di contraddittorio tra le parti nella formazione della prova, potendo l'imputato solo “contraddire” sul contenuto dei verbali assunti unilateralmente al di fuori dal processo dal giudice istruttore. Il processo inquisitorio si caratterizza, quindi, per un contraddittorio sulla prova, cioè sulla sua capacità dimostrativa. In questo modo tale modello processuale fa proprio solo il c.d. contraddittorio in senso lato, costituito dall'impossibilità di adottare provvedimenti di carattere giurisdizionale *inaudita altera pars*, e non anche del cd. contraddittorio in senso stretto, ovvero, nella formazione della prova, che nel processo accusatorio rappresenta il più affidabile metodo di conoscenza dei fatti processuali.

13 Con le note sentenze n. 24, 254 e 255 del 1992, la Corte non avendo riconosciuto valore costituzionale al principio del contraddittorio, ha affermato che l'interesse alla non dispersione delle prove raccolte nella fase delle indagini preliminari prevasse sul diritto delle parti a partecipare alla fase della formazione della prova e ne giustificasse pertanto degli affievolimenti; ovvero, la possibilità, in presenza di determinate condizioni, di acquisire al fascicolo del dibattimento e di utilizzare ai fini della decisione, atti formati unilateralmente nella fase delle indagini preliminari.

In effetti la giurisprudenza italiana, non solo di merito ma della stessa Corte Costituzionale, nel 1994 affermava: “ad un ordinamento costituzionale che sancisce il principio di obbligatorietà dell’azione penale, ma è prima d tutto improntato alla tutela dei diritti inviolabili dell’uomo ed al principio di eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, non sono consone norme di metodologia processuale che ostacolino in modo irragionevole il processo di accertamento del fatto storico necessario per pervenire alla giusta decisione” (Sent. 241/94).

Se –dunque– la nascita del diritto alla prova viene sancita nel 1988 dal codice Vassalli, con il quale si riserva al giudice il *potere* di decidere; alle parti, è, invece, conferito il *potere* di ricercare le prove, di chiederne l’ammissione e di cooperare alla composizione delle stesse¹⁴, secondo il principio del “difendersi provando”¹⁵ –tuttavia– solo con l’introduzione dell’art. 111 in Costituzione (e con la successiva legge applicativa n. 63/2001), il processo penale italiano realizzerà compiutamente ed irreversibilmente un modello processuale di tipo “accusatorio”, l’unico modello che, in quanto fondato sul principio del contraddittorio, costituisce lo strumento indispensabile per la realizzazione del cd. giusto processo¹⁶.

Come evidenziato da Chiavario, nel testo del riformato art. 111, coesistono due aspetti riconducibili alla formulazione di un giusto processo: quello soggettivo, collegato al diritto del singolo e quello oggettivo, che lega il giusto processo all’esercizio della giurisdizione¹⁷. Il primo non è estromesso, ma piuttosto è assimilato dal secondo, impedendo così di lasciare il diritto al giusto processo nella disponibilità delle parti processuali e soprattutto permettendo di dare spazio ad esigenze di tutela che non riguardino solo la vittima del reato, ma anche la persona accusata¹⁸.

La Giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, proprio in relazione a quest’aspetto, ha affermato che il principio di giusto processo

14 Uno degli istituti che probabilmente meglio esprime tale innovazione è l’esame incrociato, nel quale sono illustrati i poteri di iniziativa delle parti ed i poteri di controllo attribuiti al giudice (art. 498 e 499 c.p.p.).

15 De Caro, A. (2003). *Poteri probatori del giudice e diritto alla prova*. Napoli.

16 “[...] la formula ‘giusto processo’ [...] viene a coinvolgere l’intera disciplina del codice di rito sollecitando una particolare attenzione al bilanciamento tra garanzie ed efficienza, una paziente ricerca della risposta più coerente ed equilibrata rispetto agli interessi di volta in volta coinvolti nel processo; una costante apertura all’evoluzione della coscienza e della cultura dei diritti umani in una prospettiva sopranazionale, che va oltre il semplice rispetto dei principi costituzionali” [Ferrua, P. (2005). *Il “giusto processo”*. Bologna, 37].

17 Chiavario, M. (2001). “Voce *Il giusto processo* (dir. Proc. Pen.)”. In *Enc. giur.* Treccani, Vol. XV, 3.

18 Voltolina, G. *Le deroghe al contraddittorio nella tutela dei testimoni vulnerabili* in <http://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2016/06/Tesi-Giulia-Voltolina.pdf>.

esige un bilanciamento tra il diritto di difesa dell'accusato e la tutela della vittima¹⁹.

In questa prospettiva diventano, allora, indispensabili circostanze quali il diritto dell'indagato o dell'imputato di essere tempestivamente informato sulle accuse mossegli; il diritto di disporre di un termine adeguato per approntare una difesa efficace; il diritto di difendersi da sé o con l'ausilio di un difensore; il diritto di ottenere un termine adeguato per una difesa efficace; il diritto di avere l'ausilio di un difensore; il diritto di interrogare e ascoltare i testimoni d'accusa; il diritto del detenuto al controllo della legittimità della detenzione; il diritto all'assistenza linguistica per mezzo di interpreti, qualora non si conosca la lingua ufficiale; il principio del *ne bis in idem*²⁰.

2. Giusto processo e contraddittorio, oltre la mera tautologia: il due process of law

Giusto non è solo il processo che si limiti ad essere estrinsecamente *fair* (vale a dire: corretto, regolare sul piano formale), bensì un processo che sia intrinsecamente equo, capace di realizzare una giustizia veramente imparziale²¹.

Solo se siamo in presenza di un giudizio imparziale e indipendente si può affermare l'esistenza di un diritto fondamentale tutelato, in caso contrario siamo al cospetto di un semplice interesse protetto, ma non un diritto.

Inteso esclusivamente in un orizzonte meramente formalistico, infatti, l'art. 111, comma 1, Cost. si risolverebbe in una mera tautologia, in una formula retorica priva di qualsivoglia significato e di ogni giustificazione²².

La nozione di "giusto processo" espressa dal "nuovo" art. 111, comma 1, Cost., ha invece un ambito ben più ampio. Con essa il Legislatore ha voluto introdurre una vera e propria clausola generale rivolta ad operare alla stregua di "norma di apertura", recettiva dei principi del processo "equo",

19 Chiavario, M. (2001). "Il diritto al processo delle vittime dei reati e la Corte europea dei diritti dell'uomo". In *Riv. dir. proc.*, 943.

20 Andolfi, V.; Catini, F.; Ciampini, R.; Crifo, F.; Frani, M. (2014). "Vero e falso sul processo accusatorio". In *Archivio penale*.

21 Comoglio, L. P. (1998). "Valori etici e ideologie del 'giusto processo'" (modelli a confronto). In *Riv. dir. proc.*, 899.

22 Vignera, G. *Il giusto processo nell'art. 111 comma 1, Cost: nozione e funzione*, in http://www.ambientediritto.it/dottrina/Dottrina%202004/giusto_processo_vignera.htm.

disegnati dagli artt. 6²³ e 13²⁴ della Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) del 1950.

In queste disposizioni è infatti presente un significativo segno della rilevanza e dell'importanza che rivestono le garanzie di un processo equo per colui che è sottoposto a giudizio²⁵, tra l'altro già ben sintetizzati nella formula del *due process of law*, di origine anglosassone.

In particolare, nell'elaborazione statunitense, quest'ultimo concetto ha trovato una chiara e precisa enunciazione nella Costituzione federale del 1787 sia attraverso l'inserimento –nel 1798– del V Emendamento, in cui si sanciva espressamente che “*no person shall [...] be deprived of life, liberty, or property, without due process of law*”²⁶; sia mediante l'introduzione –nel 1868– del XIV Emendamento che vietava ai singoli Stati federali di incidere

23 L'art. 6, infatti, prescrive che: “1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia. 2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. 3. In particolare, ogni accusato ha diritto di: (a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; (b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; (c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; (d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; (e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza”.

24 L'art. 13 prescrive che “Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali”.

25 Ubertis, G. (2000). *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*. Milano, 6-9.

26 Il testo completo del citato Emendamento dispone che: “[...] non person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia when actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty or property without process of law; nor shall private property be taken for public use without compensation”.

sui diritti fondamentali dei cittadini in modo arbitrario e senza rispettare le garanzie connesse al *due process of law*²⁷.

Il *due process of law*, anche attraverso l'attività interpretativa della Corte Suprema, ha poi manifestato la sua realtà applicativa in un duplice aspetto: il *substantive* e l'*adjective due process of law*, in ragione delle quali *due process of law* è stato inteso come: “[...] in senso ampio la garanzia che sorge da una elaborazione regolare e corretta della legge; ma è anche *due process of law* la garanzia che quella legge elaborata dal Parlamento è ragionevole, è giusta e si contiene nei limiti consacrati dalla Costituzione”²⁸.

Violazioni del principio *due process of law* avvenivano, quindi, non solo in quei casi nei quali l'esercizio dei poteri processuali fosse ritenuto irragionevole, ma anche quando “la configurazione stessa dei *substantive rights*, nella sua incidenza sulla possibilità di provarne in giudizio l'esistenza, fosse tale da pregiudicarne la tutela, condizionando l'esito del processo”²⁹.

Il contenuto del principio *due process of law* si è così venuto arricchendo nel corso di un graduale processo evolutivo che ha seguito le forme ed i modelli tipici dei sistemi *common law*³⁰.

A tal proposito, la Dottrina costituzionalista italiana ha rilevato l'esistenza di un insieme di norme costituzionali, negli artt. 24, 25, 102, 104, 111, 112 113 Cost. che danno luogo ad un sistema di garanzie processuali affine a quello derivante dall'applicazione del principio *due process of law* ovvero uno schema di “giusto e leale processo” il cui scopo fondamentale è “quello di assicurare alle parti la parità delle armi e quindi la parità (anche) dei risultati astrattamente conseguibili nei processi di ogni tipo [...] Parità che parte dall'azionabilità della pretesa e giunge allo svolgimento di un processo 'leale', cioè poggiante su di un costante contraddittorio fra le parti viste in condizioni di parità, pubbliche o private che siano”³¹.

In siffatta cornice, la Giurisprudenza della Corte costituzionale, utilizzando il concetto di “giusto processo” quale termine di raffronto circa la costituzionalità della legge processuale, è giunta ad elaborare una prospet-

27 L'emendamento prevede che: “All person born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty or property, without due process of law, nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of laws”.

28 Couture, E. J. (1954). “La garanzia costituzionale del ‘dovuto processo legale’”. In *Rivista di diritto processuale*, 87.

29 Comoglio, L. P. *La garanzia*, cit., 127.

30 Pietrosanti, A. G. (2013). “Fonti e principi della giustizia amministrativa”. In *Il nuovo processo amministrativo, a cura di Sandulli M.A.*, Milano, 2013.

31 Barile, P. (1984). *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*. Bologna, 287.

tiva epistemologica volta a rileggere gli Istituti processuali penalistici alla luce dei principi imposti dal novellato art. 111 che (in combinato disposto con gli artt. 3, 24, 25 co.I, 101-104, 107, 108, 112, 113 Cost.) conduce ad uno schema di giusto processo, articolato nei seguenti elementi: 1) eguaglianza e contraddittorio delle parti dinanzi al giudice; 2) precostituzione per legge del giudice naturale; 3) soggezione del giudice soltanto alla legge; 4) divieto di istituzione di giudici straordinari o speciali; 5) indipendenza ed imparzialità degli organi giurisdizionali³².

3. Il profilo oggettivo del contraddittorio nel solco della Giurisprudenza della Corte Costituzionale

Volendo, in tal senso, tracciare un sintetico percorso delle principali pronunce con le quali la Corte Costituzionale ha dato attuazione ai principi di matrice accusatoria contenuti nell'art. 111 Cost. e nella successiva legge cd. sul giusto processo, è possibile, anzitutto, osservare che in epoca immediatamente successiva all'entrata in vigore delle predette disposizioni, l'attenzione del Giudice delle Leggi si è dovuta concentrare sulla parte più innovativa della disposizione costituzionale, ovvero, sul principio del contraddittorio sotto il suo profilo oggettivo.

Il profilo oggettivo del contraddittorio si impone nella formazione della prova, in quanto metodo di conoscenza dei fatti oggetto del Giudizio (Sent. n. 184 del 2009; n. 32 del 2002), nella convinzione che l'attività di accertamento –per dar luogo a risultati attendibili– debba avvenire con il metodo dialettico e che lo strumento da utilizzare sia quello dell'esame incrociato³³.

In questo orizzonte di senso il *fil rouge* dell'attività ermeneutica della Corte si è rivolto alle norme che costituivano e costituiscono una deroga al principio dell'inutilizzabilità –nella fase dibattimentale– degli atti acquisiti nella fase delle indagini preliminari ed alle interpretazioni che di tali Istituti era stata fornita, anche dalla stessa Corte, prima della novella costituzionale.

Prima della riforma, infatti, la Corte –con le due sentenze del 1992, la n. 254, relativa all'art. 513 c.p.p., e la n. 255, relativa all'art. 500 c.p.p.– aveva fatto cadere la norma che ostacolava il passaggio nel dibattimento delle dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria e al Pubblico Ministero nella fase delle indagini.

³² Comoglio, L. P. *La garanzia*, cit., 155-156.

³³ Lattanzi, G. (13-15 ottobre 2011). *Il sistema processuale penale e la prova dichiarativa nel quadro dei principi costituzionali*. Intervento all'Incontro di studio tra la Corte costituzionale italiana e i Tribunali costituzionali di Spagna e Portogallo, dal titolo "Scambio di analisi ed esperienze sul rapporto tra le nostre Costituzioni ed i principi penali". Madrid/Valencia.

Di fatto, mediate queste pronunce –come giustamente rileva Lattanzi– il Giudice delle Leggi aveva creato un meccanismo attraverso il quale, in seguito alle contestazioni mosse alla persona che rendeva in giudizio dichiarazioni diverse da quelle verbalizzate nella fase delle indagini, poteva essere acquisito il relativo verbale; inoltre poteva darsi lettura delle dichiarazioni degli imputati in procedimenti connessi, se questi si rifiutavano di rispondere. Acquisivano così rilevanza probatoria atti che non si erano formati nel dibattimento e in particolare dichiarazioni assunte e verbalizzate dalla polizia giudiziaria o dal Pubblico Ministero, fuori del contraddittorio e in modo incontrollabile³⁴.

Dopo la modifica dell'art. 111 Cost. la Corte Costituzionale con tre significative pronunce (n. 440 del 2000, n. 32 e 36 del 2002) ha prontamente rivisitato queste sue posizioni, divenute di fatto e di diritto incompatibili con l'applicazione dei nuovi principi.

Poco dopo l'entrata in vigore delle già citate novità normative, iniziavano, infatti, ad affiorare i primi dubbi di costituzionalità che afferivano, in particolare:

- 1) l'art. 512 c.p.p., nella parte in cui non prevede la possibilità di dare lettura in dibattimento delle dichiarazioni rilasciate nella fase delle indagini preliminari dal prossimo congiunto (che nel corso dell'istruttoria si fosse avvalso della facoltà di non rispondere)³⁵;
- 2) l'art. 195 co. IV c.p.p. il divieto di testimonianza indiretta per gli agenti di polizia giudiziaria³⁶ (introdotto dall'art. 4 della L. 63/2001);

³⁴ *Ivi*.

³⁵ Come evidenziato dalla Suprema Corte con sentenza n. 43331 del 22 novembre 2007: prima della riforma costituzionale dell'art. 111, la disciplina codicistica prevedeva la possibilità di acquisire le dichiarazioni predibattimentali rese da persone che si avvalevano della facoltà di non rispondere o che sceglievano di non presentarsi al processo. Infatti, la Corte Costituzionale, con la Sentenza n.174 del 1994, aveva ritenuto costituzionalmente imposta, anche alla luce delle sentenze n. 254, 255 del 1992 e del principio di non dispersione dei mezzi di prova in esse affermato, una interpretazione estensiva dell'art. 512 c.p.p. tale da qualificare l'esercizio della facoltà del prossimo congiunto di astenersi dal deporre come una causa di oggettiva e non prevedibile possibilità ripetizione dell'atto dichiarativo, che consentiva di dare lettura degli atti assunti in dibattimento.

³⁶ Nella sua formulazione originaria, l'art. 195, comma 4, c.p.p. dava attuazione alla seconda parte della direttiva n. 31 della legge delega del 16 febbraio 1987, n. 81 di riforma del codice di procedura penale che, nella logica di oralità e immediatezza che doveva ammantare il nuovo codice di rito, aveva previsto: “[...] il divieto di ogni utilizzazione agli effetti del giudizio, anche attraverso testimonianza della stessa polizia giudiziaria, delle dichiarazioni ad essa rese da testimoni”. L'art. 195, comma 4, c.p.p., pertanto, era così formulato: “Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria non possono deporre sul contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni”.

- 3) l'art. 500 co. II c.p.p., così come "recuperato" dall'art. 16 L. 63/2001³⁷, nella parte in cui non prevede che le dichiarazioni utilizzate per le contestazioni possano essere valutate anche come prova dei fatti in esse affermati (dunque non solo ai fini della valutazione sulla credibilità del teste), in presenza di altri elementi di prova che ne confermino l'attendibilità³⁸.

In relazione a tutte e tre le questioni, la Corte giunge a conclusioni diametralmente opposte rispetto a quelle alle quali era pervenuta prima dell'introduzione dell'art. 111 Cost., attesa l'evidente incompatibilità delle stesse con il mutato quadro costituzionale.

Proprio in forza di siffatto cambiamento, il Giudice delle Leggi (con Sentenza n. 440 del 2000) rivede la sua precedente interpretazione³⁹ dell'art. 512 c.p.p., perché in evidente contrasto con: il principio del contraddittorio quale metodo di accertamento dei fatti; il diritto riconosciuto all'imputato di interrogare il suo accusatore; il divieto di provare la colpevolezza dell'accusato sulla base di dichiarazioni di chi, per libera scelta, si è volontariamente sottratto all'interrogatorio di quest'ultimo o del suo difensore⁴⁰.

In sintesi la Corte precisa che l'impossibilità di natura oggettiva (che ai sensi dell'art. 512 c.p.p. legittima la lettura degli atti assunti dalla P.G., dal P.M. o dal difensore) deve intendersi riferita esclusivamente a fatti indipendenti dalla volontà del dichiarante che rendono non più ripetibili le dichiarazioni rese in precedenza; e tra questi fatti, dunque, non può in alcun modo essere ricompreso la volontà del dichiarante di avvalersi della facoltà di astensione dal deporre.

37 La legge prevedeva altresì l'abrogazione dell'art. 500 co. II bis c.p.p., in ragione del quale si poteva procedere a contestazione anche nei casi in cui il teste si rifiutasse o comunque omettesse di rispondere su circostanze rispetto alle quali aveva in precedenza riferito.

38 Le ragioni poste a fondamento delle questioni di costituzionalità appena ricordate riguardavano soprattutto una presunta violazione degli artt. 3, 24 e 25 della Costituzione, ed a sostegno delle stesse venivano indicate le argomentazioni esposte nelle ormai storiche sentenze della Corte. Venivano così nuovamente rievocati dai giudici di merito il principio di non dispersione dei mezzi di prova, il principio del libero convincimento del giudice, e le presunte irragionevoli disparità di trattamento tra situazioni uguali.

39 Con Sent. 261/1994 la Corte aveva sostenuto che l'impossibilità oggettiva di ripetizione dell'atto dichiarativo di cui all'art. 512 c.p.p., doveva ravvisarsi, in ragione del noto principio di non dispersione dei mezzi di prova, anche nelle ipotesi nella quali la ripetizione dell'atto trovava la sua origine nell'esercizio di un diritto da parte del dichiarante.

40 Introdotto dall'art. 4 della legge 1° marzo 2001, n. 63 (Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in materia di formazione e valutazione della prova in attuazione della legge costituzionale di riforma dell'art. 111 della Costituzione) nell'art. 195, comma 4, del codice di procedura penale, sollevate, con varie ordinanze di diverse autorità giudiziarie, in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 della Costituzione.

Seguendo questa traccia ermeneutica, due anni più tardi, la Corte (con Sent. 32/2002) ha escluso che l'art. 195 co. IV c.p.p., introdotto dalla cd. Legge sul giusto processo, realizzasse una illegittima disparità di trattamento tra gli agenti di polizia giudiziaria, ai quali veniva impedito di deporre sulle dichiarazioni (acquisite nella fase delle indagini preliminari ex artt. 351 e 357 co. II lett. A e B c.p.p.), e tutti gli altri testimoni ai quali viceversa è consentita la testimonianza indiretta prevista nei primi comma del medesimo art. 195 c.p.p.

Oggetto del Giudizio era, infatti, la questione di legittimità costituzionale relativa al divieto della testimonianza indiretta per gli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria.

Il nucleo centrale della tesi del Giudice rimettente⁴¹ riguardava il presunto contrasto dell'art. 195, comma 4, cod. proc. pen. con l'art. 3 Cost., sotto il profilo dell'irragionevole disparità della disciplina riservata agli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria, per i quali è previsto il divieto di deporre sul contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni con le modalità di cui agli artt. 351 e 357, comma 2, lettere a) e b), cod. proc. pen., rispetto alle regole dettate in caso di testimonianza indiretta per gli altri testimoni.

La Corte rivela, sul punto, che l'introduzione del contraddittorio come metodo di conoscenza processuale introduce una regola di esclusione tendente ad impedire osmosi tra risultanze investigative e patrimonio probatorio⁴². Il divieto di testimonianza indiretta degli ufficiali o agenti di P.G. non solo non è irragionevole, ma anzi è coerente con quanto disposto dall'art. 500 co. II c.p.p., in virtù del quale le dichiarazioni rese durante le indagini ed utilizzate per le contestazioni possono essere valutate solo ai fini del giudizio sulla credibilità del teste, ma non utilizzate come prova dei fatti che con le stesse sono stati affermati; nonché con quanto previsto dal combinato disposto degli artt. 431 e 512 c.p.p. che individuano le condizioni di irripetibilità in presenza delle quali è possibile dare lettura di atti assunti unilateralmente nella fase delle indagini preliminari.

Tali divieti risulterebbero evidentemente aggirati qualora si consentisse agli agenti o ufficiali di P.G. di deporre sul contenuto delle dichiarazioni da questi raccolte e trasfuse in verbali di cui è, appunto, vietata l'acquisizione.

A confermare –ulteriormente– l'esclusione nel processo delle conoscenze acquisite al di fuori del contraddittorio tra le parti, è intervenuta poi un'altra pronuncia, l'ordinanza n. 36/2002, con la quale la Corte ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di costituzionalità dell'art.

41 Sollevate dal Tribunale di Palmi (r.o. n. 514 del 2001), dal Tribunale di Roma (r.o. n. 662 del 2001) e dalla Corte di assise di Messina (r.o. n. 666 del 2001).

42 Conso, G.; Grevi, V. *Manuale di Procedura Penale*, vol. II. Torino, 1155.

500 co. II c.p.p., nella parte in cui non prevede che le dichiarazioni utilizzate per le contestazioni possano essere valutate anche come prova dei fatti in esse affermati.

I Giudici costituzionali –oltre a ribadire le considerazioni già espresse nei provvedimenti precedenti– specificano che la disciplina disegnata dall’art. 500 c.p.p. è perfettamente coerente con il nuovo sistema costituzionale in quanto, da un lato, impedisce un ingresso indiscriminato delle dichiarazioni rese al di fuori del contraddittorio, dall’altro prevede i casi nei quali è possibile recuperare le predette dichiarazioni rendendole utilizzabili anche al di fuori dei limiti di cui al co. II, ovvero nei casi di impossibilità di ripetizione dell’atto e nei casi di provata condotta illecita⁴³.

Nel 2009, poi, la Corte interviene nuovamente sugli aspetti oggettivi del contraddittorio in particolare sulla costituzionalità del comma V dell’art. 503 c.p.p., con riferimento ai requisiti ed ai limiti di utilizzabilità delle dichiarazioni *erga alios* rilasciate dall’imputato, stante l’impossibilità di utilizzarle come prova dei fatti in esse affermati nei confronti di altri imputati che non prestano il consenso alla loro utilizzazione o i cui difensori non hanno partecipato all’assunzione delle stesse (con l’unica eccezione dell’ipotesi di cui all’art. 500 co. IV c.p.p.).

La Corte, nel ribadire il principio dell’impermeabilità del processo al materiale raccolto al di fuori del contraddittorio, precisa che il nuovo modello costituzionale richiede che tutte le parti debbano partecipare al momento *genetico* della formazione della prova e di non limitarsi a valutazioni effettuate a posteriori sul materiale raccolto dagli altri. Peraltro, aggiunge la Sentenza (197/2009), la nuova legge sul giusto processo ha modificato l’art. 64 c.p.p., prevedendo la necessità di avvisare il dichiarante che, rispetto a quanto riferirà in merito alla responsabilità di altri, assumerà l’ufficio di testimone.

Ne deriva che, salvo situazioni di incompatibilità a testimoniare, il dichiarante *erga alios* verrà ascoltato in dibattimento secondo l’ordinaria disciplina delle contestazioni di cui all’art. 500 co. II c.p.p., e le dichiarazioni difformi, rilasciate in precedenza da quest’ultimo, potranno essere utilizzate solo per la valutazione circa la credibilità della persona esaminata e non come prova dei fatti con esse affermati.

Dunque, le affermazioni della Corte Costituzionale in merito al profilo cd. oggettivo del contraddittorio sono chiare:

⁴³ Invero le questioni intorno all’art. 500 c.p.p. non sono ancora “sopite” alla luce degli interventi interpretativi della Cassazione (per tutte Sent. 43992/13), tesi ad un recupero pieno iure delle dichiarazioni rilasciate al di fuori del contraddittorio processuale nei casi in cui risulti accertata l’inattendibilità della “ritrattazione” operata dal dichiarante nel corso della deposizione.

- tale metodo richiede che tutte le parti processuali partecipino al momento *genetico* della formazione della prova, e non si limitino, dunque, a valutazioni sul materiale raccolto in precedenza da altri;
- la necessità che le parti partecipino al momento *genetico* della formazione della prova implica l'impermeabilità del processo rispetto a tutte quelle conoscenze che, in quanto raccolte al di fuori del contraddittorio tra le parti, non sono ritenute pienamente affidabili e sono, pertanto, escluse dal patrimonio probatorio utilizzabile ai fini della decisione, salvo non si versi in una delle ipotesi derogatorie previste dal co. V dell'art. 111. Cost.;
- la formazione della prova nel contraddittorio tra le parti è il metodo prescelto dal Legislatore, in quanto ritenuto il più affidabile per accertare la verità.

Senza pretesa di esaustività, allora, si può affermare che il principio del contraddittorio rende possibili quattro tipi di controlli probatori: 1) un controllo sulla corretta applicazione delle regole epistemologiche e giuridiche sulla ammissione della prova; 2) la produzione della prova con la modalità del contraddittorio, ossia consentendo l'intervento delle parti nel processo di produzione; 3) la possibilità di proporre prove contrarie a quelle offerte dall'altra parte processuale; 4) la possibilità di proporre prove sulle prove che contentano di corroborare o meno l'affidabilità della controparte (la cross-examination, ad esempio)⁴⁴.

4. Il contraddittorio nel processo canonico

Nessun ordinamento giuridico processuale può rinunciare all'esigenza della ricerca della verità.

Tra questi spicca –in particolare– l'istituzione processuale della Chiesa⁴⁵, la quale non consente divergenze tra l'interesse privato e l'interesse pubblico, nel senso che tutte le parti del processo sono tenute ad un vincolo di lealtà riguardo alla verità oggettiva, al di sopra della verità processuale o formale⁴⁶.

44 Ferrer Beltran, J. (2012). *La valutazione razionale della prova*. Milano, 83.

45 Mentre per l'ordinamento giuridico secolare la società complessa ha costretto il fenomeno giuridico ad acquisire una più sensibile capacità ad ascoltare e percepire le voci ed i segni in continua trasformazione nella società, nell'ordinamento ecclesiale, ispirato a principi di pastoraltà e di equità, l'attività dell'operatore giuridico presenta da sempre profili propri del mediatore di tensione e conflitti. Cfr. Mazzola, R. (1996). *Il diritto vivente nell'ordinamento della Chiesa*. Torino, 319.

46 Arroba Conde, M. J. (2003). "Introduzione al processo canonico". In *Il processo penale canonico* a cura di Suchecki Z. Roma, 27.

La verità oggettiva sarebbe però inaccessibile senza un attento esame di quella parte di verità che fa capo ai singoli partecipanti al processo. In questa prospettiva, una pastorale giudiziaria qualificata⁴⁷, anche nella fase preliminare all'introduzione della causa, è la strada più opportuna per assistere le parti nel rettificare possibili errori nella loro visione soggettiva della lite, per motivare ad un confronto ragionevole con la visione dell'altra parte, e per capire maggiormente gli obiettivi del processo ecclesiastico e le sue procedure, senza escludere di arrivare a soluzioni di mediazione o di conciliazione⁴⁸.

L'ultimo discorso alla Rota di Giovanni Paolo II⁴⁹ rivolto soprattutto a coloro che devono emanare decisioni fu imperniato sulla verità, come fine del processo: "La deontologia del giudice ha il suo criterio ispiratore nell'amore per la verità. Egli dunque deve essere innanzitutto convinto che la verità esiste. Occorre perciò cercarla con desiderio autentico di conoscerla, malgrado tutti gli inconvenienti che da tale conoscenza possano derivare. Bisogna resistere alla paura della verità, che a volte può nascere dal timore di urtare le persone. La verità, che è Cristo stesso (cfr. Gv 8, 32 e 36), ci libera da ogni forma di compromesso con le menzogne interessate. Il giudice che veramente agisce da giudice, cioè con giustizia, non si lascia condizionare né da sentimenti di falsa compassione per le persone, né da falsi modelli di pensiero, anche se diffusi nell'ambiente. Egli sa che le sentenze ingiuste non costituiscono mai una vera soluzione pastorale, e che il giudizio di Dio sul proprio agire è ciò che conta per l'eternità" (n. 5).

L'anno seguente nel suo primo discorso alla Rota Romana, Benedetto XVI tornò sull'esigenza della ricerca della verità e degli strumenti necessari a raggiungerla: "Il processo canonico di nullità del matrimonio costituisce essenzialmente uno strumento per accertare la verità sul vincolo coniugale. Il suo scopo costitutivo non è quindi di complicare inutilmente la vita ai fedeli né tanto meno di esacerbarne la litigiosità, ma solo di rendere un servizio alla verità. L'istituto del processo in generale, del resto, non è di per sé un mezzo per soddisfare un interesse qualsiasi, bensì uno strumento qualificato per ottemperare al dovere di giustizia di dare a ciascuno il suo.

47 La connotazione pastorale della giustizia canonica e la funzione fondamentale che in essa svolge il principio dell'*equitas* non si pongono in contrasto con le formalità processuali non comportano una drastica riduzione o addirittura un'abolizione di quella serie di adempimenti formali che, secondo una tradizione giuridica ormai secolare e generalizzata compongono il processo. Moneta, P. (1993). *La giustizia nella Chiesa*. Genova, 19-20.

48 Arroba Conde, M. J., "Servizio alla persona e tecnica giudiziale nel diritto canonico". In *Studi in onore di Dalla Torre*, 24.

49 Giovanni, P. II (2005). *Discorso alla Rota Romana*, 29 gennaio 2005, in AAS, 97, 164-166.

Il processo, proprio nella sua struttura essenziale, è istituto di giustizia e di pace. In effetti, lo scopo del processo è la dichiarazione della verità da parte di un terzo imparziale⁵⁰, dopo che è stata offerta alle parti pari opportunità di addurre argomentazioni e prove entro un adeguato spazio di discussione. Questo scambio di pareri è normalmente necessario, affinché il giudice possa conoscere la verità e, di conseguenza, decidere la causa secondo giustizia”.

Il giudice –come ricordava Pio XII all’Unione Giuristi Cattolici Italiani– deve essere: “[...] umano [...] ha il dovere di formarsi, prima di emanare la sentenza giudiziale, una certezza morale, vale a dire che escluda ogni ragionevole e serio dubbio circa il fatto esteriore e l’interna colpevolezza. Ora però egli non ha una immediata visione dello stato interiore dell’imputato, come era nel momento dell’azione; anzi il più delle volte non è in grado di ricostruirlo con piena chiarezza dagli argomenti di prova, e talvolta neppure dalla confessione stessa del colpevole. Ma questa mancanza ed impossibilità non deve essere esagerata, come se fosse d’ordinario impossibile al giudice umano di conseguire una sufficiente sicurezza, e quindi un solido fondamento per la sentenza. Secondo i casi, il giudice non mancherà di consultare rinomati specialisti sulla capacità e responsabilità del presunto reo e di tener conto dei risultati delle moderne scienze psicologiche, psichiatriche e caratteriologiche. Se nonostante tutte queste premure, rimane ancora un importante e serio dubbio, nessun giudice coscienzioso procederà a una sentenza di condanna, tanto più quanto si tratta di una pena irrimediabile”⁵¹.

Chiaramente il concetto di certezza morale non appartiene esclusivamente all’ambito giudiziale, essendo applicabile ugualmente in sede amministrativa⁵².

Certamente, però, non basta la convinzione morale di chi decide; è importante infatti la scrupolosità con la quale si giunge alla decisione. La questione del “giusto processo” attiene infatti alla realtà dello svolgersi della funzione giudicante, alla concretezza della prassi⁵³.

50 La questione del Terzo e della terzietà è da sempre affrontata in relazione alla specificità della dimensione giuridica. Un diritto non esiste se non in quanto attuato o garantito dal Terzo. Nei passaggi dell’*Etica Nicomachea*, Aristotele considera l’imparzialità come costitutiva della figura del Giudice. Ed in effetti, per ristabilire l’uguaglianza “impedita”, il Giudice e, a monte, il Legislatore devono *logicamente* tenersi ad eguale distanza dalle parti in lite. Per ciò che concerne l’ambito canonico, la terzietà del giudice trova effettivo compimento nel can.1501, valevole sia nell’ambito del processo contenzioso ordinario che penale.

51 Pio XII, *Discorso all’Unione giuristi cattolici* del 5 dicembre 1954.

52 Llobell, J. (2006). *Contemperamento di interessi e i diritti dell’imputato*. Città del Vaticano, 132-133.

53 Dalla Torre, G. (2010). “Qualche riflessione su processo canonico e principio del ‘giusto processo’”. in *Studi in onore di Antoni Stankiewicz*. Città del Vaticano, vol. 3, 1293-1310.

A tal fine, il processo canonico, che è “una ordinata progressione di atti tendente ad una giusta ricerca della verità, e dunque della realtà delle cose e del diritto divino⁵⁴ che è scritto e vive in esse”⁵⁵, pretende lo sforzo etico di instaurare nel processo una comunicazione che sia idonea a garantire: un’attività probatoria, il contraddittorio, il diritto di difesa, l’uguaglianza di opportunità tra le parti, così come l’indipendenza e l’imparzialità del giudice⁵⁶.

In siffatta accezione, in virtù dei cann. 1481 § 2 e 1723, Giovanni Paolo II ribadisce che “non si può concepire un giudizio equo senza il contraddittorio, cioè senza la concreta possibilità concessa a ciascuna parte nella causa di essere ascoltata e di poter conoscere e contraddire le richieste, le prove e le deduzioni addotte dalla parte avversa o ex officio”.

Il contraddittorio deve dare, dunque, spazio alle circostanze locali, temporali e personali, al fine di pervenire alla decisione che corrisponda meglio alla giustizia e alla finalità della norma canonica.

Giovanelli sottolinea come, un esame attento della disciplina codicistica, ci consenta di verificare come siano stati tradotti in norme concrete i principi assiologici finora riportati⁵⁷.

Già con il can. 1517 avviene ciò che è stata efficacemente definita l’indispensabile premessa e garanzia del contraddittorio: la citazione⁵⁸.

La *vocatio in iudicium* di tutte le parti coinvolte, infatti, non solo determina la stessa definizione dei fatti oggetto del processo, ma rappresenta l’atto obbligato per l’effettivo esercizio del *ius defensionis* su cui si incardina il riscontro della verità e l’affermazione del giusto attraverso il metodo dialettico. In sostanza: “[...] la compiuta realizzazione del principio del contraddittorio riassume e sintetizza l’aspirazione ideale di ogni sistema procedurale che voglia assicurare la correttezza nell’amministrazione della giustizia”⁵⁹.

54 Normalmente si intendono come di diritto divino gli aspetti voluti da Dio per la Chiesa, che hanno conseguenza giuridiche. Una specie di ordinamento che, in quanto voluto da Dio, si sottrae alla discrezionalità della Chiesa che non può cambiarlo. Bisogna però differenziare la volontà divina e la presa di coscienza ecclesiale circa il suo contenuto. Arroba Conde, M. J. (2012). *Diritto processuale canonico*. Roma, 26.

55 Bonnet, P. A. (1988). *Giudizio ecclesiale e pluralismo dell’uomo*. Torino, 26.

56 Arroba Conde, M. J. *Introduzione al processo canonico*, cit., 25.

57 Giovanelli, G. (2016). *Quoties iustae obsent causae. Dal processo penale amministrativo al processo penale giudiziale straordinario*. Città del Vaticano, 127 e ss.

58 Dal Pozzo, M. *La citazione*. In Bonnet, P. A.; Gullo, C. (2008). *Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l’istruzione “Dignitas Connubi”*. LEV, 43 cit. in Giovanelli, G. *Quoties iustae obsent causae*, cit.

59 *Ivi*.

La natura comunitaria⁶⁰ della Chiesa obbliga poi ad intendere il contraddittorio come una collaborazione, simmetrica e paritaria; sarebbe –infatti– erroneo ritenere il contraddittorio alla stregua di mezzo finalizzato alla garanzia della difesa delle parti invece che luogo consono a rintracciare gli elementi conoscitivi necessari per decidere. La questione ha quindi una natura epistemologica, il cui orizzonte assiologico è costituito dal *favor veritatis*⁶¹.

Sul punto, come sottolinea Arroba Conde, la sfida più insidiosa è rappresentata dalla necessità di sfuggire ad atteggiamenti di fanatismo, impregnato di verità assolute (formulate in modo apodittico) di fatto antagoniste della ragionevolezza dei metodi di ricerca della verità⁶².

Una verità alla quale si giunge, inevitabilmente, attraverso diversi gradi di conoscenza oggettiva, che deve poggiare su regole che siano condivise, atte a manifestare il convincimento in enunciati rispondenti ad una verità reale, che corrisponda alla verità processuale.

In un simile contesto nasce l'obbligo di motivare la sentenza, raccolto al can. 1611 CIC 1983, che ha esteso l'obbligo di motivazione a tutte le sentenze, ribadendo la loro nullità in caso di mancanza di motivazione.

Giovanni Paolo II ribadì la necessità delle motivazioni per garantire il diritto alla difesa: “[...] non può destare meraviglia parlare anche, in rapporto al diritto di difesa, della necessità della pubblicazione della sentenza. Infatti, come potrebbe una delle parti difendersi in grado d'appello contro la sentenza del tribunale inferiore, se venisse privata del diritto di conoscere la motivazione sia *in iure* che *in facto*? Il Codice esige quindi che alla parte dispositiva della sentenza siano premesse le ragioni sulle quali essa si regge, e ciò non soltanto per rendere più facile l'obbedienza ad essa, qualora sia diventata esecutiva, ma anche per garantire il diritto alla difesa in un'eventuale ulteriore istanza”⁶³.

Come opportunamente segnalato da Arroba Conde, vi è una parte della moderna dottrina che, per ciò che concerne l'obbligo di motivazione, suggerisce di implementare il ruolo centrale della razionalità logica, il cui

60 Sulla relazione, poi, tra diritto e natura comunitaria della Chiesa, sicuramente: “[...] la funzione del diritto nella Chiesa deve sempre corrispondere alla peculiare natura della comunità, alla quale esso è destinato. La *lex suprema*, cioè la *salus animarum*, la carità, che, come *vinculum perfectionis*, dà perfezione alla stessa giustizia, devono sempre illuminare e guidare ogni studio sul diritto della Chiesa e presiedere alla sua giusta applicazione nella comunità ecclesiale”.

61 Arroba Conde, M. J. (2006). “Principi di deontologia forense”. In AA. VV. *Il diritto di difesa nel processo canonico*. Città del Vaticano, 138-140.

62 Arroba Conde, M. J. (2016). *Giusto processo e peculiarità culturali del processo canonico*. Roma, p. 114 e ss.

63 Giovanni, P. II. *Discorso alla Rota Romana*, cit.

iter deve esser notificato alle parti, con il concetto di razionalità dialogica⁶⁴. Siffatto passaggio permetterebbe il superamento della mera comunicazione della razionalità intrinseca della decisione, per manifestare con chiarezza che la decisione è un risultato conseguito seguendo i precetti di una razionalità comunicativa che non si interrompe con la definizione del processo. Non è sufficiente, infatti, la sola razionalità logica, astratta e individuale, idonea esclusivamente a garantire la comprensione della decisione come atto di *imperium*⁶⁵. Al contrario, la razionalità dialogica include il porsi in una prospettiva integrale per manifestare come sia stata acquisita e vagliata la totalità di quanto raccolto come prova.

In tale prospettiva l'ambito penale è quello in cui il rispetto del contraddittorio è particolarmente importante, un esempio in tal senso è il brano neotestamentario nel quale Paolo ordina a Timoteo: "Non accettare accuse contro un presbitero senza la deposizione di due o tre testimoni. Quelli poi che risultino colpevoli riprendili alla presenza di tutti, perché anche gli altri ne abbiano timore. Ti scongiuro davanti a Dio, a Cristo Gesù e agli angeli eletti, di osservare queste norme con imparzialità e di non far mai nulla per favoritismo" (1 Tm 5, 19-21).

Tale brano dimostra quanto fondamentale sia, per giungere ad una *giusta* decisione, il rispetto del diritto di difesa dell'accusato, ma anche quello della vittima e della comunità, mediante il contraddittorio processuale fra l'accusante e l'accusato. Il rispetto, dunque, del contraddittorio e dell'imparzialità costituiscono il mezzo per giungere alla conoscenza della verità⁶⁶.

Sotto tale profilo, nel processo penale è l'imputazione lo strumento processuale che, al pari della *vocatio in iudicium*, consente alle parti di esercitare le proprie facoltà al fine di sostenere o contestare la fondatezza delle accuse in essa ascritte; ragione per la quale l'imputazione determina, ai sensi dell'art. 187 c.p.p., l'oggetto di ciò che deve essere provato nel corso del processo, e delimita, ex art. 521 c.p.p., i poteri cognitivi del giudice, che non potrà pronunciarsi su fatti diversi da quelli descritti nell'imputazione.

64 Arroba Conde, M. J. *Diritto processuale canonico*. 6a ed. Roma, temi 5, 16, 31, 40.

65 Di Bernardo, E. "Il ruolo della logica nel contesto probatorio nell'accertamento dei fatti nel processo canonico". In Basti, G.; Gherri, P. (edd.) (2011). *Logica e diritto: tra argomentazione e scoperta. Atti della V Giornata canonistica interdisciplinare*. Città del Vaticano, 291-328, cit. in Arroba Conde, M. J. (7/2007). "Convincimento, certezza e motivazione: l'esperienza canonica". In *Criminalia*, 167.

66 Llobell, J., *Il giusto processo penale nella Chiesa*, Relazione al III Seminario dell'Archivio Giuridico su "Il Giusto Processo". Roma. "Sala Giubileo" della Libera Università Maria Ss.ma Assunta, 29 aprile 2011. In *Archivio Giuridico*, 232 (2012), 165-224 (prima parte) e 293-357 (seconda parte).

5. Conclusioni

Il tema del contraddittorio è talmente vasto da abbracciare, nell'ambito della dinamica processuale, quasi tutti gli ambiti dell'esperienza giuridica. Allo stesso tempo, esso rappresenta quell'aspetto coesistenziale dell'esistenza, tanto caro a Sergio Cotta, per il quale: “[...] l'altro, per un verso, può costituire un ostacolo e una minaccia all'esserci e all'agire dell'io, allorché le rispettive particolarità si contrastino; per altro verso, può esser di aiuto all'io nell'affermazione di sé, di là dalle sue deficienze o incapacità personali, allorché le rispettive particolarità si accordino e si completino. [...] Entrambe le possibilità sono reali nel con-esserci”⁶⁷.

Come giustamente osservato da Federica Dotti, entrambe le possibilità –nell'ambito processuale statale quanto canonico– si sostanziano nel diritto a far valere in giudizio le proprie ragioni, che devono realizzarsi sul piano della parità formale e sostanziale⁶⁸; non esaurendosi nell'accesso alle corti ma ricomprendendo poteri e facoltà successivi alla domanda giudiziale, che vanno esercitati per tutto il corso del procedimento e che sono altrettanto essenziali dell'accesso, della scaturigine del processo e del potere/dovere decisorio⁶⁹.

Il diritto di agire e resistere in giudizio –nucleo essenziale di ogni ordine processuale– si è dimostrato, pur nelle reciproche differenze, fonte di progresso procedurale in entrambi gli ordinamenti.

Il processo statale italiano e quello canonico non sono però immediatamente assimilabili, soprattutto per ciò che concerne i motivi che ne ispirano l'azione⁷⁰.

Il processo canonico –infatti– si configura quale *extrema ratio* atta a ristabilire l'equilibrio perduto all'interno di una comunità ferita; sul punto lo stesso Codice, al can. 1446 §1, afferma che: “Tutti i fedeli, ma in primo luogo i Vescovi, s'impegnino assiduamente, salva la giustizia, perché nel Popolo di Dio siano evitate, per quanto è possibile, e si compongano al più presto pacificamente le liti” ed al §2 evidenzia che: “[...] il giudice sul nascere della lite ed anche in qualunque altro momento, ogni volta che sgorga qualche

⁶⁷ Cotta, S. (1991). *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontogenomologia giuridica*. Milano, 68.

⁶⁸ Dotti, F. (2005). *Diritti della difesa e contraddittorio: garanzia di un giusto processo?* Roma, 236 e ss.

⁶⁹ Consolo, C., *Il nucleo essenziale del diritto di agire e resistere nel diritto italiano vigente*, Gherro S. Ed., *Il principio del contraddittorio tra l'ordinamento della Chiesa e gli ordinamenti statali*, 166.

⁷⁰ L'economia del presente lavoro non ci consente di approfondire la questione, per quanto stimolante, e valutarla nei suoi aspetti di dottrina e di prassi.

speranza di buon esito, non lasci di esortare le parti e di aiutarle a cercare di comune accordo un'equa soluzione della controversia, e indichi loro le vie più idonee a tal proposito, servendosi anche di persone autorevoli per la mediazione”.

Il processo penale canonico, seppur con modalità diverse, persegue i medesimi obiettivi⁷¹: il canone 1718, §1 n.2, affida all'Ordinario, dopo aver concluso l'istruttoria, di valutare se sia conveniente avviare il processo per infliggere o dichiarare la pena –sulla base del can. 1341– solo quando abbia constatato che né con l'ammonizione fraterna né con la riprensione né per altre vie dettate dalla sollecitudine pastorale è possibile ottenere sufficientemente la riparazione dello scandalo, il ristabilimento della giustizia, l'emenda del reo.

Nella sua complessità, dunque, tale processo ha in sé un carattere ontologicamente pastorale.

A questo proposito Giovanni Paolo II, nella sua Allocuzione alla Rota Romana del 18 gennaio 1990, affermava che: “La dimensione giuridica e quella pastorale sono inseparabilmente unite nella Chiesa pellegrina su questa terra. Anzitutto, vi è una loro armonia derivante dalla comune finalità: la salvezza delle anime. Ma vi è di più. In effetti, l'attività giuridico-canonica è per sua natura pastorale. Essa costituisce una peculiare partecipazione alla missione di Cristo Pastore, e consiste nell'attualizzare l'ordine di giustizia intraecclesiale voluto dallo stesso Cristo. A sua volta, l'attività pastorale, pur superando di gran lunga i soli aspetti giuridici, comporta sempre una dimensione di giustizia. Non sarebbe, infatti, possibile condurre le anime verso il Regno dei Cieli, se si prescindesse dal quel minimo di carità e di prudenza che consiste nell'impegno di far osservare fedelmente la legge e i diritti di tutti nella Chiesa. Ne consegue che ogni contrapposizione tra pastoraltà e giuridicità è fuorviante. Non è vero che per essere più pastorale il diritto debba rendersi meno giuridico. Vanno, sì, tenute presenti ed applicate le tante manifestazioni di quella flessibilità che, proprio per ragioni pastorali, ha sempre contraddistinto il diritto canonico. Ma vanno altresì rispettate le esigenze della giustizia, che da quella flessibilità possono venir superate, ma mai negate. La vera giustizia nella Chiesa, animata dalla carità e temperata dall'equità, merita sempre l'attributo qualificativo di pastorale. Non può esserci un esercizio di autentica carità pastorale che non tenga conto anzitutto della giustizia pastorale”.

⁷¹ Antecedente al processo penale è, ovviamente, la sussistenza di un delitto sostanziato in una violazione di legge (non solo quella positiva ecclesiastica ma anche quella divina e naturale) o di un precetto ad opera di una persona battezzata nella Chiesa cattolica o da essa accolta a norma del can. 11.

La pena canonica persegue, allora, la salvezza dell'anima del reo al quale, in ogni caso, deve essere riconosciuta la più ampia possibilità di difendersi, così come ribadito da Giovanni Paolo II nel suo Discorso alla Rota Romana del 26 gennaio 1989: “[...] si può ricavare dal canone 1598, § 1, il seguente principio, che deve guidare tutta l'attività giudiziaria della Chiesa: *Ius defensionis semper integrum maneat* (n. 2)”.

La caratteristica del ordinamento processuale canonico, dal carattere profondamente etico ed emendativo è dunque volto alla *salus animarum*.

Il processo penale statale, invece, può essere descritto⁷² –sottolinea Mazza– come la disciplina dei limiti imposti dalla legge (processuale) al potere statale nell'amministrazione della giustizia per il rispetto di diritti pari o addirittura superiori al valore rappresentato dall'accertamento della responsabilità e alla conseguente punizione dei colpevoli⁷³.

Il processo ha quindi in sé una connotazione ulteriore rappresentata dalla finalità di assicurare interessi e di diritti che potenzialmente entrano in conflitto con l'obiettivo della concreta repressione dei reati⁷⁴.

Entrambi gli ordinamenti hanno, dunque, finalità che contribuiscono alla reciproca divergenza (una dimensione preminentemente spirituale il primo, temporale il secondo): eppure istituti processuali di recente intro-

72 Per ragioni di spazio non è qui possibile argomentare le caratteristiche del processo penale statale, tenendo conto delle diverse prospettive riconducibili, ad esempio, alle idee del processo accusatorio o inquisitorio, così come un'ulteriore contrapposizione si collega alla funzione della sanzione, ovvero al modello garantista o a quello della difesa sociale. *Ex multis* si veda: Ferrajoli, L. (2002). *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Laterza, Roma-Bari; Spangher, G. (1988). *Il processo penale dopo la legge Carotti*. Garavaglia, M., *Profili del nuovo processo penale*. Padova; Pisani, M. (1988). *Introduzione al processo penale*. Milano; Ambrosini, G. (1990). *Il codice del nuovo processo*. Torino; Amodio, E. (1990). *Lezioni sul nuovo processo penale*. Milano; Gullotta, G. (1990). *Strumenti concettuali per agire sul nuovo processo penale: metodologia giudiziaria*, ivi; Lattanzi, G. (1990). *Norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del nuovo codice di procedura penale: annotate con le relazioni e i lavori preparatori*, ivi; Lozzi, G. (1990). *Riflessioni sul nuovo processo penale*. Torino; Conti, G. (1992). *La giurisprudenza della Corte Costituzionale sul processo penale*, 2 voll. Milano; D'andria, M. (1992). *Repertorio sul nuovo processo penale: tutte le massime ordinate articolo per articolo con le indicazioni bibliografiche*, ivi; Ferrua, P. (1992). *Studi sul processo penale*. Torino; D'andria, M. (1993). *La giurisprudenza sul nuovo processo penale: gli articoli del codice annotati con le massime e le indicazioni bibliografiche*. Milano; Chiavario, M. (2001). “Giusto processo: II) Processo penale”. In *Enciclopedia giuridica*, XV. Istituto della Enciclopedia Italiana. Roma; Amodio, E. (2003). *Processo penale, diritto europeo e common law dal rito inquisitorio al giusto processo*. Giuffrè. Milano; Dinacci, F. R. (2010). *Processo penale e Costituzione*. Milano; Conti, C. (2001). “Giusto processo. b) Diritto processuale penale”. In *Enc. Dir. Agg.*, V. Milano, 627.

73 Mazza, O. *I diritti fondamentali dell'individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*, Relazione al convegno di studi “Garanzia dei diritti fondamentali e processo penale”.

74 *Ivi*.

duzione ed aventi ad oggetto la commissione di reati di contenuta gravità, si caratterizzano per avere punti di contatto con il processo canonico, in quanto finalizzati a scongiurare l'applicazione della pena, privilegiando l'emenda del reo ed il ristabilirsi della giustizia con la riparazione del torto cagionato.

Ci si riferisce in particolare a quanto previsto dall'art. 35 del D.L.vo 274/2000 che, con riferimento ai reati di competenza del giudice di pace, consente a quest'ultimo di dichiarare l'estinzione del reato qualora l'accusato abbia riparato il danno cagionato mediante la restituzione o il risarcimento, ed eliminato le conseguenze dannose o pericolose della sua condotta.

Ma ancor più rappresentativo è l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato⁷⁵, previsto dall'art. 168 bis c.p., che limitatamente ai reati puniti con pena massima non superiore ai 4 anni prevede la sospensione del processo quando l'imputato si dichiara disponibile, oltre che a riparare le conseguenze dannose del reato ed a risarcire il danno, anche a svolgere programmi di volontariato finalizzati alla prestazione di lavori di pubblica utilità. L'esito positivo della messa alla prova estingue il reato.

Peraltro, ad agosto 2017 entrerà in vigore la legge di riforma del processo penale n. 103 del 23 giugno 2017 che, all'art. 1 co. I, introduce 163 ter c.p., in forza del quale, per i reati procedibili a querela, viene introdotta nell'ordinamento giuridico una nuova causa di estinzione del reato, per le ipotesi nella quali l'imputato: "[...] ha riparato interamente, entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e ha eliminato, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose del reato. Il risarcimento del danno può essere riconosciuto anche in seguito ad offerta reale ai sensi degli articoli 1208 e seguenti del codice civile, formulata dall'imputato e non accettata dalla persona offesa, ove il giudice riconosca la congruità della somma offerta a tale titolo"⁷⁶.

Si tratta di istituti processuali rappresentativi di una rinnovata concezione circa le modalità con le quali il processo penale tende alla affermazione della giustizia non più limitate solo all'applicazione delle sanzioni penale, ma aperte a forme di riparazione del torto subito e di ricostruzione del rapporto con la comunità nell'ambito della quale è stato commesso il reato.

In termini di diritto positivo, allora, come sottolinea Ferrari Da Passano, diversi sono i principi comuni che rivendicano la loro normatività sia nei

⁷⁵ L'art. 168 bis. c.p. è stato introdotto dall'art. 3 co. I della L. 28 aprile 2014 n. 67.

⁷⁶ Legge di riforma del processo penale n. 103 del 23 giugno 2017, art. 1 co. I.

confronti della società civile sia di quella ecclesiale, anzi postulano una loro sana cooperazione.

In siffatta prospettiva, in materia penale, il legislatore vaticano ha fatto espresso rinvio ai codici italiani, recependoli tra le proprie fonti del diritto. L'art. 7 della vigente legge n. LXXI del 2008 dispone che: “[...] si applica nello Stato della Città del Vaticano il codice penale italiano recepito con la legge 7 giugno 1929, n. II, come modificato ed integrato dalle leggi vaticane”⁷⁷.

Ugualmente, per il sistema processuale penale, la legge sulle fonti rimanda al “codice di procedura penale italiano recepito con legge 7 giugno 1929, n. II, come modificato ed integrato dalle leggi vaticane”⁷⁷.

Fin dall'inizio, si applicano dunque nello Stato della Città del Vaticano il codice penale ed il codice di procedura penale vigenti in Italia nel 1929, ovvero in ambito sostanziale il codice cd. Zanardelli, promulgato nel 1899, e per quanto concerne il rito, il codice di procedura del 1913⁷⁸.

Il legislatore vaticano, con successive modifiche ed integrazioni, è poi nuovamente intervenuto sulla disciplina penale originariamente mutuata dal sistema italiano, fino alle recenti riforme con le leggi 11 luglio 2013, n. VIII (Norme complementari in materia penale) e n. IX (Norme recanti modifiche al codice penale e al codice di procedura penale), rivolte ad apportare una serie di riforme in termini più complessivi dell'intero ordinamento penale anche per adeguarlo –come opportunamente osservato da Sarais– alle sempre crescenti esigenze di prevenzione e contrasto della criminalità.

La collaborazione tra i due ordinamenti deve, ovviamente, avvenire sempre nel rispetto della reciproca indipendenza ed autonomia, come Giovanni Paolo II a chiare lettere invitava: “[...] a nutrire una convinta e meditata fiducia nel patrimonio di virtù e di valori trasmesso dagli avi.

E' sulla base di una simile fiducia che si possono affrontare con lucidità i problemi, pur complessi e difficili, del momento presente, e spingere anzi audacemente lo sguardo verso il futuro, interrogandosi sul contributo che l'Italia può dare agli sviluppi della civiltà umana. Alla luce della straordinaria esperienza giuridica maturata nel corso dei secoli a partire dalla Roma pagana, come non sentire l'impegno, ad esempio, di continuare ad offrire al mondo il fondamentale messaggio secondo cui, al centro di ogni giusto ordine civile, deve esservi il rispetto per l'uomo, per la sua dignità e per i suoi inalienabili diritti? A ragione già l'antico adagio sentenziava:

⁷⁷ Art. 8, legge n. LXXI del 2008.

⁷⁸ Cfr. Sarais, A. “Il principio di legalità nel sistema penale vaticano: alcune considerazioni”. In *Sicurezza e Giustizia*, n. IV del MMXIV.

Hominum causa omne ius constitutum est. È implicita, in tale affermazione, la convinzione che esista una ‘verità’ sull’uomo, che si impone al di là delle barriere di lingue e culture diverse⁷⁹.

Proprio nel contesto della comparazione, il principio del contraddittorio trova un valido e solido sostegno per scoprire e realizzare quanto l’esercizio del diritto tenda ad anelare al medesimo traguardo: la verità e il conseguimento della giustizia⁸⁰.

79 Giovanni, P. II. *Messaggio al Parlamento*, 14 novembre 2002.

80 Dotti, F. *Diritti della difesa e contraddittorio*, cit., 242.

**LA NATURALEZA JURÍDICA DEL REGLAMENTO DE
PROPIEDAD HORIZONTAL, LA TUTELA DEL CONSUMIDOR
INMOBILIARIO Y LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS**

*The legal nature of the Horizontal Regulation, the real estate consumer
tutelage and the unfair contractual terms*

Juan Carlos Cajarville¹

Aprobado: 28 de junio de 2017

Recibido: 19 de agosto 2017

Resumen: El siguiente ensayo analiza la naturaleza jurídica del Reglamento de Propiedad Horizontal, para así determinar si ante la existencia de cláusulas abusivas se podrían aplicar al Régimen de Propiedad Horizontal, los principios y las normas de la Ley de Defensa del Consumidor. Para ello, nos preguntamos qué es un contrato de adhesión, cuáles son sus caracteres, y cuál es su incidencia en el instituto señalado.

A partir de ello, se trae a colación el instituto de la tutela del consumidor inmobiliario, que nos brinda un amplio paraguas de protección legal y tiene gran incidencia no solo en nuestros ámbitos académicos, sino también en el día a día de la sociedad toda.

Finalmente, se estudia la incidencia del principio protectorio de la buena fe en las cláusulas reglamentarias, dándonos el puntapié inicial para estudiar –y por qué no ejemplificar– cláusulas en las que el contratante dominante consigue incluir previsiones que alteran las recíprocas posiciones de las partes vinculadas, generando un notable y ostensible desequilibrio de los derechos acordados.

Palabras claves: Naturaleza jurídica - Reglamento de Propiedad Horizontal - Defensa del consumidor inmobiliario - Cláusulas abusivas - Contrato de adhesión.

1 Abogado (UCA), asociado en Estudio Jurídico Notarial González Gil, docente (2012-2014) de la cátedra de Derechos Reales del Dr. Castro Hernández, correo electrónico: juan.cajarville@gmail.com.”

Abstract: This essay analyzes the legal nature of the Horizontal Regulation, in order to determine, given the existence of unfair contractual terms, that the principles and rules of the consumers protection could be applied to the real legal Estate system. Therefore, we ask ourselves what is an adhesion contract? What characters does it have? And what influence does it have in the Institute indicated?

On that basis, it brings up to our attention the real Estate consumer tutelage institute, which gives us a broad defiance to legal regulation, and has a large impact not only among the academic field, but also in society day-to-day life.

Lastly, the influence of the good faith principle at the co-property regulation is studied, giving us the starting point to study and exemplify clauses stipulated under which the dominant contract party includes contractual terms that alter or disturb their respective positions, and break the balance of their rights and obligations.

Keywords: Legal nature - Horizontal Regulation - Consumer protection - Real estate consumer - Unfair contractual terms - Contract of adherence.

Para citar este texto:

Cajarville, J. C. (2017). “La naturaleza jurídica del Reglamento de Propiedad Horizontal, la tutela del consumidor inmobiliario y las cláusulas abusivas”, *Prudentia Iuris*, N° 84, pp. 191-223.

I. Introducción

En el presente trabajo se analizará la naturaleza jurídica del “Reglamento de Propiedad Horizontal” (en adelante, “el Reglamento”), para así determinar si ante la existencia de cláusulas abusivas se podría aplicar, al Régimen de Propiedad Horizontal, los principios y las normas de la Ley de Defensa del Consumidor.

Para ello, es conveniente que previamente repasemos los recaudos que todo inmueble que se pretenda someter al Régimen de la Propiedad Horizontal debe cumplir. En otras palabras –y sin ánimo de detenernos en profundidad con dicho análisis–, los *requisitos para la afectación al Régimen de Propiedad Horizontal*²: 1) Por un lado, “administrativos”, como la aprobación del plano de edificación, la obtención del certificado de inspec-

2 Conf. Papaño, R.; Kiper, C.; Dillón, G.; Causse, J. (1995). *Derechos Reales*. Tomo II. Buenos Aires. Depalma, 6-7.

ción final de obra y la aprobación del plano de subdivisión. 2) Por otro lado, el requisito “jurídico” –*que será objeto de estudio en el presente*–, es decir, la redacción y confección del Reglamento, y su posterior inscripción en los registros pertinentes.

Tales requisitos surgían de la letra misma del instituto aquí en estudio, del cual se desprendían –en la legislación derogada– dos términos. Por un lado, reglamento “de copropiedad”, en virtud de que describe las partes del edificio y la proporción en que las privativas participan en las comunes. Por otro, “y administración”, dado que debe hacer referencia al funcionamiento de los órganos del consorcio.

Sin embargo, con las modificaciones incorporadas por la Ley N° 26.994, se debe “puntualizar que el Código Civil y Comercial de la Nación (vigente a partir del 1° de agosto del año 2015, en adelante, CCCN) no habla de copropiedad sobre partes comunes, como sí lo hace el art. 2° de la Ley N° 13.512, sino que la propiedad de la unidad funcional comprende la parte indivisa del terreno y cosas y partes de uso común. Esta falta de mención a la copropiedad coincide con el criterio sustentado en el Capítulo 4, cuyo título es ‘Reglamento de Propiedad Horizontal’. Así, si el derecho es de propiedad horizontal, el Reglamento también es de *propiedad horizontal*, haciendo referencia directa a lo principal del régimen (la unidad privativa) y no a lo accesorio (el condominio de indivisión forzosa sobre partes comunes)”³.

A diferencia de la Ley N° 13.512, el nuevo Código define en su art. 2037 el Derecho Real de propiedad horizontal como: “[...] el Derecho Real que se ejerce sobre un inmueble propio que otorga a su titular facultades de uso, goce y disposición material y jurídica, que se ejercen sobre partes privativas y sobre partes comunes de un edificio, de conformidad con lo que establece este Título y el respectivo Reglamento de Propiedad Horizontal. Las diversas partes del inmueble, así como las facultades que sobre ellas se tienen son interdependientes y conforman un todo no escindible”. Por lo que podríamos decir que se trata de un Derecho Real autónomo, compuesto de partes comunes y partes privativas, inescindiblemente vinculadas, e interdependientes, así como las facultades que sobre ellas tienen los titulares de dominio.

II. La constitución del Régimen de Propiedad Horizontal

A diferencia de nuestro ordenamiento jurídico –tanto en el régimen vigente, como en el derogado–, que no contiene concepto alguno del instituto

3 Conf. Rivera, J. C. (2016, 13 de septiembre). “El Código Civil y Comercial. Algunas repercusiones en el derecho patrimonial”. Recuperado en *elDial.com* - DC21CE.

“Reglamento de Propiedad Horizontal”, encontramos en el Derecho Comparado colombiano (específicamente, en el art. 3° de la Ley N° 675/2001) una serie de definiciones que resultan atinentes a lo estudiado en el presente trabajo: “Para los efectos de la presente ley se establecen las siguientes definiciones: *Régimen de Propiedad Horizontal*: Sistema jurídico que regula el sometimiento a propiedad horizontal de un edificio o conjunto, construido o por construirse. *Reglamento de Propiedad Horizontal*: Estatuto que regula los derechos y obligaciones específicas de los copropietarios de un edificio o conjunto sometido al Régimen de Propiedad Horizontal”.

Tal es así, que el autor Pinzon Caicedo conceptualiza al Reglamento como “el documento con el cual se definen las reglas de convivencia, derechos y obligaciones que existen para los copropietarios o habitantes de un conjunto o edificio”⁴.

Atento a la nueva legislación vigente, el art. 2038, CCCN, reza: “Constitución. A los fines de la división jurídica del edificio, el titular de dominio o los condóminos deben redactar, por escritura pública, el Reglamento de Propiedad Horizontal, que debe inscribirse en el Registro Inmobiliario. El Reglamento de Propiedad Horizontal se integra al título suficiente sobre la unidad funcional”.

Parte de nuestra doctrina⁵ considera que “la redacción de la norma resalta la autonomía de este derecho al denominar al Reglamento como de ‘propiedad horizontal’ y no como de ‘copropiedad’. La forma del Reglamento sigue siendo –acertadamente– la escritura pública, la que debe inscribirse en el Registro de la Propiedad. El Reglamento –con la forma impuesta– es requisito esencial para dividir jurídicamente un inmueble en propiedad horizontal”. A su vez, “la nueva normativa identifica correctamente a los legitimados para otorgar el Reglamento. Estos son el titular del dominio y, en caso de que el inmueble se encuentre en condominio, los condóminos”.

Si bien dicha legitimación se encontraba prevista por la legislación derogada, se unifica y clarifica la situación jurídica que anteriormente se debía armonizar entre el art. 9° de la Ley N° 13.512 y el art. 1° del Decreto N° 18.734/1949, evitando así disquisiciones doctrinarias.

4 Pinzon Caicedo, W. O. (2007). “Lo que deben conocer de seguros los administradores de copropiedades, consejos de administración y copropietarios para contratar el seguro de propiedad horizontal exigido por la Ley N° 675, de 2001”. Chía, Colombia. Universidad de La Sabana, 18. Recuperado de file:///C:/Users/Administrador/Dropbox/FACULTAD/MATERIAS%20FACU/Derechos%20Reales/NAT.%20JUR.%20REGLAMENTO%20COP/Reglamento%20cvopropiedad/Derecho%20comparado.%20Reglamento.pdf

5 Bueres, A. J. (dir.). (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*. Tomo II. Buenos Aires. Hammurabi, 362.

Vale destacar que, “de esta manera, el estatuto consorcial consagra el estado de propiedad horizontal, finalizando con el período de la denominada, equívocamente, pre-horizontalidad, que en rigor es pre-propiedad horizontal. Se consagra, de éste modo, un principio doctrinario y jurisprudencial unificado acerca de que el Reglamento de Propiedad es *integrativo del título de propiedad horizontal*. Así, se da por terminada con la facultad de que la primera asamblea del Consorcio redacta el Reglamento, como lo exigía el art. 9° de la Ley N° 13.512, que en la práctica nunca se producía, pues en base a lo que dispone el art. 1° del Decreto Reglamentario N° 18.734/1949, se faculta a toda persona física o jurídica que se dispusiera a dividir horizontalmente un edificio construido, en construcción o a construir, a redactar el Reglamento, que es lo que realmente sucede”⁶. Situación que analizaremos en el apartado siguiente.

III. El estado de propiedad horizontal

Si bien algunos autores, como Llambías, entienden que “el Reglamento de Copropiedad es el acta de nacimiento del consorcio”, otros doctrinarios –como A. Abella– consideran que dicha postura no es del todo exacta. En efecto, cabe advertir que lo que produce el Reglamento es el “estado de propiedad horizontal”, pero no el nacimiento de los diversos derechos de propiedad horizontal que coexistirán en el inmueble. Este nacimiento de los derechos de propiedad horizontal, aun cuando requiere como requisito indispensable el previo o simultáneo registro del Reglamento (art. 2038), sólo operará al cumplirse los requisitos comunes exigidos por el CCCN (título suficiente y modo suficiente)⁷.

La autora mencionada afirma que “inscripto el Reglamento de Copropiedad (en ‘estado de propiedad horizontal’), media un agrupamiento de ‘futuros copropietarios’, éstos configurarán sólo un ‘consorcio de hecho’ o ‘preconsorcio’. Únicamente cuando nazcan los distintos derechos de propiedad horizontal, sea por división de condominio y adjudicación de unidades funcionales o por la enajenación de alguna de ellas, se constituirá un ‘consorcio (propriadamente dicho)’ o un ‘consorcio de derecho’”. En otras palabras, el Derecho Real de propiedad horizontal “nace” con la primera enajenación de un departamento o con la adjudicación a título de división de condominio

6 Resqui Pizarro, J. C. (2014, 13 de noviembre). “Aproximaciones al nuevo Código Civil y Comercial en lo referido a la propiedad horizontal”. Recuperado en *elDial.com* cita online: DC1E06.

7 Conf. Abella, A. N. (2012). “Propiedad horizontal. Cuestiones planimétricas. Desafectación”. *Revista del Notariado* 895. Recuperado en *La Ley*, cita online: AR/DOC/325/2012.

de las unidades funcionales –siempre que se cumplan los requisitos para la adquisición derivada de Derechos Reales sobre inmuebles por actos entre vivos–, y al mismo tiempo tiene origen el consorcio de copropietarios (de derecho) con personalidad jurídica propia.

Se debe subrayar que dicha personalidad es receptada expresamente por la letra del art. 2044, CCCN, según la cual “el conjunto de los propietarios de las unidades funcionales constituye la *persona jurídica consorcio*. Tiene su domicilio en el inmueble. Sus órganos son la asamblea, el consejo de propietarios y el administrador. La personalidad del consorcio se extingue por la desafectación del inmueble del Régimen de Propiedad Horizontal, sea por acuerdo unánime de los propietarios, instrumentado en escritura pública, o por resolución judicial, inscrita en el Registro Inmobiliario”.

Por último, como hemos señalado, el art. 2038 dispone que el nacimiento del estado de propiedad horizontal se materializa a través de la inscripción del Reglamento de Propiedad Horizontal en el respectivo Registro de la Propiedad. “De su letra se lee la expresión ‘división jurídica’, con lo cual, si bien se mantiene el mecanismo establecido en el art. 9° de la Ley N° 13.512, en torno al sometimiento del inmueble edificado al Derecho Real de propiedad horizontal, al emplear tal locución se prevé el establecimiento de otros requisitos que deberán cumplirse a los fines de la constitución. Tales requisitos serán los de carácter administrativo, que integran parte de otra rama del Derecho y hacen a la estructura del edificio. Asimismo, y si bien el CCCN habla de ‘edificio’, también debe considerarse que pueden someterse las construcciones horizontales que cumplan con la normativa administrativa vigente. Es decir, tendrá el mismo ámbito de aplicación que el otorgado por el art. 1° de la Ley N° 13.512, conforme refiere el art. 2039 del CCCN”⁸.

Queda claro, entonces, que respecto a las formalidades de su otorgamiento, en ambos supuestos, la forma requerida para el Reglamento es la escritura pública. Ahora bien, no debemos confundir éste instrumento público, con aquel que sirva de título suficiente para adquirir el derecho de propiedad horizontal –independientemente de que el Reglamento sea parte integradora del título del copropietario.

IV. El Reglamento y su imperatividad

A lo largo de los años, tanto doctrinal como jurisprudencialmente se ha afirmado que el Reglamento y sus cláusulas integran el título de los copro-

8 Smayevsky, M. y Penna, M. A. (mayo 2015). “Nuevos aspectos del Derecho Real de propiedad horizontal en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Ley N° 26.994)”. Recuperado en *El Derecho*, cita online: ISSN 1666-8987. N° 13.726. Año LIII. ED 262.

pietarios y resultan obligatorias para todos los propietarios –como también para quienes disponen del uso y goce de la unidad funcional–, por el solo hecho de ser titulares de dominio.

El Reglamento se considera parte integrante del título de propiedad y recíprocamente la obligación de reconocimiento del nuevo adquirente, toda vez que reúna los requisitos normales y condiciones que el mismo establece. Juega un importante papel en las relaciones entre los copropietarios, al prever minuciosamente toda divergencia que pueda suscitarse entre ellos y resolviéndolas con espíritu de equidad y de justicia; y siendo parte integrante de la misma escritura traslativa de dominio⁹.

Esta postura fue receptada por el CCCN, cuyo art. 2038 reza: “[...] El Reglamento de propiedad y administración se integra al título suficiente sobre la unidad funcional”. Se establece, así, una presunción *iuris et de iure*, que el propietario conoce y acepta el contenido del Reglamento. Ello se debe a que el Reglamento *forma parte de la causa del Derecho Real de propiedad horizontal*. Las cláusulas de aquél conforman el estatuto de la prerrogativa real junto con la regulación prevista en la ley.

Por lo tanto, “sus disposiciones son de cumplimiento obligatorio para todos y cada uno de los propietarios, salvo en cuanto a una o algunas de ellas, que pudieran contrariar, alterar o desvirtuar determinaciones de la Ley N° 13.512 (actualmente, normas del CCCN) que deban considerarse de orden público”¹⁰. Debemos aquí señalar, que también será obligatorio para todos los ocupantes del inmueble, ya que, en caso contrario, los copropietarios se encontrarían en una situación más desventajosa que estos últimos, quienes quedarían liberados de respetar el contenido del mismo.

V. Naturaleza jurídica del Reglamento

Teniendo en consideración el análisis realizado por Soligo Schuler¹¹, resulta adecuado en este apartado distinguir las diferentes corrientes adoptadas por los teóricos argentinos:

- i) La doctrina argentina mayoritaria considera que la naturaleza jurídica del Reglamento de Propiedad Horizontal es: a) Por un lado, un

9 Conf. Bendersky, M. J. (2012). “El reglamento de copropiedad redactado por el ‘propietario-vendedor’”. Recuperado en *La Ley* 91, 227 LLO. Cita Online: AR/DOC/452/2012.

10 Ídem.

11 Conf. Soligo Schuler, N. A. (2012). “Naturaleza jurídica del reglamento de copropiedad y administración”. *Revista del Notariado* 895, 77. Recuperado en *La Ley*, cita online: AR/DOC/312/2012.

“contrato discrecional o clásico”, cuando hay condominio (futuros copropietarios) sobre el inmueble, ya que éstos pueden negociar libremente las cláusulas; y, b) Por otro, una “oferta contractual”, cuando existe un único titular de dominio, pues falta la pluralidad de sujetos requerida por el art. 957 CCCN.

El principal fundamento de esta postura radica en que el Reglamento, como “acuerdo de voluntades destinado a reglar los derechos de los copropietarios”, podría encuadrarse en la definición de contrato del art. 1137 del Código Civil (derogado) o del actual art. 957, CCCN, que establece que el “contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”. Según dicha doctrina, el mismo criterio seguía el art. 9º de la Ley Nº 13.512, dado que guiaba al intérprete en tal sentido al emplear el verbo “acordar”.

Adelantando lo que analizaremos en los apartados siguientes, el acto unilateral de oferta contiene cláusulas predispuestas que, con la aceptación del adquirente de una unidad funcional, da lugar a un “contrato de adhesión”, dado que se limita a aceptar las cláusulas, sin que le sea posible discutir las. Sin embargo, el copropietario queda obligado a cumplir todas las disposiciones del Reglamento como si hubiese participado en la redacción originaria.

En este sentido, Poirier expresa que “el Reglamento de Copropiedad es válido, ya sea convenido por los copropietarios entre sí, o que lo haya redactado un solo propietario que, poseyendo originariamente la totalidad, haya efectuado las ventas ulteriores de los departamentos sobre la base de ese Reglamento”¹².

Cabe, finalmente, resaltar que la circunstancia de que la ley establezca cláusulas imperativas en el Reglamento no obsta a la referida naturaleza, pues es frecuente en los contratos la existencia de normas de orden público que limiten la voluntad de las partes, tales como los arts. 12 (orden público y fraude a la ley), 279 (objeto del acto jurídico), 1003 (objeto del contrato) y 1004 (objetos prohibido), del CCCN.

- ii) En contraposición a la tesis señalada, Guillermo A. Borda¹³ sostiene la teoría del *estatuto normativo*, virtud de la cual “el Reglamento no es un contrato, sino un conjunto de normas jurídicas que rigen la

12 Poirier, P. (1950). *La propiedad horizontal, Condominium*. Traducida y anotada por Salas, A. E. Buenos Aires. Depalma, 238.

13 Conf. Borda, G. (1975). *Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales*. Tomo I. Buenos Aires. Perrot, 617.

vida interna del consorcio”. Entiende que “el Reglamento tiene un origen similar a los contratos ya que ordinariamente (no siempre) requiere el consentimiento unánime de los consorcistas. Pero ese consentimiento general también está en el origen de los estatutos de las asociaciones y no por ello constituyen un contrato, sino la norma interna de la asociación”. Reafirma su postura, por un lado, en razón de que las modificaciones reglamentarias sólo requieren mayorías especiales calificadas (mas no necesariamente unanimidad), y sin embargo, obligan a todos los copropietarios; por otro lado, porque los titulares de las unidades funcionales entran y salen de esta supuesta relación contractual sin el consentimiento ni conocimiento de los demás copropietarios, sino que por el solo hecho de comprar o vender un departamento (o unidad funcional). Situación que a su criterio es inconcebible en un contrato. Siendo, entonces, su doctrina concomitante con el autor francés Butera, que considera al Reglamento “como el estatuto de esta particular forma de copropiedad, que es la casa dividida por pisos”¹⁴.

A contrario sensu, los autores contractualistas han replicado que esta circunstancia no es incompatible con la teoría normativa sobre la naturaleza jurídica de los contratos, que postula al acuerdo de voluntades como una ley individual y fuente de Derecho Objetivo. Afirman que el carácter de conjunto de normas jurídicas puede subsumirse dentro de los contratos denominados “normativos”, ya que el establecimiento de reglas a las que deberán someterse las futuras relaciones jurídicas entre las partes es propio de dicha clasificación. Por lo cual, la obligatoriedad del Reglamento para los sucesores singulares surge de la necesaria adhesión que se produce al ingresar al consorcio. Asimismo –como hemos mencionado–, el Reglamento forma parte integrante del título de adquisición, no siendo obstáculo que el ingreso o egreso se efectúe sin consentimiento o conocimiento de los restantes copropietarios, ya que esta circunstancia también ocurre frecuentemente en sociedades de capital, cuya naturaleza jurídica es un contrato¹⁵.

- iii) Por último, otra parte de la doctrina considera al Reglamento como un “acto jurídico unilateral”. Según este criterio, dicha naturaleza jurídica resulta invariable, ya que no depende de la existencia de un Derecho Real de dominio o condominio sobre el inmueble edificado. Según esta postura, si se trata de un único titular dominial que afec-

14 Bendersky, M. J. Ob. cit.

15 Conf. Soligo Schuler, N. A. Ob. cit.

ta el inmueble al Régimen de Propiedad Horizontal, coinciden con la doctrina mayoritaria que atribuye al Reglamento la naturaleza de una “oferta contractual”. Este acto unilateral integra el ulterior acuerdo de voluntades que se perfecciona con la primera enajenación de una unidad funcional del edificio. En ese momento nace el Derecho Real de propiedad horizontal y se crea el consorcio. Sin embargo, difieren cuando el Reglamento es otorgado por los condóminos del inmueble, dado que aquí también se lo considera como un acto jurídico unilateral. A pesar de la pluralidad de sujetos, el Reglamento no sería un contrato en razón de que no se observan al momento del otorgamiento centros de interés diferenciados ni entrecruzamiento de voluntades¹⁶.

Por lo cual, el autor mencionado *ut supra* considera que “al otorgar el Reglamento de Copropiedad y Administración, las voluntades de los condóminos no se ‘cruzan’ ni se ‘oportunan’, sino que se ‘fundan’ o se ‘integran’ en una sola voluntad. Todos buscan un idéntico propósito. Por esta razón, el Reglamento tiene similar naturaleza jurídica a una oferta de venta efectuada por los dueños de una cosa. La naturaleza jurídica del Reglamento otorgado por los condóminos es un acto jurídico unilateral, plurisubjetivo, complejo e igualitario”.

VI. El Reglamento de Propiedad Horizontal como contrato de adhesión¹⁷

¿Cuál fue una de las primeras manifestaciones negociales en la que se plasmó la operatividad de los contratos por adhesión y las consecuentes cláusulas abusivas?

Cuando hablamos de contratos por adhesión y cláusulas abusivas –conforme afirma J. A. Costantino–, intuitivamente nos vienen a la mente la mayoría de las contrataciones modernas: seguros, tarjetas de crédito, medicina prepaga, informáticos, servicios telefónicos y deportivos, entre otros.

Sin embargo, una de las primeras manifestaciones legales que dio soporte obligatorio a una convención estatutaria por adhesión fue la Ley N° 13.512 de Propiedad Horizontal, que como bien sabemos, fue sancionada en octubre de 1948, es decir, hace más de medio siglo.

16 Conf. ídem.

17 Conf. Costantino, J. A. “Propiedad horizontal, edificio, plano de subdivisión y reglamento de propiedad. (Provincia de Buenos Aires)”. Recuperado en *La Ley*, cita online: 0003/800953.

Vale aquí agregar, que ya en la década del noventa, según el Censo Nacional de Población y Vivienda, año 1991, el 75 % de los habitantes de la Ciudad de Buenos Aires vivía en propiedad horizontal. Al mismo tiempo que más del 65 % de la población de la Argentina se encuentra directa o indirectamente vinculada al Régimen de la Propiedad Horizontal; ya sea como propietario, locatario o usuario de unidades de vivienda, oficinas, cocheras o locales de comercio. Esto nos da una primera pauta aproximativa para determinar el amplísimo espectro de influencia jurídica que abarca la propiedad horizontal.

De hecho, el 90 % de los Reglamentos de Propiedad Horizontal que rigen los aspectos fácticos y jurídicos de los consorcios de todo el país son redactados en forma unilateral por el titular de dominio o la empresa constructora, vendedora y promotora, vinculada a aquél. Esto hace que las cláusulas leoninas, contrarias a la moral y las buenas costumbres, abusivas e inconstitucionales, se multipliquen en este tipo de convención normativa.

VII. Caracteres generales del contrato por adhesión

La expresión “contratos de adhesión” proviene de la doctrina francesa, utilizada por primera vez por Aleilles R., quien en su obra, *De la déclaration de la volonté*, de 1901, los caracterizó como aquéllos “en los cuales hay predominio exclusivo de una sola voluntad que actúa como voluntad unilateral, que dicta su ley no ya a un individuo, sino que a una colectividad indeterminada, obligándose por anticipado, unilateralmente, a la espera de la adhesión de los que querrán aceptar la ley del contrato, apoderándose de este compromiso ya creado sobre él mismo”¹⁸.

Nuestro ordenamiento define el contrato por adhesión, en su art. 984, CCCN, como “aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predisuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción”. Al mismo tiempo, el texto normativo establece los dos tipos de cláusulas que constituyen el contrato de adhesión:

“Las cláusulas generales predisuestas”, que deben ser comprensibles y autosuficientes y su redacción clara, completa y fácilmente legible. Se tienen por no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. Dicha disposición también es

18 López Santa María, J. (2001). *Los contratos*. 3ª ed. Tomo I: Parte general. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 142.

aplicable a la contratación telefónica, electrónica o similares (conf. art. 985, CCCN).

“Las cláusulas particulares”, son aquellas que, negociadas individualmente, amplían, limitan, suprimen o interpretan una cláusula general. Claro es que en caso de haber: a) incompatibilidad entre ambos tipos de cláusulas, siempre prevalecen estas últimas; b) cláusulas ambiguas predisuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente (conf. arts. 986 y 987, CCCN).

En consiguiente, podemos señalar, en términos generales, que nos encontramos frente a un contrato por adhesión cuando se satisfacen las siguientes condiciones:

- 1) El documento cuya validez legal está en entredicho es una forma impresa que contiene una pluralidad de términos y aspira a ser un contrato.
- 2) Dicha forma ha sido redactada por o a nombre de una de las partes de la transacción.
- 3) Aquella parte que ha redactado los términos participa en numerosas transacciones de aquellas representadas por la forma y realiza rutinariamente este tipo de transacciones.
- 4) La forma impresa es presentada al adherente con la prevención de que, salvo algunos pocos términos –y las más de las veces ni siquiera esto–, podrán ser modificados, manteniéndose el grueso de la estructura del contrato como la diseñó la parte redactora.
- 5) Después de que las partes –en caso de que las haya– lleguen a un acuerdo sobre aquellos términos abiertos a la negociación, la parte adherente debe rubricar la forma.
- 6) La principal obligación de la parte adherente en la transacción considerada como un todo es el pago de una suma de dinero¹⁹.

VIII. Demás caracteres del Reglamento de Propiedad Horizontal

- 1) *Contrato plurilateral*: Además de poder ser celebrado por más de dos partes, cada una de éstas adquiere derechos y obligaciones respecto de todas las demás.
- 2) *Contrato de organización*: La finalidad de la ley no solo consiste en regular derechos y obligaciones recíprocas, sino –y principalmente–

19 De La Maza Gazmuri, I. (2003). “Contratos por adhesión y cláusulas abusivas ¿por qué el Estado y no solamente el mercado?”. *Revista chilena de derecho privado*, 111-112. Recuperado en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2572113>.

te— en formar una comunidad de copropietarios. Castro Hernández tiene dicho que “del instituto de la propiedad horizontal se rescata un valor no siempre tomado en cuenta por los copropietarios, y éste es la ‘solidaridad’ que debe reinar como el modo sencillo de convivencia, teniendo especialmente cuidado con los límites que la ley impone al ejercicio de las facultades que les otorga”. Es por ello que los copropietarios “[...] no se encuentran en solitario, sino que la solidaridad referida les impone pensar, antes de ejecutar actividades fuera de lo corriente, si no estarán ultrapasando aquellos límites”²⁰.

- 3) *Calidad de recepticio*: El acto (oferta de contrato) reviste la calidad de recepticio porque está destinado a ser aceptado por el futuro adquirente o adjudicatario de la unidad funcional.
- 4) *Contrato normativo*: Es aquel que tiene por objeto establecer la disciplina de un contrato eventual y futuro. Una variedad de éste es el que fija la forma que deberá tener el posible futuro contrato. El efecto del mismo no es la obligación de celebrar el futuro contrato, sino que, si voluntariamente se celebra, deberá contener aquella disciplina o cumplir esta forma. Se lo denomina normativo porque establece una norma a seguir en los contratos (que se pueden denominar “normados”) que se celebren en lo futuro; lo que puede llevar a una estandarización de los contratos futuros que serían verdaderos contratos tipo.
- 5) *Contrato nominado*: Se encontraba receptado por Ley N° 13.512, su decreto reglamentario, y actualmente por las normas del CCCN.
- 6) *Contrato tipo*: Contratos cuyas condiciones generales, cuidadosamente estudiadas, forman un conjunto que se presenta en bloque a los adherentes particulares, generalmente pre-impresos y con numerosas cláusulas difíciles de comprender y aún de leer para legos.

IX. Incidencia de la buena fe en los contratos de adhesión

“Analizando como un fenómeno novedoso el afianzamiento de los contratos formularios, prerredactados, y los de adhesión, vemos que en realidad tienen su origen en el siglo XIX, con los contratos de seguros y transportes. Estos son denominados por la doctrina alemana como con-

20 Conf. Castro Hernández, M. (2013, 12 de septiembre). “Prohibición de alterar la estética de la fachada externa de los edificios y el desmantelamiento de obras clandestinas”. Recuperado en *El Derecho*, cita online: ISSN 1666-8987. N° 13.320. ED 243.

tratos ‘en silencio’ o ‘sin diálogo’. Por otro lado, Claudia Lima Marques los denomina como el ‘contrato deshumanizado’, definición de gran densidad que nos transporta del *homo loquens* (que tiene la facultad única de pensar y expresar sus pensamientos), al inminente *homo videns* (caracterizado fantásticamente por Giovanni Sartori, en su obra concebida con dicho título, como el hombre que, al igual que los animales, frente a un televisor sólo responde a los impulsos cromáticos y sonoros. Ya no racionaliza, reacciona instintivamente)”²¹.

La “buena fe” o *bonae fidei* hace referencia a la rectitud, honradez, honestidad en las relaciones sociales y jurídicas, y se la puede considerar como un “criterio de conducta al que ha de adaptarse el comportamiento honesto de los sujetos de derecho”, en contraposición de la “mala fe”, que se la define como “malicia o temeridad con la que se hace algo o con la que se posee o detenta algún bien”²². Este principio es receptado por el codificador en el art. 9º, CCCN, que afirma que “los derechos deben ser ejercidos de buena fe”, y –entre otros– por los arts. 10 y 961, CCCN, que serán estudiados más adelante.

Particularmente, en la relación de consumo –que estudiaremos en los apartados siguientes–, se expresa en tres funciones fundamentales:

- 1) Ser fuente de nuevos deberes especiales (deberes anexos) de conducta durante el vínculo contractual, tales como el deber de cooperación, de información veraz, de conducta y cuidado.
- 2) Causa limitadora del ejercicio, hoy abusivo, antes lícito, de los Derechos Subjetivos.
- 3) Elemento de interpretación de los contratos, teniendo como parámetro el actuar del “buen padre de familia”.

En resumen, “el principio general de la buena fe exige que las partes no defrauden ni abusen de la confianza, que actúen con lealtad recíproca y de modo transparente y coherente. Cuando una de las partes introduce en el contrato cláusulas sorpresivas o abusivas, no parece comportarse de acuerdo con este principio”²³.

21 Conf. Álvarez Larrondo, F. M. (2009, 6 de junio). “La buena fe en la Ley N° 24.240”. Recuperado en *La Ley*, cita online: 2009-C, 1271.

22 Conf. Cajarville, J. C. (2012). “La buena fe y su aplicación en el Derecho argentino”. En *Prudentia Iuris*, N° 74. Buenos Aires, 249-259.

23 Conf. Álvarez, A. y Cornet Oliva, V. (2012, 11 de noviembre). “Las cláusulas abusivas”. Recuperado en *La Ley*, cita online: AR/DOC/6151/2011.

X. Tutela del consumidor inmobiliario. La reforma a la Ley de Defensa del Consumidor y su ámbito de aplicación

i) Marco normativo

El Derecho del Consumidor es una “disciplina que estudia la regulación jurídica de las conductas de individuos que se relacionan económicamente en condiciones de desequilibrio sistémico, es decir, que no están en igualdad de condiciones. Esa desigualdad no se da como un fenómeno, raro o extraordinario, sino que es lo normal y esperable en las prácticas comerciales”²⁴.

Si bien el nuevo Código pareciera venir a revertir este desequilibrio sistémico, es menester aclarar que toma principios ya contenidos en el Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor, y que al realizar interpretación constitucionalizada de la nueva norma, no debe tomarse la misma de forma aislada, sino adaptándose a las normas de la Constitución Nacional, y a los fallos de la Corte Interamericana de DD. HH. y la Corte Europea de DD. HH. Por lo que debemos trabajar sobre reglas y principios (CN, Ley N° 24.240 y leyes particulares), armonizando las mismas, a los fines de obtener una respuesta nueva, y no sólo quedarnos con soluciones prediseñadas por el legislador.

Para lo cual, resulta interesante analizar la posible aplicación al Régimen de Propiedad Horizontal, los principios y las normas establecidos por nuestro ordenamiento jurídico en defensa de los usuarios y consumidores.

En primer lugar, la protección a los usuarios y consumidores tiene como primera fuente nuestra Carta Magna, en su art. 42, CN, que reza: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios [...]”.

En segundo lugar, dichos principios fueron receptados por la Ley N° 24.240, denominada “Ley de Defensa del Consumidor” (en adelante, LDC). Tras diez años de promulgada dicha norma, se sancionó la Ley N° 26.361, que modifica parte sustancial de su articulado, y produce –en la materia que

24 Conf. Colman, M. (2015, 23 de diciembre). “Los Derechos del Consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial”. Buenos Aires. Asociación Defensores del Pueblo de la República Argentina. Recuperado en: www.adpra.org.ar/los-derechos-del-consumidor-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial.

aquí nos ocupa— cierta incertidumbre respecto de su aplicación y alcance cuando la relación de consumo se refiere a un bien inmueble.

Por último, el Derecho del Consumidor queda plasmado en el anexo de la Ley N° 26.994, parte 3, de la modificación de la Ley N° 24.240 y la Ley N° 26.361; y en el Libro III, en el Título III del mismo Código. Queda vigente el resto del texto de la Ley N° 24.240 y sus modificatorias.

ii) Situación previa a la reforma de la LDC

Atento al *art. 1° de la LDC en su primera redacción*, declaraba comprendidos en su régimen:

- a) la adquisición o locación de cosa muebles;
- b) la prestación de servicios;
- c) la adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas”.

Dicha norma establecía que son “consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas, que contratan a título oneroso para su *consumo final o beneficio propio, o de su grupo familiar o social*”. Virtud de lo cual, se puede señalar que no se excluía la aplicación de la LDC cuando se adquiría un inmueble nuevo que se destinaba para alquilarlo a terceros, dado que el mismo artículo alude a “beneficio propio” en un sentido amplio y a favor del consumidor y su grupo familiar.

A su vez, la Reglamentación del Decreto N° 1.798/1994 disponía, en su art. 1°, inciso c), que “se entiende por *nuevo el inmueble* a construirse, en construcción, o que nunca haya sido ocupado”. Es por ello que lo primordial para tener el carácter de “nuevo” era que el mismo no haya sido usado por alguna persona, sea el titular del inmueble, un locador o un comodatario.

Por lo que, podemos decir que la vieja normativa poseía una “interpretación restrictiva” sobre la aplicación de la tutela al consumidor inmobiliario, debiéndose cumplir con los requisitos comprendidos en art. 1°, inc. “c”, LDC.

iii) Situación posterior a reforma de la Ley N° 26.361

Dentro de las modificaciones producidas por la Ley N° 26.361, podemos resaltar la noción conceptual del consumidor y del objeto de la relación de consumo, adoptada por su art. 1°, LDC: “La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona

física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines. Se considera, asimismo, consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo (artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.361, *BO* 7-4-2008)".

Resulta interesante traer a colación los argumentos previstos por el legislador en las tratativas previas a la sanción de dicha norma, dado que "considerando que en el vastísimo escenario del consumo la dinámica tecnológica y de comercialización de productos y servicios es capaz de presentar situaciones novedosas a cada paso, se entiende de buena técnica legislativa acuñar un tipo lo más cercano posible al grado de generalidad y abstracción que toda ley formal debe ostentar. [...] Así, la voz 'bienes', incorporada para representar los múltiples objetos posibles de una relación de consumo, parece la apropiada por el universo al que se proyecta: objetos materiales e inmateriales susceptibles de tener un valor; es decir, las *cosas, muebles e inmuebles*, los derechos patrimoniales y los servicios, entre otros. Como puede advertirse, se abandona toda casuística, presente y futura, con sus riesgos de estrechez y obsolescencia; asimismo, se descartan las restricciones del inciso c) del actual art. 1° de la Ley N° 24.240, de Defensa del Consumidor, de las que no se conoce justificación valedera"²⁵.

Luego de su sanción, la doctrina mayoritaria afirma –atento lo señalado por Arias Cáu²⁶– "que hoy el consumidor inmobiliario debe ser entendido en sentido amplio, careciendo de los tópicos reseñados en la anterior redacción. La enunciación de la adquisición de los derechos en 'tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines', es sólo a los fines ejemplificativos, ya que comprende otras figuras no incluidas, y que no debe interpretarse limitativamente, siempre dentro de la relación de consumo de rango constitucional".

En consonancia con lo expuesto, Frustagli y Hernández sostienen "que ese agregado debe interpretarse en el sentido más favorable al consumidor,

25 Conf. Wernicke, W (2008). *Antecedentes Parlamentarios. Ley N° 26.361. Modificaciones a la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor y complementariamente a las Leyes N° 25.065 de Tarjetas de Crédito y N° 22.802 de Lealtad Comercial.*

26 Conf. Arias Cáu, E. J. (diciembre 2008). "Interpretación judicial en torno al consumidor inmobiliario dentro de la relación de consumo". *LLPatagonia* 544, cita online: AR/DOC/2773/2008. Recuperado en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/interpretacion-judicial-en-torno-al-consumidor>.

que supone afirmar la inclusión de las operaciones inmobiliarias”. Brindando algunos ejemplos, Gregorini Clusellas explica que “los consumidores, compradores de inmuebles nuevos para vivienda, permanente o transitoria, o lotes de terreno adquiridos para tal fin, al igual que los locatarios que contratasen para el mismo objeto no comercial, la construcción o reparación de sus viviendas, están indistintamente tutelados por la ley”.

En este orden de ideas, Molina Sandoval²⁷ entiende “que la reforma del régimen de consumo tiene especial relevancia en materia de bienes inmuebles, ya que el régimen derogado sólo permitía la aplicación del régimen legal cuando se tratase de bienes ‘inmuebles’ que fueran ‘destinados a vivienda’”.

“Esta exigencia para inmuebles ha sido derogada y se ha permitido expresamente la aplicación del régimen *para cosas usadas*, de donde también la LDC será aplicable no sólo en inmuebles nuevos, sino también en *viviendas usadas o en la re-venta de lotes u otros inmuebles*. Adicionalmente, no se exige que estén destinadas a la utilización familiar, sino que también podrían ser aplicables para la compra de oficinas, locales comerciales, *apartment-hotel* u otros inmuebles”.

A su vez, el autor considera que “las únicas locaciones que estaban comprendidas en el régimen anterior eran las de cosas muebles y todo el régimen de locación de inmuebles quedaba naturalmente excluido de la LDC. Hoy también se permite la aplicación de la LDC a las locaciones de inmuebles (destinados a vivienda o a locales comerciales). Tampoco se exige que la oferta sea pública y dirigida a personas determinadas”. Por lo que, “la inclusión legal no es menor y requiere un replanteo de los verdaderos alcances, ya que deberá determinarse la aplicación de la LDC a las empresas que comercializan inmuebles o sus alquileres”.

iv) Cambio copernicano en la LCD²⁸

A diferencia del régimen anterior, que exigía que el contrato de consumo fuera a título oneroso (recuérdese que el decreto reglamentario sólo admitía la aplicación de la LDC en aquellos casos en que una persona, en función de una eventual contratación a título oneroso, reciba a título gratuito cosas o servicios, por ejemplo, muestras gratis), en la reforma del régimen de consumo lo significativo no es el carácter “oneroso” de la adquisición de la cosa o utilización del servicio, sino que la norma ha puesto el acento en la

²⁷ Conf. Molina Sandoval, C. A. (abril 2008). “Reformas sustanciales”. Sup. Esp. *Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor*, 81. Recuperado en *La Ley*, cita online: AR/DOC/932/2008.

²⁸ Conf. *ibidem*.

“adquisición” o “utilización” por el consumidor. La nueva ley ha modificado indirectamente el decreto reglamentario y ha ampliado peculiarmente el ámbito.

Asimismo –como hemos distinguido–, la ley también se aplica a cosas usadas que en el régimen anterior estaban excluidas. La ley les aplica el régimen tuitivo sin que sea necesario que el proveedor comercialice en forma profesional las cosas usadas, ya que sería suficiente con que lo haga de manera ocasional (“ocasionalmente”, dice el nuevo art. 2º, primer párrafo).

El esquema legal aplicable a las adquisiciones de cosas usadas es similar al de las cosas nuevas (y por ello rigen en su plenitud el complejo entramado de derechos y obligaciones de la ley), aun cuando en algunos supuestos la propia ley haga diferencias, dado que, por ejemplo, el art. 11 establece un plazo menor de garantía para las cosas muebles usadas.

v) Situación luego de la sanción del CCCN

La Comisión Redactora del nuevo Código propuso incluir una serie de principios generales de protección del consumidor que actúan como una *protección mínima*. “Al incluir los aspectos protectorios de la ley especial (Nº 24.240) en la ley general (Nº 26.994) esos principios iban a resultar reforzados para quedar a salvo de una eventual reforma regresiva. En pocas palabras, el Código Civil y Comercial se ocupa de cuestiones propias de las leyes especiales para, según dicen sus creadores, asegurar los beneficios de la ley específica impidiendo que una reforma furtiva los extinga en una de esas tertulias trasnochadas a que nos tiene acostumbrado el Congreso de la Nación”²⁹.

En su Anexo II como Leyes Complementarias, en el art. 3º, modifica la Ley Nº 24.240 y su modificatoria, Nº 26.361, en sus arts. 1º, 8º, 40 bis y 50 bis, dejando vigente el resto de la Ley de Derecho del Consumidor. En el Libro III, Título III, establece una serie de principios generales desde el art. 1092 hasta el art. 1122, dejando constancia sobre las “Relaciones de Consumo”, ampliando la modificación al art. 1º de la Ley Nº 24.240 con la calidad de consumidor.

Reitera que serán considerados consumidores inclusive las personas jurídicas pero cuando el consumo no tenga vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional. Queda vigente el art. 2º de la LDC,

²⁹ Shina, F. (2016, 1º de enero). “Las relaciones de consumo en el nuevo Código Civil y Comercial. La resurrección del *bystander*”. Recuperado en *elDial.com*, cita online: DC20BA.

para dar el concepto de proveedor, por lo que el art. 1093, CCCN, debe ser integrado con el mentado artículo.

Uno de los puntos más críticos de la reforma fue la derogación de una oración completa del art. 1º, LDC: “[...] y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”. Dicha modificatoria es considerada como un grave perjuicio a los consumidores frente a empresarios, aseguradoras y bancos, alterando los derechos de los mismos, al no reconocer al “consumidor expuesto”. Sin embargo, existe, no obstante, una interpretación amplia, en la cual se puede incorporar (como consumidores expuestos) a aquellos que quedan incluidos en la relación de consumo, sin perjuicio de no estar explícito como la derogada³⁰.

A los efectos del consumidor inmobiliario, se mantiene el criterio adoptado por la Ley N° 26.631 –que ha sido analizado en los apartados anteriores–, en virtud del cual debe ser receptado en “sentido amplio”, e interpretándose en la extensión más favorable al consumidor, lo que supone afirmar la inclusión de las operaciones inmobiliarias. Si bien este criterio no está establecido formalmente en el CCCN, se mantiene expresamente en el instituto “contenido del documento de venta”, del art. 10, LDC (conforme al art. 7º de la Ley N° 26.361), conforme al cual, expresamente, establece que dicho documento se puede extender por la venta de cosas “muebles o inmuebles”, manteniéndose así la postura adoptada al interpretar la situación luego de la reforma de la Ley N° 26.631.

vi) Efectos de la tutela de la Ley de Defensa al Consumidor³¹

- a) Se aplicará la regla de interpretación que dispone que en caso de “duda” se estará siempre a la interpretación más favorable al consumidor (conf. arts. 3º y 37 de la Ley N° 24.240). Asimismo, “cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa” (conf. arts. 37, LDC y 1096, CCCN). Dichos principios coinciden con lo establecido en el art. 1094, CCCN, respecto a “Interpretación y prelación normativa: Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de ‘protección del consumidor’ y el de acceso al ‘consumo sustentable’. En caso de duda sobre la interpretación

30 Conf. Bassano, O. H. (2014, 3 de enero). “El Derecho del Consumidor en el Nuevo Código Civil y Comercial”. Recuperado en *elDial.com*, cita online: DC1E22.

31 Conf. Gregorini Clusellas, E. L. (2008, 28 de abril). “Las acciones del adquirente o locador de obra de un inmueble con vicios”. Recuperado en *La Ley* 2008-C, 179, cita online: AR/DOC/3726/2007.

- de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor”.
- b) El deber de “buena fe” (art. 9º, CCCN) es impuesto bajo sanción de nulidad, al igual que el deber de información, que es una de sus expresiones. Su incumplimiento, al igual que el de la legislación sobre lealtad comercial y defensa de competencia, facultan al consumidor a demandar la nulidad del contrato o la de las cláusulas lesivas (conf. art. 37, LDC).
 - c) “Integración judicial del contrato”: En los casos de nulidad parcial (b) o inexistencia parcial (c), cuando el juez a pedido del consumidor las declare, “simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario” (art. 37, párrafo final).
 - d) “Deber de información”: Debe suministrarse al consumidor, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los bienes (conf. art. 4º, LDC; art. 1100, CCCN y art. 42, CN).
 - e) “Efecto vinculante de la publicidad”: Serán exigibles y se tendrán por incluidos en el contrato con el consumidor, las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión (conf. art. 8º, LDC y art. 1103, CCCN). Por lo que, de aceptarse como oferta la hecha a persona indeterminada, debe considerarse a la publicidad como integrativa y vinculante como parte del contrato.
 - f) Se encuentra expresamente “prohibida toda publicidad” que: 1) contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio; 2) efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor; 3) sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad. Los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados pueden solicitar al juez: la cesación de la publicidad ilícita, la publicación (a cargo del demandado) de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria (conf. arts. 1101 y 1102, CCCN).
 - g) Vigencia de la obligación de seguridad: “Las cosas o servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios (arts. 5º, LDC, y 42, CN), que impone como derechos del consumidor los de protección de su salud, seguridad o intereses económicos”, así como condiciones de trato equitativo, no discriminatorio y digno (conf. arts. 1097 y 1098, CCCN).

- h) “Normas específicas sobre prescripción”: El art. 50, LDC, establece el plazo respectivo, disponiendo que las acciones y sanciones de la LDC prescribirán en el término de tres (3) años, y se interrumpirá por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas o judiciales.
- i) “Responsabilidad objetiva y solidaria por daños”: Se encuentra a cargo del “fabricante”, en el caso, constructor, y el “vendedor” del bien, según lo dispone el art. 40, LDC, reformado por la Ley N° 24.999, art. 40 (BO 30-7-1998).
- j) Procesalmente, corresponde la vía del “juicio sumarísimo” para la tramitación de las acciones judiciales del consumidor³².

En síntesis, estas normas del régimen de protección al consumidor, en armonía con el sistema protectivo que, en general, dicho régimen establece, resultan aplicables al “consumidor” inmobiliario, con prescindencia de que lo sea a título de comprador (compraventa) o de locatario (locación de obra). Ello, además de resultar claro del texto de la ley –cuya normativa es de “orden público” (conf. art. 65, LDC)–, ha sido reconocido por nuestra jurisprudencia, como veremos a continuación.

vii) Recepción jurisprudencial de la tutela al consumidor inmobiliario

A. Previa a la Ley N° 26.361

- En la causa “Cavi S.A. c/ Ciudad de Buenos Aires”, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires resolvió imponer a una constructora una multa por infracción a los arts. 4° y 8° de la Ley N° 24.240, por no haber brindado al comprador de un inmueble información veraz de las características del mismo. La infracción invocada consistió en la discrepancia entre la información previa y constancias del boleto, respecto de una cochera que se ofrecía como parte de la venta de un departamento y lo que se hizo constar en definitiva en la escritura. Se ofreció la venta de una cochera, se escrituró el derecho a la guarda de un automóvil en un espacio común y, en la práctica, por lo exiguo del espacio, el comprador quedó sin lugar para estacionar. El fallo de cámara confirmó la sanción³³.

³² Bersten, H. L. (2005). *Derecho Procesal del Consumidor*. Buenos Aires. La Ley, 2-3.

³³ Citado por Gregorini Clusellas E. L. (2004, 7 de junio), en *Defensa del Consumidor para el comprador de inmuebles*. Nota en los autos “Cavi S.A. c/ Ciudad de Buenos Aires”. CNFed. Contencioso Administrativo, Sala II, 28-8-2003, *La Ley*.

- La aplicación de la LDC al ámbito de los clubes de campo o barrios cerrados ha sido afirmada por la Sala D de la Cámara Nac. en lo Comercial, el 31 de octubre de 2005, en los autos “Z. H. c/ Barrio Cerrado S.A. s/ ordinario”³⁴. Vale resaltar que la reforma de la LDC prevé expresamente su aplicación en los supuestos aquí señalados, receptando los criterios jurisprudenciales previos a la modificación de la misma.
- En otra ocasión, la Cámara Nac. Fed. Cont. Administrativa Federal, Sala II, en los autos “Banco Hipotecario c/ Ciudad de Buenos Aires”, con fecha 14 de junio de 2005, confirmó la resolución del *a quo* y resolvió que la entidad financiera, en el caso el Banco Hipotecario, que se constituyó en fiduciaria y principal beneficiaria del contrato de fideicomiso en garantía que celebró con una empresa constructora, era responsable frente al comprador del inmueble fideicomitado por las violaciones al régimen de defensa del consumidor³⁵.

B. Con posterioridad a la reforma de la LCD

- En los autos “Barletta, Raúl Alberto c/ Gijón S.A.”³⁶, el “adquirente de un inmueble destinado a vivienda promovió acción contra la firma demandada, persiguiendo el reintegro de los gastos que tuvo que realizar y los que deberán efectuarse para dejar el departamento en las condiciones en que fue ofrecido a la venta con motivo de los defectos ocultos detectados con posterioridad a la operación de venta. La empresa demandada opuso excepción de prescripción, señalando que la acción fue entablada ocho meses después de celebrada la compraventa”.
El juez de grado rechazó la defensa opuesta y acogió el reclamo. La Cámara confirmó la decisión, señalando: “Desde antes de la reforma introducida el año pasado (Ley N° 26.361) se amparaba a las personas físicas o jurídicas que contrataban a título oneroso para su consumo final o beneficio propio, o de su grupo familiar, o social, la adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda (art. 1°,

34 Citado por Bersten, H. L. (2006, 5 de abril) en “Aplicación del Régimen de Protección al consumidor a los clubes de campo o barrios cerrados”. Suplemento Especial *La Ley* sobre “Emprendimientos inmobiliarios”. Dir. E. L. Gregorini Clusellas.

35 Fallo de la Cámara Nac. Fed. Cont. Administrativo Federal, Sala II, en los autos “Banco Hipotecario c/ Ciudad de Buenos Aires”, 14-6-2005. *La Ley*, cita on line 2005-E, 436 y sigs., con nota de Malumián, N.

36 Fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, en los autos “Barletta, Raúl Alberto c/ Gijón S.A.”, 15-9-2009. *La Ley*, cita online: AR/JUR/36228/2009.

según texto Ley N° 24.240). De esta manera, en este caso, el plazo de prescripción que comienza a correr desde que los vicios fueron descubiertos o se han hecho aparentes, debe regirse por el previsto en el art. 50 de dicha ley, y no por el de tres meses establecido en el art. 4041 del Código Civil³⁷.

- La Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, en su fallo, “Castro, Eva Liliana c/ Tecnosuel S.A. y otros”, del 11 de febrero de 2010, afirma que “deben considerarse alcanzados y protegidos por la Ley de Defensa del Consumidor a los compradores de inmuebles nuevos para vivienda, permanente o transitoria, o lotes de terreno adquiridos para tal fin, al igual que los locatarios que contratasen para el mismo objeto no comercial, la construcción o reparación de sus viviendas³⁸”.
- Asimismo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala L, tiene dicho: “Resulta aplicable el art. 40 de la Ley N° 24.240, texto según Ley N° 26.361, en una demanda de daños y perjuicios promovida contra el vendedor y el constructor en virtud de los defectos de construcción existentes en el inmueble a estrenar adquirido por el actor³⁹”.

XI. Cláusulas abusivas en los contratos de adhesión

i) Concepto y fundamentos⁴⁰

La masificación contractual, la velocidad en las transacciones de productos uniformes y la necesidad de disminuir costos de transacción en las relaciones de consumo han llevado a las empresas a utilizar contratos con cláusulas predispuestas y/o de adhesión, que suponen una aceptación no negociada (o escasamente discutida) de las estipulaciones prefijadas.

Sin embargo, “es común que una de las partes, valiéndose de la discrecional facultad contractual que otorga el derecho dispositivo, el contratante

37 Conf. Fallo de CSJN, en los autos “Sanz, Sonia M. c/ Del Plata Propiedades S.A. y otro”, 19-9-2002. *La Ley*, cita online: 2003-F, 731.

38 Fallo de la Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, en los autos “Castro, Eva Liliana c/ Tecnosuel S.A. y otros”, 11-2-2010. *La Ley*, cita online: AR/JUR/1752/2010.

39 Fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala L, en los autos “Quiroz, Héctor Magno y otro c/ Vázquez, María Cristina y otro”, 27-3-2009. *La Ley*, cita online: AR/JUR/4075/2009.

40 Conf. Molina Sandoval, C. A. (2007). “La protección jurídica del adquirente de unidades funcionales y el fideicomiso inmobiliario”. Recuperado en *La Ley*, cita online: 2007-E, 1288.

dominante, consiga incluir previsiones que alteran las recíprocas posiciones de las partes vinculadas, generando un notable y ostensible desequilibrio de los derechos acordados y una manifiesta contrariedad con aquella directriz rectora de la interpretación y ejecución contractual⁴¹.

Por lo tanto, “cuando hablamos de cláusulas abusivas nos referimos a aquellas estipulaciones con las cuales una de las partes de un negocio jurídico, aprovechándose de su mayor poder de negociación, obtiene una posición/situación jurídica ventajosa en desmedro de la otra parte, alterando considerablemente el equilibrio negocial⁴²”.

A pesar de ello, las leyes de consumo a nivel mundial y el ordenamiento jurídico argentino, en particular, si bien no prohíben esta modalidad de contratación, tienden a limitar o establecer ejes de funcionamiento de estas cláusulas.

Estas limitaciones tienen como razón justificante las diferencias económicas existentes entre las partes (en la que una de ellas –usualmente la aceptante– se encuentra en inferioridad de condiciones para discutir o negociar el contenido contractual). Buscan equiparar (mediante normas imperativas o protectorias) los poderes de negociación, limitando la libertad del más fuerte no sólo en su faz punitiva (sancionando los excesos), sino también en forma preventiva (pues sabe que algunas cláusulas de su contrato contrarían previsiones normativas).

Sin dudas, el fundamento último radica en la “buena fe” de las partes contratantes. “Los contratos –señala el art. 961, CCCN– deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no solo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor”. La buena fe no sólo regula y limita la actuación de las partes luego de celebrado el contrato, sino que también abarca su etapa precontractual, e incluso postcontractual.

Se debe aclarar que más allá de aplicar el principio de la buena fe como limitativo de los abusos contractuales, no debe considerarse a la mala fe como un requisito necesario para la existencia de aquella figura. De ninguna manera deberá cargarse sobre quien pretende dejar sin efecto una estipulación con la prueba de la mala fe de la otra parte, que tampoco podrá liberarse demostrando su buena fe.

Vale decir que para que una cláusula contractual sea abusiva deben darse los siguientes requisitos:

41 Conf. Freytes, A. E. (octubre 2011). “Una acertada decisión en torno a cláusulas abusivas en contratos de consumo”. Recuperado en *La Ley*, cita online: AR/DOC/3392/2011.

42 Conf. Álvarez, A. y Cornet Oliva, V. (2012, 11 de noviembre). “Las cláusulas abusivas”. Recuperado en *La Ley*, cita online: AR/DOC/6151/2011.

- (i) la existencia de un contrato (escrito o verbal) en el que se hayan pactado derechos y obligaciones de sus partes;
- (ii) que la cláusula haya sido redactada o impuesta por una parte y sin margen a discusión en concreto sobre sus alcances y generalmente por el contratante fuerte (*lato sensu*) de la relación económica;
- (iii) dicha cláusula debe perjudicar (o puede hacerlo) a la otra parte (contratante débil), imponiendo derechos u obligaciones que en situaciones de paridad contractual no aceptaría;
- (iv) que se produzca un desequilibrio contractual irrazonable o no justificado⁴³.

ii) Plexo normativo

Acorde a lo analizado, se puede resaltar que el Código unificado clasifica los contratos en tres categorías: (i) contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas; (ii) contratos de *consumo*; y (iii) contratos paritarios (también llamados contratos discrecionales o clásicos y que, en definitiva, constituían los únicos tipos de contratos conocidos en el Código Civil de Vélez Sarsfield)⁴⁴. En paralelo, y atento a la legislación especial en defensa del consumidor, se han establecido en nuestro ordenamiento protecciones jurídicas frente a los abusos de aquellos que se encuentran en una posición dominante.

En primer lugar, el art. 988, CCCN, afirma que en los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas se deben tener por no escritas: “a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias; y c) las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles”.

En segundo lugar, pese a que la LDC no alude expresamente a cláusulas abusivas, el art. 37 tiende a regular el instituto aquí analizado, con un enunciado similar al artículo anteriormente transcrito, pero agregando en su inciso “c” que serán abusivas “las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor”. Por su parte, la Reglamentación impuesta por Decreto N° 1.798/1994, en su art. 37, afirma que “se considerarán términos o cláusulas abusivas las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes”.

43 Conf. Molina Sandoval, C. A. Ob. cit..

44 Gregorini Clusellas, E. L. (2016, 16 de febrero). “La interpretación del contrato en el Código Civil y Comercial”. Recuperado en *elDial.com*, cita online: DC208D.

Conforme al Libro III, Título III, Capítulo IV del nuevo Código (arts. 1117 y sigs., CCCN), resulta aplicable a los contratos de consumo el régimen general de cláusulas abusivas incorporado a la codificación (en sus arts. 985 a 988, CCCN). En este sistema tuitivo se considera abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor. En razón de ello, las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor.

Al mismo tiempo, se contempla el fenómeno de los contratos conexos que contengan disposiciones abusivas, considerando que existe una situación jurídica abusiva cuando el mismo resultado se alcanza a través de la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos.

Vale destacar que el objetivo de la incorporación de dicho régimen a los contratos de consumo “es coadyuvar a la comprensión del consumidor en los contratos preimpresos, que constituyen una secuela de cláusulas muchas veces ininteligibles desde la presentación del propio formato del texto, tanto por su falta de párrafos como por los pequeños caracteres”⁴⁵.

Sin embargo, el legislador prevé dos situaciones limitativas –la primera de ellas un tanto discutida–, en las cuales no pueden ser declaradas abusivas las cláusulas: a) relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado; y b) las que reflejan disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas (conf. art. 1121, CCCN).

Atento al análisis del art. 1122, CCCN, se legisla que la aprobación administrativa de los contratos o de sus cláusulas (sea por una entidad del Estado, un ente regulador o una autoridad de aplicación) no obsta al control judicial de las mismas. Dispone también que el efecto de las cláusulas abusivas es tenerlas por no convenidas, aunque no necesariamente implique la nulidad del contrato; sino que el juez tiene la facultad de declarar la nulidad parcial del mismo y corregir (o integrar) la estipulación desventajosa mitigando sus efectos, para salvaguardar el negocio jurídico, siempre y cuando el mismo era el requerido por el consumidor. Sin embargo, “si de la voluntad que pueda inferirse de las partes mediante manifestaciones reales o presuntas surge que el negocio no quiso celebrarse sin las estipulaciones nocivas, o si a través del defecto se desvirtúa la unidad del conjunto, corresponderá la nulidad total”⁴⁶.

45 Bueres, A. J. (dir.). Ob. cit., 643.

46 *Ibidem*, 645.

Finalmente, lo que ocurre es que las cláusulas abusivas no aparecen únicamente cuando se vinculan a un proveedor con un consumidor, sino que pueden aparecer en cualquier tipo de relación jurídica donde una parte es más débil que la otra, ya que es justamente aprovechándose de esa debilidad como la parte fuerte logra establecer cláusulas que alteran el equilibrio contractual en su beneficio, virtud de lo cual es dable recordar la teoría del abuso del derecho en el texto del art. 10, CCCN (cuya fuente es el anterior art. 1071, Código Civil derogado), que brinda un paraguas protectorio ante eventuales abusos en el ejercicio de los derechos: “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”.

iii) Cuestión conexa. Las prácticas abusivas⁴⁷

La nueva codificación incorpora dentro de su articulado el tratamiento de la protección de consumidores y usuarios, lo cual complementa el sistema de protección jurídica situando la tutela de los sujetos protegidos en el nivel más alto dentro del marco legislativo más trascendente del Derecho Privado. Todo lo relativo al derecho que tienen los consumidores a recibir un trato digno y equitativo ha sido incluido en el CCCN, dentro del Libro III, Título III, Capítulo II, Sección I (arts. 1096 a 1099), en donde se regulan las prácticas abusivas en general. De esta manera, se enriquece, afortunadamente, el escueto enunciado que la Ley N° 26.361 incorporó a través del art. 8° bis, LDC (aún vigente).

A raíz de ello, el legislador entiende que los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno, equitativo y no discriminatorio a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los Tratados de Derechos Humanos. Deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. Como tampoco pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores.

47 Brun, E. (2016, 5 de febrero). “Las prácticas abusivas a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”. Recuperado en *elDial.com*, cita online DC2088.

Cabe señalar que dicho trato debe configurarse a lo largo de todo el trayecto de la relación de consumo, es decir, comienzo, permanencia y egreso. En efecto, aunque la norma se ubica en la etapa de la formación del consentimiento, estas prácticas pueden suceder en cualquiera de las etapas, tanto en la formación del contrato, como en el de la ejecución.

iv) Posición que deben adoptar los consorcistas

Habiendo estudiado en términos generales el concepto y los presupuestos para la existencia de las cláusulas abusivas, podemos ahora detenernos y preguntarnos cómo deben actuar los copropietarios ante las cláusulas abusivas contenidas en el Reglamento de Copropiedad y Administración.

Independientemente de la naturaleza jurídica del Reglamento (ya sea un contrato o un estatuto normativo), no quedan dudas de que ante la existencia de cláusulas abusivas le son aplicables los institutos legales y supra-legales, como son el abuso de derecho, la buena fe, el enriquecimiento sin causa, la equidad y la doctrina de los actos propios.

En consecuencia, los consorcistas deben –en primer término– agotar todas las instancias extrajudiciales previas. Es decir, convocar a asambleas y por medio del órgano deliberativo, en cumplimiento de las mayorías previstas por la ley y el respectivo Reglamento, modificar dichas cláusulas. Sin embargo, ante la imposibilidad de obtener las mayorías necesarias para modificar válidamente la cláusula abusiva del Reglamento deberán, previo agotamiento de las demás instancias prejudiciales (como las mediaciones obligatorias), y/o no habiendo instancias judiciales más idóneas, se deberá recurrir al amparo judicial.

Tal es así que la jurisprudencia –como veremos a continuación– “ha resuelto que cuando las normas del Reglamento de Propiedad atentan contra la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres o hay una actuación abusiva de la mayoría, el Derecho, como ciencia de lo bueno y lo justo, se aparta de ese rigorismo y los jueces que buscan el adecuado servicio de la justicia están autorizados a proceder a su reforma”⁴⁸.

XII. Cláusulas abusivas en los Reglamentos de Propiedad Horizontal

Atento a lo expuesto –siguiendo la teoría del ya mencionado J. A. Costantino⁴⁹–, las cláusulas abusivas que “usualmente” podemos encontrar en los Reglamentos son:

⁴⁸ Conf. Costantino, J. A. Ob. cit..

⁴⁹ Conf. ibídem.

1º) Cláusula de reserva por derechos e ingresos derivados de la explotación de la publicidad en techos, azoteas y paredes medianeras.

No caben dudas respecto a la importancia económica que tienen las publicidades actualmente. Sin ir muy lejos, podemos observar que “las paredes medianeras y terrazas de edificios estratégicamente ubicados son una vidriera permanente las veinticuatro horas del día, durante los 365 días del año, para millones de personas que transitan diariamente por calles y avenidas de la ciudad”.

“Es ésta una fuente de ingresos no desconocida por las empresas constructoras, que han comenzado a incluir –desde hace varios años– en el Reglamento de Propiedad y Administración las reservas por la explotación con publicidad de paredes medianeras, techos y azoteas del edificio”. Generalmente, para instalar las antenas que posibiliten la transmisión de emisoras de frecuencia modulada y de empresas multinacionales que comercializan telefonía celular.

Tal es así, que gran parte de la doctrina y jurisprudencia ha reconocido la legitimidad de cláusulas de reserva como las enunciadas, pero no de la propiedad de la medianera en sí, sino de los derechos por su explotación.

La Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal de Mar del Plata determinó “que no es usufructo ni servidumbre la reserva que hace el promotor de una propiedad horizontal de poder utilizar los muros divisorios y perimetrales y azoteas para la instalación de letreros de propaganda, sino un derecho de naturaleza contractual, personal y no real, y, por ende, transmisible; según resulta de una hermenéutica acorde con el fin económico y los legítimos intereses de las partes en este novedoso y complejo negocio jurídico, constituye un contrato innominado, que se parece a la locación, aun cuando no se fijara alquiler, es decir, que se está frente a un derecho patrimonial, de naturaleza personal y transmisible por sucesión, debiendo excluirse la tesis de que se trata de un usufructo extinguido por la muerte de la beneficiaria de la reserva de la utilización, y aunque no se haya previsto un plazo determinado, resulta congruente fijar uno de diez años, por analogía con el máximo permitido para la locación de cosas”⁵⁰.

2º) Cláusula de reserva de propiedad de los muros medianeros.

El principio general, al referirnos a esta cláusula, es que cuando el primitivo dueño se ha reservado la propiedad del muro medianero estipu-

50 Fallo de la Cam. Apel. y Garantías en lo Penal Mar del Plata, Sala 2ª, Expte. 34.573, en los autos “Consortio Ed. Av. Luro c/ Quirno de Ibarlucea María”, 19-12-1974. EI/233, en *Sensus*, vol. 5/6, Tomo. XIII, 296. Reseña del Dr. Ramírez.

lando que se reserva los créditos a que dé nacimiento la eventual adquisición por los terceros linderos del inmueble de esa pared medianera, tales créditos quedan a “beneficio exclusivo del vendedor”; ello implica violar la integridad del dominio que se transfiere, en clara oposición a la norma de los arts. 1943, 2040, 2041 y cc. del CCCN. Es una cláusula ilegítima y abusiva, ya que no se concibe que una persona pueda ser dueña de los muros del edificio y otras del resto, atento al carácter exclusivo del derecho de propiedad.

3º) Cláusula de intereses moratorios y punitorios.

La doctrina entiende: “Los intereses punitorios integran el elenco de medios para forzar el débito tendiente a satisfacer al acreedor [...] Se advierte, entonces, que los intereses punitorios ostentan una función dual, consagrante de dos finalidades: en un primer momento, compulsión, inducción o seducción en punto al cumplir y, en un segundo estadio, resarcimiento derivado de sanción crematística, para el caso de configurarse, pese a la latencia de amenaza patrimonial, el indébito”⁵¹.

En el análisis de las cláusulas contenidas en el Reglamento de Copropiedad que fijan intereses punitorios por la mora en el pago de expensas se da una situación totalmente inversa a las cláusulas analizadas anteriormente. Esto es en razón de que la naturaleza del instituto es compatible con la necesidad del pago puntual de las expensas para la supervivencia de la vida económica y funcional del edificio, sujeto al Régimen de Propiedad Horizontal (producto de la necesidad del pago oportuno de los servicios esenciales, como también de sueldos y cargas sociales del encargado, entre otros). Virtud de lo cual, la doctrina y jurisprudencia no discuten respecto de su validez o licitud de las mismas, sino que se enfocan en la tasa de interés aplicable.

En este sentido, la Cámara Nacional Civil, Sala G, tiene dicho que “no puede admitirse el alcance pretendido por la interesada, que importa una tasa del 60 % anual, totalmente excesiva en comparación con el tope promedio actualmente admitido en el mercado financiero, de acuerdo a las condiciones económicas de estabilidad reinantes; considerándose prudente su fijación, a criterio de este tribunal, en el 24 % anual en consonancia con la jurisprudencia imperante sobre el particular”. (CNCiv., Sala G, R. N° 123.000, del 17-12-1992; íd., Sala F, R. N° 112.169, del 18-6-1992; íd., íd., R.

⁵¹ Conf. Cuiñas Rodríguez, M. (julio 2014). “Intereses punitorios, lesión y revisión judicial”. Recuperado en *La Ley*, Sup. Esp. Intereses, cita online: AR/DOC/1513/2004.

Nº 127.979, del 26-4-1993; íd., íd., R. Nº 108.564, del 28-5-1992; íd., Sala C, R. Nº 108.926, del 7-5-1992, entre otros pronunciamientos)⁵².

4º) Cláusula que traslada a las demás unidades cargos de expensas por servicios aprovechados por el beneficiario de la disposición.

En este caso, el autor hace referencia al tipo de cláusula por la cual el propietario vendedor libera a las unidades de las cuales resultará titular del pago de expensas que genera en detrimento y recargo de las otras unidades funcionales; es ilegítima y abusiva porque va en contra de la esencia del régimen que analizamos.

El principio es que si el propietario vendedor se ha reservado formar parte del consorcio, no debe tener sino un interés de propietario, que delibera como tal con sus iguales y participa en forma proporcional con todos los consorcistas en las expensas ordinarias o extraordinarias que se generen. Por ello, estas cláusulas son ilegítimas y pueden ser reformadas con la intervención judicial.

5º) Cláusulas que liberan a determinadas unidades del pago de expensas por servicios no recibidos.

Es ésta la contracara de la cláusula analizada anteriormente. La jurisprudencia se ha mostrado pacífica en aceptar como válida la liberación de cargas correlativas a servicios no prestados; por ejemplo, aquellos locales que no poseen instalaciones de agua caliente ni electricidad, o aquellas unidades funcionales que por ser de planta baja no utilizan los ascensores del edificio.

En el análisis de la problemática más habitual en este punto los planteos son inversos a los estudiados anteriormente. La situación que se da es que muchos reglamentos no hacen exclusiones de ninguna índole para el pago de las expensas, poniendo a cargo de las unidades de planta baja con independencia funcional y material del sector de los departamentos tales rubros. En consecuencia, en estos casos, quien intenta la modificación de la cláusula del Reglamento de Propiedad, por ser abusiva, es el titular de las unidades afectadas que quieren liberarse del pago de expensas por servicios que no puede aprovechar.

⁵² Fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, en los autos "Consortio de Propietarios Morón 4148/50 c/ Arcidiacono de Ametilla, Letizia", 5-7-1994. Recuperado en *La Ley* 1995-B, 578, cita online: AR/JUR/844/1994.

XIII. Colofón

Habiendo partido del concepto y de la naturaleza jurídica del “Reglamento de Propiedad Horizontal”, logramos hallar ejemplos concretos de cuáles cláusulas –que se pueden encontrar en su redacción– entiende la doctrina y la jurisprudencia como abusivas.

En dicho camino, pudimos indagar qué es un contrato de adhesión, cuáles son sus caracteres, y cuál es su incidencia en el instituto señalado. A partir de su estudio, y gracias a los autores aquí tratados, se logró traer a colación el instituto de la “tutela del consumidor inmobiliario”, que –más allá de haber pecado en la brevedad de su estudio– nos brinda un amplio paraguas de protección a un consumidor, que si bien se encuentra tutelado por la LDC, se debería tener siempre presente a la hora del estudio de los institutos analizados por la normativa reguladora de la “propiedad horizontal”, que de conformidad a los datos estadísticos señalados no solo tienen gran incidencia en nuestros ámbitos académicos, sino también –y principalmente– en el día a día de la sociedad toda.

Asimismo, “si bien existe una tendencia a descodificar el Derecho Privado, erigiendo una multiplicidad de microsistemas (como el del Derecho del Consumidor), no debe abandonarse la estabilidad y seguridad que otorga el sistema de Derecho Privado codificado. Irti señala que la relación de género a especie entre un Código Civil (actualmente, CCCN) y las leyes especiales se caracteriza porque ambos tienen un elemento común: los datos de la norma general se reencuentran en la norma especial y ésta le añade un dato más específico. En estos casos, la norma especial sustrae un grupo o una clase de relaciones a la norma general reduciendo su ámbito de aplicación”⁵³.

Sin embargo, como hemos señalado, el problema de la introducción de cláusulas abusivas no es exclusivo de las relaciones de consumo, sino que afecta también otros tipos de relaciones jurídico-privadas. Virtud de lo cual no hay que olvidar los principios que, junto con la *bonae fidei*, alientan al ordenamiento jurídico en general y a la doctrina del abuso del derecho en particular: “*qui jure suo utitor, neminem laedit*” (“quien usa su derecho a nadie daña”) y “*neque malitis indulgendum*” (“no hay que ser indulgente con la maldad”)⁵⁴.

53 Álvarez, A. y Cornet Oliva, V. Ob. cit.

54 Conf. Cajarville, J. C. Ob. cit.

**ARGUMENTOS PARA UNA REINTERPRETACIÓN DEL
ARTÍCULO 3° DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO: GOCE DE
DERECHOS VS. CAPACIDAD DE GOCE**

*Arguments for a reinterpretation of article 3° of the peruvian Civil Code:
enjoyment of rights vs. capacity for the enjoyment of rights*

Romina V. Santillán Santa Cruz¹

Recibido: 14 de julio de 2016

Aprobado: 3 de febrero de 2017

Resumen: Este trabajo examina los conceptos contenidos en el art. 3° del vigente Código Civil peruano de 1984, que literalmente regula: “Toda persona tiene el goce de los Derechos Civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley”. En los comentarios a esta norma, la tradicional doctrina civil peruana ha reiterado que aquella se refiere a la capacidad de goce del sujeto sobre sus Derechos Civiles, debatiendo, incluso, sobre si esta capacidad podría o no admitir restricciones, pero sin considerar que en la norma se denominan Derechos Civiles a los derechos fundamentales. La jurisprudencia nacional no se plantea la discusión y asume directamente que la norma regula la capacidad de ejercicio tras considerar que solo ésta admitiría restricciones. Por estas razones, sobre la base de argumentos jurídicos y normativos, se propone una reinterpretación del citado art. 3°, con un adecuado deslinde conceptual de las expresiones “gocce de derechos” y “capacidad de goce”, advirtiendo que el insuficiente tratamiento de estos términos jurídicos ocasiona, en la teoría, una inadmisibles confusión conceptual y, en

1 Doctoranda en Derecho, beneficiaria de una beca concedida por la Universidad de Zaragoza y el Banco Santander (España). Máster en Especialización e Investigación en Derecho, con mención en Derecho de la Familia y de la Persona, por la citada Universidad. Abogada por la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo (Chiclayo, Perú). Profesora de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de esta última Casa Superior de Estudios. Correo electrónico: rsantillan@usat.edu.pe.

la práctica, una posible no tutela inmediata de los Derechos Civiles en el errado entendimiento de que respecto de estos derechos se tiene solo una capacidad de goce, es decir, una titularidad potencial o expectaticia, y no un goce actual y efectivo.

Palabras clave: Persona - Capacidad de goce - Capacidad de ejercicio - Goce de derechos - Derechos Civiles - Restricciones a la capacidad - Código Civil peruano.

Abstract: This paper discusses the concepts contained in article 3° of the current Peruvian Civil Code of 1984, which literally regulates: “Every person has the enjoyment of Civil Rights, with the exceptions established expressly by law”. In the comments on this rule, the traditional peruvian civil doctrine has reiterated that it refers to the subject’s capacity to enjoy on their Civil Rights, discussing even about if this capacity could or not allow restrictions, but without considering that in the rule Civil Rights are fundamental rights. National case law does not arise the question and maintains directly that the legal precept regulates the capacity to exercise because only this capacity could allow restrictions. For these reasons, on the basis of normative and law arguments, it is propone a reinterpretation of the said article 3° with a correct conceptual distinction of the expressions “enjoyment of rights” and “capacity for the enjoyment”, noting that the inadequate treatment of these legal terms causes, in theory, an inadmissible conceptual confusion and, in practice, a possible lack of immediate protection of Civil Rights with the mistaken understanding that about them the persons have only capacity for the enjoyment, which means that there is only one potential ownership of rights and not a current and effective enjoyment of rights.

Keywords: Person - Capacity for the enjoyment - Capacity to exercise - Enjoyment of rights - Civil Rights - Restrictions on the ability - Peruvian Civil Code.

Para citar este texto:

Santillán Santa Cruz, Romina V. (2017). “Argumentos para una reinterpretación del artículo 3° del Código Civil peruano: goce de derechos *vs.* capacidad de goce”, *Prudentia Iuris*, N° 84, pp. 225-262.

I. Introducción²

El presente artículo está dedicado al estudio del verdadero sentido normativo de la disposición contenida en el art. 3º del Código Civil peruano de 1984, pues aunque desde su vigencia se haya interpretado como un precepto regulador de la “capacidad de goce”, de su propio tenor literal se desprende que no estaría aludiéndose sustantivamente a esta dimensión de la capacidad del sujeto de derecho, sino al “goce de derechos” como atributo que emana de la titularidad jurídica, en específico, como aptitud concreta, real y efectiva, para disfrutar de un derecho del que se es titular.

En cuanto a su contenido y alcance, el citado art. 3º regula *ad litterae*: “Toda persona tiene el goce de los Derechos Civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley”. En los comentarios a esta norma, la tradicional doctrina civil nacional ha reiterado, de modo incansable –posiblemente direccionada por el rótulo que recibe este precepto en la estructura de su cuerpo normativo³, que si bien no resulta vinculante ha servido de base a la doctrina desde 1984 para la generación de muchos equívocos interpretativos–, que lo que allí se regula es la capacidad de goce del sujeto sobre sus Derechos Civiles, debatiendo incluso sobre si esta capacidad podría o no admitir restricciones. La jurisprudencia, por su parte, no se plantea la cuestión, sosteniendo directamente que dicha norma regula la capacidad de ejercicio tras considerar que solo esta admitiría restricciones.

Desde una visión preliminar, el análisis del precepto recogido en esta norma del Código Civil exige centrar la mirada en los Derechos Civiles, que deben ser definidos y suficientemente delimitados, porque es con relación a estos que se predica que toda persona tiene un goce; derechos cuyo alcance conceptual y material, finalmente, marcará la pauta de la interpretación de ese goce. La doctrina nacional mayoritaria desde siempre ha solido apuntar que estos Derechos Civiles no serían otros que los derechos de la personalidad, es decir, aquellos derechos elementales de la persona por ser innatos a ella. No obstante, existe aún sobre la palestra académica una falta de

2 La autora agradece los interesantes comentarios, las opiniones y sugerencias vertidas por el profesor Doctor Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza (España), con relación a este artículo, los cuales, sin duda, han contribuido a mejorar el resultado final de la investigación que hoy se presenta.

3 Conf. Decreto Legislativo N° 295, “Código Civil” [ubicado el 12-7-2016]. Recuperado de <http://spij.minjus.gob.pe/notificacion/guias/CODIGO-CIVIL.pdf>. Véase en este enlace la Décimo Sexta Edición Oficial (de marzo de 2015) del Código Civil, que aparece en el Portal Oficial del Sistema Peruano de Información Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, donde el art. 3º del mencionado Código recibe la nominación normativa de “Capacidad de Goce”.

conformidad respecto a la nomenclatura empleada en el art. 3º, por cuanto parecería que con la referencia a los Derechos Civiles se quiere enunciar únicamente los derechos contenidos en el Código Civil.

En un sentido más estrictamente literal, de la propia redacción del art. 3º se advierte la afirmación legal de que toda persona tiene el goce de sus Derechos Civiles, lo cual hace posible sostener que a través de esta disposición estaría reconociéndose a la persona, más que una capacidad de goce, la titularidad sobre sus Derechos Civiles y, al mismo tiempo, que es su propia condición de titular de tales derechos la que le permite a aquella gozar de estos: *la norma no dice que toda persona puede tener el goce de los Derechos Civiles sino que lo tiene*. Este planteamiento de base encuentra su fundamento en el hecho de que para gozar o disfrutar de un derecho antes se debe ser titular del mismo. Lo que no puede negarse es que el reconocimiento a toda persona de la titularidad y goce sobre sus Derechos Civiles presupone reconocerle inmediata y primariamente su capacidad de goce sobre los mismos derechos, pues sin esta capacidad no sería posible la titularidad; conceptos y contenidos que serán abordados a lo largo de este trabajo y no solo por su importancia con relación a los Derechos que el Código Civil denomina Civiles sino con cualesquiera Derechos.

Otro punto interesante es el atinente a la noción de persona empleada en el precepto materia de análisis. Esto se pone de relieve por cuanto no es ajeno en el estudio del Derecho Civil que desde antaño venga discutiéndose el concepto jurídico de persona en sentido restringido, que solo aludiría a los seres humanos nacidos, mas no a quienes aún no nacen. Sobre el particular se hará una breve referencia orientada, sobre todo, a rescatar la acepción ontológica del concepto.

Aunado al reconocimiento normativo de que toda persona tiene el goce de los Derechos Civiles, del art. 3º del Código Civil se aprecia, así mismo, que dicho goce no es absoluto debido a que admite excepciones expresamente establecidas en la ley. Estas restricciones legales al goce de los Derechos Civiles de la persona serán, del mismo modo, objeto de un corto estudio con miras a diferenciar la restricción al goce de los derechos de la restricción a la capacidad de goce; y aunque, en su mayoría, algunos autores señalan que esto último no es posible, en el desarrollo de esta investigación se afirma lo contrario, claro está, siempre que dicha restricción a la capacidad se encuentre sujeta a determinados límites, medie una causa objetiva que la justifique y cuente con regulación legal que la contemple.

Por estas razones, el objeto último de este estudio consiste en proponer, sobre la base de argumentos jurídicos y normativos, una reinterpretación del art. 3º del Código Civil peruano, a partir del esclarecimiento conceptual de las expresiones “goce de derechos” y “capacidad de goce”, por cuanto el inadecuado tratamiento de los conceptos jurídicos que aquí se abordan ocasiona, en la teoría, una inadmisibles confusión conceptual y, en la práctica,

una posible no tutela inmediata de los Derechos Civiles en el errado entendimiento de que respecto de estos derechos se tiene solo una capacidad de goce, es decir, una titularidad potencial o expectativa, y no un goce actual y efectivo. Y aun cuando, quizá, este análisis pudiera parecer ocioso, solo hará falta recurrir a la abundante doctrina peruana que, sin detenerse en el propio tenor del precepto ni en la naturaleza de los Derechos Civiles, desde 1984 ha defendido lo equívoco al afirmar que con relación a estos derechos el art. 3º regula que las personas detentan una capacidad de goce o abstracta capacidad para ser titulares, cuando realmente la norma en estudio reconoce que toda persona tiene el goce de tales derechos y este goce se fundamenta en su condición de titular.

Para alcanzar este propósito, la temática planteada se desarrolla en los siguientes acápite, partiendo del estudio del fundamento y alcance conceptual de los “Derechos Civiles”, para luego sustentar que el goce de esos derechos es un atributo propio de la titularidad jurídica de la persona; postulado último en el cual se exponen las diferencias existentes entre ese goce de derechos y la capacidad de goce del sujeto de derecho. Tras el adecuado deslinde de ambas expresiones legales, se advierte –además– la presencia de cierta nota de ambigüedad en el concepto de “capacidad para gozar”. Se analiza brevemente la relación existente entre la capacidad de goce, el goce de derechos y la capacidad de ejercicio. Para culminar, desde una visión teórico-práctica, se desarrollan las restricciones al goce de los derechos frente a las restricciones a la capacidad de goce –ambas legalmente establecidas en el ordenamiento peruano–, siempre con el presupuesto de un adecuado distingo jurídico entre ambas figuras.

II. Fundamento y alcance conceptual de los “Derechos Civiles”

El art. 3º del Código Civil vigente de 1984, estructuralmente ubicado en la parte relativa a los “Derechos de la persona”⁴, se apertura con el enunciado “toda persona tiene el goce de los Derechos Civiles”, declaración importante para el Derecho peruano porque se constituye en el punto de partida para el reconocimiento y la tutela jurídica inmediata del goce de los derechos de la persona⁵, y que, según la terminología

4 Se trata del Título II, ubicado dentro de la Sección Primera sobre las Personas Naturales que, a su vez, se encuentra contenida en el Libro I del Código Civil de 1984, el cual es denominado del “Derecho de las Personas”.

5 En esta instancia corresponde recurrir a una ordenación cronológica de nuestra normativa, por cuanto el Código Civil peruano de 1936 tenía una nota básicamente patrimonialista, siendo el vigente Código Civil de 1984 el que, influenciado por la impronta de la derogada Constitución de 1979, recoge por primera vez los denominados derechos fundamentales como tales e incorpora al ordenamiento peruano esta importante declaración. El referente primero

empleada en la citada disposición normativa, reciben el nombre de Derechos Civiles.

Con relación a la nomenclatura empleada en el art. 3° para hacer referencia a esos derechos respecto de los cuales se predica el goce que toda persona tiene, siguiendo el análisis desarrollado por el profesor Rubio Correa, es posible sostener que ello se debió a que “los Códigos Civiles recogieron tradicionalmente varios de los derechos que corresponden al ser humano. Lo propio hace el Código Civil peruano actual”⁶. Es cierto también que con el proceso de constitucionalización de los derechos, iniciado a propósito de la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, el ser humano ya no solo es jurídicamente comprendido a partir del Derecho Civil, sino que además empieza a garantizarse su efectiva tutela en función a lo que las Constituciones dicen sobre sus derechos.

El Código Civil de 1936, predecesor del vigente Código de 1984, tenía una visión prevalentemente patrimonialista, salvo por la regulación de los derechos al nombre y al domicilio. Por su parte, y pese a encontrarse inmersa en este contexto normativo, la derogada Constitución peruana de 1979 comienza un proceso de positivación de los derechos de la persona, desplazando así la patrimonial esquematización jurídica adoptada por el Código Civil de 1936. Posteriormente, con la dación del Código Civil de 1984, se recoge esa visión constitucional promovida a partir de 1979 y se aportan al ordenamiento peruano nuevas disposiciones, con el propósito de declarar con mayor fuerza normativa que los Derechos Civiles o personales fundamentales corresponden a todo sujeto de derecho sea cual fuere el estadio de la vida humana en que se encontrara: antes o después de haber nacido.

La Constitución Política peruana de 1993 mantiene esa misma línea de positivación de los derechos de la persona y en su art. 2° se aprecia un catálogo enumerativo de los denominados derechos fundamentales. Estos derechos fundamentales no son otros que “aquellos que pueden valer como anteriores y superiores al Estado, aquellos que el Estado no otorg[a] con arreglo a las leyes, sino que reconoce y protege como dados antes que él, y en los que sólo cabe penetrar en una cuantía mesurable en principio, y sólo dentro de un procedimiento regulado”⁷. No obstante contener una lista enumerativa

sobre el goce de los derechos de la persona se encuentra en el Código Civil actual, pero tampoco se puede dejar de mencionar la valiosa incorporación que hace la Constitución de 1993, al acoger en sus disposiciones el precepto civil que reconoce a toda persona como sujeto de derecho.

6 Rubio Correa, M. (1995). *El ser humano como persona natural*. 2ª ed. Lima. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 29.

7 STC Expte. N° 0050-2004-AI/TC, f. j. 72, cuyos extractos más importantes aparecen compilados en un compendio de jurisprudencias elaborado por García Belaúnde, D. (2009). *Dic-*

de derechos fundamentales, la actual norma constitucional regula, además, en su art. 3º un *numerus apertus* para incorporar al ordenamiento todos aquellos derechos de la persona, de naturaleza primaria o esencial, que no hubieran sido expresamente enumerados en el artículo que le antecede; de modo textual, señala lo siguiente: “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno”.

Retomando lo relativo a la terminología utilizada por el Código Civil para nominar a los derechos de la persona, cabe señalar que, tras el hilo conductor de su propio razonamiento, Rubio Correa ha considerado que, como el art. 3º del Código en mención se refiere a los Derechos Civiles, dicha nomenclatura tendría un sentido restringido solo a los derechos establecidos en el Código Civil, por lo cual es de “la opinión que estas clasificaciones deben ser eliminadas en virtud de que todos son derechos humanos, que se ejercitan en sociedad”⁸. De ahí que la doctrina civil haya preferido referirse a los derechos de la personalidad para aludir a esos derechos fundamentales de la persona a los que les dispensa tratamiento jurídico el Código Civil⁹.

Incluso, en la Exposición de Motivos del Código Civil de 1984, compilada por Revoredo De Debakey, se afirma:

“El Título II de la Sección Primera [del Código Civil peruano de 1984] contiene disposiciones novedosas, no sólo en relación con el Código anterior, sino dentro del propio ámbito de la legislación comparada al incorporar un conjunto de derechos fundamentales de la persona que se conocen generalmente en la doctrina civil con la denominación de ‘derechos de la personalidad’. [...]. No obstante que en la actualidad se debe concebir de manera unitaria el tema de los derechos fundamentales de la persona –o simplemente derechos de la persona–, ya que en ellos se encuentran simultáneamente presentes intereses tanto públicos como privados, corresponde al Derecho Civil el desarrollo y tratamiento coherente y sistemático de tales derechos en lo que concierne a la tutela de la persona individual en sus relaciones de conducta con otras personas naturales [...]”¹⁰.

cionario de Jurisprudencia constitucional. Lima. Grijley, 170. Se trata de la definición que ha expresado el Tribunal Constitucional peruano sobre el carácter fundamental de los derechos del hombre.

8 Rubio Correa, M. (1995). *El ser humano como persona natural*. Ob. cit., 30.

9 Conf. ibídem, 29; Torres Vásquez, A. (2002). *Código Civil. Comentarios y Jurisprudencia*. 6ª ed. Lima. IDEMSA, 49.

10 Revoredo De Debakey, D. (1985). *Código Civil. IV Exposición de Motivos y Comentarios*. Lima. Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, 55.

Con esto, consecuentemente, se intentó poner énfasis en que, en la redacción del art. 3º, con el nombre de Derechos Civiles, quiso denominarse a los derechos de la personalidad o derechos de la persona y no a aquellos derechos únicamente contenidos en el Código Civil; lo que bien puede extraerse de la lectura de esa parte transcrita de la Exposición de Motivos del Código Civil de 1984.

Los Derechos Civiles del art. 3º en comento serían, entonces, de acuerdo con lo expuesto, los denominados derechos de la personalidad o derechos de la persona¹¹. Son los derechos más elementales de la persona, aquellos que lleva innatos a su ser, entre ellos, el derecho a la vida, a la salud, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la imagen, al nombre. Sin embargo, para el profesor Fernández Sessarego, no es adecuado que un importante sector de la doctrina siga refiriéndose a los derechos de la persona con la equívoca expresión de derechos de la personalidad, por cuanto, en esa medida, estarían estimando a la personalidad como un ente titular de derechos y deberes, como sujeto de derecho¹². El citado jurista sustenta su postura en que “la ‘personalidad’ no es un ente, por lo cual no se le pueden atribuir situaciones jurídicas subjetivas, es decir, derechos y deberes. La persona, en cambio, sí es un ente [...] por lo que se constituye en el sujeto de derecho. La personalidad [...] es tan sólo la manifestación fenoménica de la persona”¹³.

En cierta medida, si se analiza el concepto de derechos de la personalidad en sentido restringido, subjetivándose a la personalidad como si fuera esta la destinataria de tales derechos y no la persona, no cabe duda de que resulta comprensible la equivocidad denunciada por Fernández. Sin embargo, no se puede omitir que también existieron –y aún existen– argumentos de razón que llevaron a la doctrina tradicional a emplear dicha terminología durante tanto tiempo y por los cuales –plenamente ajustados a circunstancias no cambiantes, como son las referidas a la esencia de la persona– la actual doctrina incluso sigue manteniéndola.

Con la expresión derechos de la personalidad se quiere poner de manifiesto el carácter personalísimo de ciertos derechos de la persona; en con-

11 Sobre el punto relativo a la identificación de los conceptos de Derechos Civiles, derechos de la personalidad y derechos de la persona, que se hace en la Exposición de Motivos del Código Civil de 1984, es de precisarse que aunque en la citada Exposición de Motivos se los haya identificado, eso no significa que necesariamente tengan que comprender el mismo contenido conceptual, pues no se trata de expresiones sinónimas. Este trabajo constituye un primer estudio de la situación problemática y, evidentemente, su adecuado deslinde conceptual requiere una mayor profundización que no es objeto de este artículo.

12 Conf. Fernández Sessarego, C. (2003). “Persona, personalidad, capacidad, sujeto de derecho: Un reiterado y necesario deslinde conceptual en el umbral del siglo XXI”. En Borda, G. et al. *Doctrina contemporánea*. Lima. Normas Legales, 11.

13 Ídem.

creto, de aquellos inherentes a su ser, a su libertad y a sus inclinaciones naturales que permiten el desarrollo de su personalidad. Y aunque existan críticas sobre el uso de dicho concepto jurídico, teniendo en cuenta la gran difusión que en la doctrina tradicional y moderna tiene la mencionada expresión, y sin entrar en la subjetivización del término “personalidad”, sí resultaría válido seguir denominando a los derechos de la persona como derechos de la personalidad¹⁴, en tanto y en cuanto que “con la protección jurídica de tales derechos, el ordenamiento jurídico pretende garantizar, al titular, el señorío sobre cierta esfera de su propia personalidad”¹⁵.

Fuera de la discusión doctrinal anterior, y volviendo al estudio del concepto adjetivo que han recibido estos derechos, a la interpretación restrictiva del concepto de “Derechos Civiles” cabría también hacerle frente con un argumento de orden normativo, recurriendo a la disposición contenida en el art. 5º del Código Civil, donde expresamente se declara: “El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y *demás inherentes a la persona humana son irrenunciables*¹⁶ [...]”. En virtud del sentido de esta regulación, esa primigenia y presunta restricción de la interpretación quedaría enervada y desvirtuado el argumento de que por Derechos Civiles deberíamos entender solo los derechos contenidos en el Código Civil, pues para dicho art. 5º son derechos de la persona y tienen la misma cualidad de irrenunciables todos aquellos que le son inherentes, con independencia a su directa mención en el citado Código u otras normas del ordenamiento. Para resumir este argumento solo bastaría decir lo siguiente: “y esto lo dice el propio Código Civil”, tal como acaba de ilustrarse hermenéuticamente.

Este repaso, sobre la base de argumentos jurídicos y normativos, y principalmente de la lectura de la Exposición de Motivos del Código Civil de 1984, permite sostener que en la redacción del art. 3º, con el nombre de Derechos Civiles, quiso denominarse a los derechos de la personalidad o derechos de la persona y no a aquellos derechos únicamente contenidos en el Código Civil; precisión conceptual necesaria para la correcta interpretación del precepto en mención, por cuanto el goce reconocido a la persona no es respecto de cualesquiera derechos sino de aquellos derechos elementales o inherentes a su condición de ser humano, que le corresponden independientemente a lo recogido en la estructura normativa vigente pues derivan de su esencia misma.

14 El debate académico acerca de la conveniencia o inconveniencia del empleo del concepto de “derechos de la personalidad” y de su contenido, es mucho más profundo y amplio que lo que aquí se reseña, aunque para los efectos de este trabajo esta aproximación teórica resulta suficiente.

15 Tuesta Silva, W. (2001). *Código Civil comentado*. 2ª ed. Lima. Grijley, 32.

16 El destacado del texto corresponde a la autora.

III. El goce de derechos: un atributo de la titularidad de la persona y no potencial titularidad

El Código Civil de 1984, al que venimos refiriéndonos, en el primer párrafo de su art. 1º expresa que “la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento”, para afirmar inmediatamente en el párrafo seguido dentro del mismo artículo que, como “la vida humana comienza con la concepción”, al concebido también le corresponde la condición de “sujeto de derecho”, aunque el estatus jurídico de este último queda legalmente delimitado solo “para todo cuanto le favorece”. Como puede verse, de la lectura conjunta de las disposiciones contenidas en el citado artículo, se advierte el reconocimiento de subjetividad jurídica en todo ser humano desde el momento mismo de la concepción¹⁷.

Siguiendo este precedente legislativo trazado por el Código Civil de 1984, la Constitución Política de 1993, luego de reconocer en el numeral 1 de su art. 2º que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física, y a su libre desarrollo y bienestar¹⁸, declara que el concebido es un sujeto de derecho en todo cuanto le favorece. A nivel constitucional, el concepto jurídico de sujeto de derecho no se emplea para toda persona en general, sino solo para aludir al sujeto concebido como centro de referencia para los efectos favorables, y dado que el concebido representa la etapa inicial de la vida del ser humano¹⁹, basta con ello para entender que la condición de sujeto de derecho corresponde a toda persona desde la concepción²⁰.

Como puede notarse, en el ordenamiento peruano toda persona –concebida o ya nacida, individualmente o agrupada– es un sujeto de derecho y dicha calidad jurídica le es reconocida en tanto atributo inmanente a su cualidad de ser humano, mas no porque se trate de una atribución del or-

17 Conf. Santillán Santa Cruz, R. (2014). *La situación jurídica del concebido en el Derecho Civil peruano. Una interpretación histórico-legislativa y teleológica*. Lima. Motivensa, 98-99.

18 *Ad litterae*: “Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

19 Sáenz Dávalos dice: “[...] la vida es inescindible de la persona, [...] también lo es del concebido o *nasciturus*, ya que aquel no es ni representa una simple prolongación de la existencia natural del humano, sino su primera etapa inicial” [Sáenz Dávalos, L. (2010). “Las dimensiones del derecho a la vida”. En Sosa Sacio, J. (Coord.). *Los Derechos Fundamentales. Estudio de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho*. Lima. Gaceta Jurídica, 38].

20 Conf. Santillán Santa Cruz, R. (2014). *La situación jurídica del concebido...* Ob. cit., 211-213.

denamiento. La subjetividad jurídica del ser humano fue reconocida por el legislador civil tras declararse la existencia de vida humana desde la concepción o fecundación, descartándose con ello que la condición de sujeto de derecho haya sido atribuida por la norma²¹. En esa misma medida, es posible afirmar que su caracterización de sujeto de derecho seguirá perteneciéndole al hombre aun cuando la norma no se la reconociera, pues, ontológicamente, es algo que deriva de su propia naturaleza e innata dignidad²².

Todo ser humano es, por su propia naturaleza, protagonista del mundo social y jurídico porque inhiere en él una juridicidad nativa²³, entendida como esa capacidad innata para generar la realidad jurídica y ser parte de ella, algo que no reside en ningún otro ente del universo y que lo inviste, precisamente, como sujeto de derecho²⁴. Además, el hombre, por el solo hecho de serlo, desde su concepción es titular de unos derechos y deberes fundamentales derivados de su dignidad humana y tiene la *capacidad para gozar* de ellos frente a los demás seres humanos con los que se relaciona²⁵.

Por eso, como bien sostiene el profesor Martínez de Aguirre, todo ser humano es por naturaleza “sujeto del Derecho” (objetivo) y “sujeto de derechos” (subjetivos)²⁶. Ambas expresiones, la de sujeto de derechos y sujeto del Derecho, se predicán del mismo ser humano pero poseen distinto contenido conceptual. “Al decir que el ser humano es el sujeto por excelencia del Derecho Objetivo, lo que se hace es subrayar que las relaciones sociales (y, por tanto, también las relaciones jurídicas) tienen lugar primariamente entre seres humanos: son protagonizadas por ellos, y sin ellos no existirían”²⁷. Para el profesor Hervada –de cuyos planteamientos son también tributarias las ideas del profesor Martínez de Aguirre–, la condición de sujeto de derecho no es cultural sino natural, porque “no se trata simplemente de que

21 Conf. ibídem.

22 Sobre el reconocimiento de la condición de sujeto de derecho por parte del Derecho al ser humano, véase también Díez-Picazo, L. & Gullón, A. (1995). *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. I/1. 2ª ed. Madrid. Tecnos, 125.

23 Para Hervada: “La juridicidad natural significa que, por naturaleza, el hombre está relacionado jurídicamente con los otros y, en consecuencia, que es por naturaleza protagonista del sistema jurídico. Ser persona no es de origen positivo sino natural, porque los hombres, por naturaleza, son sujetos de derecho” [Hervada, J. (1999). *Introducción crítica al Derecho Natural*. Piura. Universidad de Piura, 140].

24 Conf. Hervada, J. (2000). *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*. 3ª ed. Pamplona. EUNSA, 462.

25 Conf. Martínez de Aguirre Aldaz, C. (2008). “La persona y el derecho de la persona”. En De Pablo Contreras, P. (Coord.). *Curso de Derecho Civil*. Vol. 1. 3ª ed. Madrid. COLEX, 325.

26 Conf. ibídem.

27 Ibídem.

todo hombre *puede* ser, si se quiere, capaz de derechos”²⁸, sino que todos los hombres, por naturaleza, son sujetos de derecho. El sujeto de derecho es, en este orden de ideas, el “centro de imputación de derechos y deberes, adscribible siempre y en última instancia a la vida humana”²⁹.

Esta condición del ser humano como sujeto de derechos subjetivos y sujeto del Derecho Objetivo no es, por tanto, concedida por el Derecho sino que deriva –según se dijo– de su propia naturaleza y de la dignidad que le es inherente. Entonces, “no se trata, pues, de que el ser humano *deba ser reconocido* como sujeto de derechos [para serlo], sino que es sujeto de derechos, aunque su condición de tal pueda serle eventual e injustamente negada, en todo o en parte, por un ordenamiento positivo concreto”³⁰. Esto explica que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 enunciara, en su art. 6º: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”, es decir, a su reconocimiento como sujeto capaz de derechos y obligaciones, en tanto realidad preexistente a todo ordenamiento.

Es por esta razón que la personalidad jurídica del ser humano, esto es, su condición como sujeto de derechos, no depende de que sea reconocida por el Derecho Positivo. Este último no atribuye la personalidad jurídica al ser humano, sino que este la tiene por su propia naturaleza; tampoco lo debe ni puede privar de ella. Lo que en todo caso podrían arrogarse algunos ordenamientos jurídicos es tratar a determinados seres humanos como si no fueran sujetos de derechos³¹, sin que ello signifique que –por esta injustificada razón– dejarán de serlo³². La personalidad jurídica no es una creación del Derecho Positivo, sino un presupuesto suyo. De ahí que la persona sea, por naturaleza, la protagonista del sistema jurídico y el referente teleológico de todo Derecho. La persona humana y la defensa de su dignidad es y debe ser siempre el fin supremo, primero y último, de todo ordenamiento.

En consecuencia, porque inhiere en la dignidad de la persona humana, la personalidad jurídica entraña para todo ser humano no únicamente la

28 Hervada, J. (1999). *Introducción crítica al Derecho Natural*. Ob. cit., 140.

29 Espinoza Espinoza, J. (2008). *Derecho de las personas*. 5ª ed. Lima. Rodhas, 37.

30 Martínez de Aguirre Aldaz, C. (2008). “La persona y el derecho de la persona”. Ob. cit., 326.

31 Lo que no está justificado porque de suyo constituye un injusto despojar al ser humano de aquello que por naturaleza ya le viene dado.

32 Frente a lo que aquí se viene exponiendo, resultan oportunas las palabras de Díez-Picazo & Gullón, cuando afirman: “La personalidad no es una mera cualidad que el ordenamiento jurídico pueda atribuir de una manera arbitraria, es una exigencia de la naturaleza y dignidad del hombre que el Derecho no tiene más remedio que reconocer” [Díez-Picazo, L. & Gullón, A. (1995). *Instituciones de Derecho Civil*. Ob. cit., 125].

capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, sino que además presupone la titularidad de una serie de derechos y deberes fundamentales, de aquellos inherentes a su ser. Esto exige que la función del Derecho Positivo respecto de la personalidad de la persona humana deba limitarse a regular determinados efectos de ella en orden a situaciones jurídicas no naturales o fundamentales³³, aunque sí podrían establecerse requisitos en orden a la producción de determinados efectos de tipo patrimonial por no ser, precisamente, de carácter natural o inherentes al ser del hombre.

Tras deslindar que esta personalidad jurídica no implica solamente la capacidad de la persona para ser titular de derechos y obligaciones, sino que, además, presupone la titularidad de este sujeto respecto de sus derechos y deberes fundamentales o primarios, que son inmediatos, como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, entre otros; es posible afirmar que, a su vez que poseedor de una capacidad para adquirir derechos y deberes, el hombre es titular de unos derechos y obligaciones dimanantes de su naturaleza de ser humano, siendo esta natural titularidad jurídica (de carácter personal fundamental y no patrimonial) la que hace especialmente posible su comprensión como sujeto de derecho, esto es, como centro de imputación de derechos y deberes o, dicho de otro modo, como sujeto capaz de derechos y obligaciones, y como portador de esa potencial titularidad respecto de cualesquiera derechos y obligaciones que el Derecho Positivo le pudiera luego reconocer u otorgar.

Pero no debe entenderse esto en sentido excluyente sino concomitante, por cuanto, como dice el profesor Martínez de Aguirre, solo se trata de distinguir unos aspectos que se encuentran inescindiblemente unidos: “[...] por el mero hecho de ser hombre se es titular de esos derechos naturales primarios y, simultáneamente, por eso mismo, se es sujeto de derechos; y, además, en términos generales, se ostenta la potencial titularidad de cualesquiera otros derechos y obligaciones”³⁴.

Con base en lo expuesto, corresponde afirmar que estos derechos personales fundamentales o primarios son aquellos de los que toda persona es titular porque derivan de su esencia misma como ser humano, y son aquellos a los que el art. 3º del Código Civil peruano denomina Derechos Civiles y de

33 No se podría condicionar, por ejemplo, la adquisición de la personalidad jurídica a que el concebido nazca vivo o a que permanezca con vida durante las veinticuatro horas posteriores al nacimiento, porque ese concebido sería poseedor de una personalidad jurídica desde el momento mismo de la concepción y no por el establecimiento de dichos requisitos dejaría de ser sujeto de derecho.

34 Martínez de Aguirre Aldaz, C. (2000). “Comentarios a los artículos 29 al 34 del Código Civil español”. En Rams Albesa, J. (Coord.). *Comentarios al Código Civil II*. Vol. 1. Barcelona. José María Bosch, 248.

los cuales toda persona goza o *tiene el goce* –según dice literalmente la mencionada disposición–; goce que no debería ser identificado con la “capacidad de goce”³⁵, como la doctrina nacional ha venido interpretando.

La norma en mención no señala –siguiendo la nomenclatura empleada en el Código– que “toda persona tiene la capacidad de goce de los Derechos Civiles”, ni que los Derechos Civiles sean aquellos de los que la persona “puede gozar”, como advirtiendo una potencial titularidad de los mismos; lo que literalmente dice es que “toda persona tiene el goce de los Derechos Civiles”. Y, teniendo en cuenta la naturaleza de estos derechos, habría una reprochable incongruencia si pretende afirmarse, con base en una inadecuada interpretación del artículo en comentario, que este regula la capacidad de goce de la persona sobre sus Derechos Civiles, por un lado, y que la persona solo tiene una capacidad de goce de los Derechos Civiles, por otro. Ya en la Exposición de Motivos del Código Civil de 1984 se dejó constancia de que con el concepto de Derechos Civiles se hacía referencia a los derechos fundamentales de la persona o derechos de la personalidad³⁶, respecto de los cuales no se puede predicar solo una capacidad de goce, esto es, una aptitud abstracta para ser titular de derechos, que no supone, efectivamente, una real titularidad.

Un dato importante para considerar es la trascendencia jurídica del goce al que se refiere el art. 3º, por cuanto este goce presupone la existencia de titularidad de derechos y lo que permite hablar de esta titularidad es la presencia de un título. El título es “aquello en cuya virtud el derecho pertenece o está atribuido a su titular (o sea, el acreedor en una relación de justicia) y, por lo tanto, le es debido”³⁷. La titularidad supone, entonces, que alguien es sujeto, activo o pasivo, de un concreto derecho o de una obligación determinada. “Es, por tanto, la situación de pertenencia de un derecho o de una obligación a un concreto sujeto de derechos”³⁸ y, consiguientemente, comprende un acto de poder o dominio, que, a su vez, comporta otros atributos, entre los cuales se encuentran el goce y uso de los derechos de que se es titular³⁹. En este orden de ideas, el goce de derechos sería esa aptitud

35 Conf. Decreto Legislativo N° 295, “Código Civil” [ubicado el 12-7-2016]. Recuperado de <http://spij.minjus.gob.pe/notificacion/guias/CODIGO-CIVIL.pdf>. Véase en este enlace el Código Civil que aparece en el Portal Oficial del Sistema Peruano de Información Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, donde el art. 3º del mencionado Código recibe la nominación normativa de “Capacidad de Goce”.

36 Conf. Revoredo De Debakey, D. (1985). *Código Civil. IV Exposición de Motivos...* Ob. cit., 55.

37 Hervada, J. (2000). *Lecciones propedéuticas...* Ob. cit., 204.

38 Martínez de Aguirre Aldaz, C. (2008). “La persona y el derecho de la persona”. Ob. cit., 330.

39 Véase que con relación a los derechos patrimoniales, el art. 923 del Código Civil

concreta, real y efectiva, para disfrutar de un derecho. Este goce es, como efecto directo, un atributo de la titularidad del derecho.

La interpretación del art. 3º del Código Civil, que sobre esta línea argumentativa se propone, dista tangencialmente de los tradicionales estudios exegético-doctrinales que se han venido desarrollando, a excepción del profesor Rubio Correa, quien, sin ahondar mucho en el análisis ni afirmar que el goce del art. 3º no debería ser identificado con una capacidad de goce, apunta que dos son las normas contenidas en este artículo: “La primera, que toda persona tiene el goce de los Derechos Civiles. Esto alude a que los Derechos Civiles pertenecen al ser humano, se encarnan en cada uno de nosotros y, por consiguiente, no pertenecen sólo a ciertos humanos discriminando a otros⁴⁰. [...]. La segunda norma establece que puede haber excepciones a la regla de que toda persona tiene el goce de los Derechos Civiles, pero estas excepciones⁴¹ deben ser expresamente establecidas en la ley”⁴².

Aparte de la orientación temática con que Rubio Correa ha analizado el art. 3º en comentario, el resto de la doctrina civil nacional se ha mantenido en la interpretación tradicional de la disposición, señalando que lo que regula dicho artículo es la capacidad de goce, es decir, la aptitud general para ser titular de derechos y deberes, o intervenir como parte en las relaciones jurídicas, no implicando actividad alguna, por lo que no se requiere de ninguna otra cualidad⁴³. Así, para Espinoza Espinoza, “nuestro Código Civil regula la llamada capacidad de goce, la cual se encuentra contenida en el art. 3º⁴⁴, agregando que “merece ponerse atención a que, cuando el art. 3º se refiere a ‘las excepciones expresamente establecidas por ley’, se está haciendo alusión a las excepciones propias de la capacidad de ejercicio (no a la capacidad de goce)”⁴⁵. Del mismo modo, Torres Vásquez señala que “el

peruano regula la noción de propiedad como acto de titularidad, señalando: “La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley”.

40 Con relación a esta primera norma del art. 3º del Código Civil, Rubio Correa, para ejemplificarla, agrega: “[...] en tiempos pasados [...], no todos teníamos el goce de los Derechos Civiles. Por ejemplo, las mujeres tenían restringidos varios de los derechos que sí pertenecían a los varones; algunos Códigos establecieron que los Derechos Civiles sólo eran reconocidos a sus nacionales y no a ciudadanos de otros países; también hubo [...] discriminaciones en función de diversos criterios, particularmente la raza” [Rubio Correa, M. (1995). *El ser humano como persona natural*. Ob. cit., 30].

41 Con relación a las excepciones a las que se refiere el citado art. 3º, se realizará el correspondiente análisis en apartado posterior.

42 Rubio Correa, M. (1995). *El ser humano como persona natural*. Ob. cit., 30.

43 Conf. Torres Vásquez, A. (2002). *Código Civil. Comentarios...* Ob. cit., 46.

44 Espinoza Espinoza, J. (2007). “La capacidad de los sujetos de derecho”. En Gutiérrez Camacho, W. (Dir.). *Código Civil comentado*. Tomo I. 2ª ed. Lima. Gaceta Jurídica, 88.

45 *Ibidem*. En su obra sobre el “Acto jurídico negocial”, este mismo autor reitera su pos-

Código Civil menciona a la capacidad de goce y a la incapacidad de goce en el art. 3º, que dispone: “Toda persona tiene el goce de los Derechos Civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley”⁴⁶.

Esa equívoca interpretación del art. 3º no solo habría venido determinada por el rótulo (“capacidad de goce”) que inadecuadamente recibió el precepto desde la dación del Código en 1984 y que, sin ser vinculante, muchos académicos han comentado haciendo un análisis del alcance de la capacidad de goce y de su posibilidad para admitir restricciones, sino que, además, en la propia Exposición de Motivos del Código Civil, la justificación en que se pretendió fundamentar el art. 3º no deja de ser confusa, como cuando se dice:

“El art. 3º es lógica derivación del hecho de reconocerse normativamente a la persona humana como ‘sujeto de derecho’ –bajo la específica designación de ‘persona natural’–, ya que tal calidad supone la plena capacidad de goce de todos los Derechos Civiles que el ordenamiento jurídico concede a la persona. El precepto consagra formalmente [...] que por el simple hecho de ser persona se es capaz de gozar de tales Derechos Civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley”⁴⁷.

Refiriéndose al art. 3º del Código Civil –cuyos términos ya conocemos–, se afirma en la Exposición de Motivos que por su condición de sujeto de derecho la persona *tiene la plena capacidad de goce de todos los Derechos Civiles que el orden jurídico le concede*, confundiendo el goce de tales derechos con la capacidad de goce, cuando lo que parecería haberse querido decir –en lo que se desprende claramente de la equívoca redacción– es que *por su condición de sujeto de derecho, la persona tiene pleno goce de los Derechos Civiles* que le son reconocidos por el ordenamiento jurídico, mas no concedidos por él, porque los derechos de la persona no vienen dados por la norma sino que se desprenden de la propia naturaleza del hombre. No quiere decirse con esto que no sea cierto que la persona tiene la plena capacidad de goce de los Derechos Civiles, pues en efecto la tiene; lo no correcto es afirmar que, en los términos en que se encuentra redactado el art. 3º, el legislador civil quiso regular la capacidad de goce.

tura cuando analiza una sentencia sobre invalidez del acto jurídico, señalando: “En el segundo proceso se incurre en error al invocar el art. 3º CC: este se refiere a la capacidad de goce y no a la de ejercicio” [Espinoza Espinoza, J. (2008). *Acto jurídico negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. Lima. Gaceta Jurídica, 511]. Al respecto, cabe recordar que del propio tenor literal de la norma se desprende que esta no se está refiriendo ni a una de esas capacidades ni a la otra.

46 Torres Vásquez, A. (2002). *Código Civil. Comentarios...* Ob. cit., 47.

47 Revoredo De Debakey, D. (1985). *Código Civil. IV Exposición de Motivos...* Ob. cit., 59.

El profesor Fernández Sessarego se centra en el tema de las excepciones al momento de analizar el art. 3º del Código Civil, por cuanto para él, “como se advierte, este numeral admite la posibilidad de establecer excepciones a la capacidad jurídica genérica o de goce, lo que, como lo hemos reiterado, es un imposible jurídico ya que la ley no puede modificar la estructura misma del ser humano, en tanto libre y genéricamente capaz. Libertad y capacidad que no admiten limitaciones o restricciones dada la peculiar estructura del ser humano”⁴⁸. Y con base en el argumento esgrimido, en el que considera que la capacidad de goce no puede admitir restricciones o limitaciones por cuanto es un atributo de la propia libertad del ser humano, el citado autor ofrece una propuesta de enmienda legislativa del art. 3º con el siguiente tenor: “Todo ser humano tiene el goce de los Derechos Civiles, salvo las excepciones a su ejercicio expresamente establecidas por ley”⁴⁹.

En la postura defendida por Fernández Sessarego cabe resaltar tres aspectos importantes: (i) se parte de la confusión de que el goce expresado en la norma del art. 3º es la capacidad de goce; (ii) con el argumento de que la capacidad jurídica o de goce es un atributo de la estructura misma del ser humano cuya limitación comportaría modificar o disminuir su esencia misma como persona, se considera que el establecimiento de tales excepciones supone un imposible jurídico –sobre el particular, como se verá en el acápite siguiente, la autora de este artículo defiende la posibilidad de limitar o restringir la capacidad jurídica en situaciones concretas objetivamente justificadas y siempre que no se afecte la titularidad de la persona sobre sus derechos fundamentales personales ni su capacidad para adquirirlos–; y (iii) es este segundo aspecto el que conduce a Fernández a sostener que, en todo caso, lo que sí admitiría restricciones es la capacidad de ejercicio, pero la norma no se refiere a estas restricciones sino a las que pueden recaer sobre el goce de los Derechos Civiles (más adelante se establecerá la relación entre el goce y la capacidad de ejercicio).

Este conjunto de reflexiones demuestran que el goce de los Derechos Civiles del art. 3º del Código Civil no expresa directamente la capacidad de goce que existe con relación a estos derechos –capacidad de goce entendida como aquella aptitud genérica o *in abstracto* para ser titular de un derecho–, sino el reconocimiento del actual y efectivo disfrute que tiene toda persona sobre los derechos de los que se le reconoce como titular. Algo que también enuncia la citada disposición normativa es que no existen derechos ilimitados, pues todo derecho, por más fundamental e inviolable que fuere,

48 Fernández Sessarego, C. (2002). *El derecho de las personas. (En el umbral del siglo XXI)*. Lima. Ediciones Jurídicas, 411.

49 *Ibíd*em, 420.

puede ser pasible de restricciones; esto indica, por tanto, la posibilidad legal de delimitar los Derechos Civiles a través de la imposición de requisitos o presupuestos para su uso y disfrute, de acuerdo a las valoraciones que haga cada ordenamiento⁵⁰, pero siempre en el marco de unos límites determinados, que exigen además su necesario sustento en una causa objetiva y su regulación expresa.

Corresponde apuntar una reflexión más a propósito del goce declarado en el artículo objeto de interpretación. Como principio general, la titularidad, en tanto situación que comporta el efectivo disfrute o goce de un derecho, no excluye en la persona la aptitud para ser titular de otros derechos⁵¹; al contrario, es su evidencia. La capacidad jurídica “es la abstracta aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones, mientras el efectivo conferimiento de tales derechos y obligaciones concierne a la titularidad jurídica: activa, con resguardo a los derechos; pasiva, con referencia a los deberes”⁵². Así visto, esa titularidad de la persona sobre sus derechos fundamentales no extingue su capacidad de adquirir derechos y deberes.

En consecuencia, con relación al art. 3° del Código Civil pueden expresarse dos afirmaciones: (i) la persona, en tanto titular de sus Derechos Civiles, goza plena y efectivamente de ellos, aunque dicho goce admita excepciones o restricciones que deberán encontrarse expresamente establecidas por ley o cualquier otra norma del igual o mayor rango; y, (ii) como premisa general, es su propia condición de ser humano la que permite a la persona detentar una titularidad sobre sus Derechos Civiles y la inviste, al propio tiempo, de una potencialidad para ser titular de derechos y deberes, potencialidad a la que nuestra normativa civil denomina capacidad de goce en el art. 4°.

Dicho art. 4°, con el rótulo legal de “Igualdad entre varón y mujer en el goce y ejercicio de sus derechos”⁵³, establece: “El varón y la mujer tienen igual capacidad de goce y de ejercicio de los Derechos Civiles”. Es el reconocimiento legal de que toda persona tiene el goce de sus Derechos Civiles –contenido en el art. 3°–, el fundamento para afirmar luego que tanto varón como mujer tienen igual capacidad de goce y de ejercicio de esos mismos

50 Conf. Torres Vásquez, A. (2002). *Código Civil. Comentarios...* Ob. cit., 52.

51 Conf. Espinoza Espinoza, J. (2007). “La capacidad de los sujetos de derecho”. Ob. cit., 88.

52 Torres Vásquez, A. (2002). *Código Civil. Comentarios...* Ob. cit., 45.

53 Conf. Decreto Legislativo N° 295, “Código Civil” [ubicado el 12-7-2016]. Recuperado de <http://spij.minjus.gob.pe/notificacion/guias/CODIGO-CIVIL.pdf>. Véase en este enlace el Código Civil que aparece en el Portal Oficial del Sistema Peruano de Información Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, donde el art. 4° del mencionado Código recibe la denominación jurídica de “Igualdad entre varón y mujer en el goce y ejercicio de sus derechos”.

derechos, buscando desterrar así de la historia jurídico-civil peruana anteriores desigualdades en cuanto al tratamiento de sus derechos, como sucedía cuando en el art. 24 del Código Civil, de 1936, se confería al varón la potestad exclusiva de fijar el domicilio conyugal⁵⁴.

No obstante la aclaración anterior, hemos de reparar en que el legislador civil denominó “[...] goce [...] de sus derechos” a la norma que contiene la “capacidad de goce”⁵⁵, cuando en páginas anteriores se han esgrimido argumentos que demuestran que tales expresiones jurídicas no guardan identidad semántica aun cuando ambas comprendan el término “goce” en su estructura conceptual. Inclusive, en aras de evitar mayores confusiones al momento de la realización del trabajo interpretativo del citado art. 4º, ha de proponerse considerar en él la presencia de dos disposiciones normativas que deberán leerse en el siguiente sentido: i) primera disposición: “El varón y la mujer tienen igual capacidad de goce de sus Derechos Civiles”; y ii) segunda disposición: “El varón y la mujer tienen igual capacidad de ejercicio de sus Derechos Civiles”.

En efecto, es correcto afirmar que toda persona tiene capacidad de goce de sus Derechos Civiles, y más aún que todas las personas tienen igual capacidad de goce, lo que aparece reconocido en el art. 4º del Código Civil. No obstante, no es esto lo que expresamente contiene el precepto del art. 3º comentado, pues este declara que toda persona tiene el goce de sus Derechos Civiles y este goce sería un atributo del titular del derecho; el art. 3º está enunciando que la persona en tanto titular de estos derechos tiene el goce de los mismos o, dicho de otro modo, la capacidad concreta para gozar o disfrutar de los Derechos Civiles. Lo que sí resulta acertado remarcar es que el goce reconocido en el art. 3º posibilita la comprensión de la capacidad de goce regulada en el artículo sucesivo, pues aun cuando la persona sea titular de sus Derechos Civiles no desaparece respecto de estos su capacidad jurídica o de goce. La capacidad de goce siempre estará presente porque es lo que, precisamente, da lugar a que la persona sea titular de los Derechos Civiles de los que ya goza –como dice el art. 3º– así como que pueda ser titular de todos aquellos (Derechos Civiles o no Civiles, en los términos de la norma comentada) de los que aún no lo es pero está en la posibilidad de serlo.

De otro lado, la afirmación de que toda persona (varón y mujer) tiene igual capacidad de ejercicio de sus Derechos Civiles es igualmente correcta, pues todo titular es en principio capaz de ejercer por sí mismo el uso y dis-

54 En su dicción literal, art. 24 del Código Civil de 1936: “La mujer casada tiene por domicilio el de su marido”.

55 Esto resulta ciertamente paradójico porque en el art. 3º sucede al contrario: el legislador civil denomina “capacidad de goce” a la norma que contiene el “goce que la persona tiene de sus derechos civiles”.

frute de los derechos de los cuales es titular, salvo que se encuentre incurso en algún supuesto de incapacidad legal de ejercicio o que se haya previsto expresamente por ley, en sentido amplio, alguna restricción al ejercicio del disfrute del derecho, como se verá más adelante.

En consonancia con las ideas que se vienen defendiendo, encontramos que el art. 42 del Código Civil, sobre la “Plena capacidad de ejercicio”, señala: “Tienen plena capacidad de ejercicio de sus Derechos Civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43 y 44”. Este artículo del Código Civil peruano reafirma la postura de que respecto de los Derechos Civiles la persona tiene una plena capacidad de ejercicio desprendida de su titularidad sobre los mismos, lo que se infiere del propio sentido de la redacción del art. 42. Pero para actuar esa plena capacidad de ejercicio no solo basta que las personas sean reconocidas como titulares de sus Derechos Civiles sino que además deben ser mayores de edad y no estar circunscritas en las causales de incapacidad legal de ejercicio absolutas ni relativas⁵⁶. Únicamente quienes presenten de modo conjunto estas circunstancias legales tienen la plena capacidad de ejercicio de sus Derechos Civiles o derechos de la personalidad⁵⁷; que son a los que se refiere el Código Civil peruano, con base en lo expresado en la respectiva Exposición de Motivos de este texto legal.

Solo los titulares de un derecho con la edad legal exigida disponen de la plena capacidad para ejercitarlo por sí mismos –suponiendo esto, a su vez, la operativización personal y directa del uso y goce de ese derecho–, salvo

56 En notas posteriores, que corresponden al acápite subsiguiente, se apuntan las causas de incapacidades de ejercicio absolutas y relativas.

57 La cuestión de la capacidad de ejercicio de los menores en relación con los derechos de la personalidad es muy debatida en la doctrina comparada, porque se considera que algunos de estos derechos, al ser precisamente personalísimos, solo podrían ser ejercitados por su titular (los menores, en este caso), incluso antes de la mayoría de edad, siempre que haya capacidad natural. De esta forma, respecto del ejercicio de los derechos de los menores no siempre cabría la representación legal. Al respecto, puede verse la nueva redacción del art. 162.1 del Código Civil español, contenido en el Capítulo referido a la “Representación legal de los hijos”: “Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1º Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia”. En el Derecho peruano este asunto no ha generado, por ahora, debate académico, por cuanto los menores de edad hasta los dieciséis años son considerados legalmente sujetos con incapacidad de ejercicio absoluta, y desde los dieciséis hasta los dieciocho años, son relativamente incapaces de ejercicio. Existen supuestos de capacidad para obrar limitada de los menores entre catorce y dieciocho años o de adquisición de la capacidad de ejercicio antes de la mayoría de edad (que es lo que se conoce como emancipación en el Derecho español), pero estos son casos específicos y taxativamente regulados por la normatividad civil peruana.

en los supuestos de incapacidades expresamente contemplados por la ley y a los que también se direcciona *in fine* el citado art. 42: incapacidades de ejercicio absolutas y relativas. En estos casos, conforme al Derecho peruano vigente, las personas no podrán ejercitar por sí mismas sus Derechos Civiles, pero no por eso dejarán de gozar o disfrutar de estos derechos de los que son titulares, por cuanto aquí entra a tallar la figura del representante legal como sujeto que ejercita tales derechos para el goce por parte de su representado incapaz de ejercicio⁵⁸. Claro está, es de precisar, que existen supuestos de adquisición de la capacidad de ejercicio antes de la mayoría de edad establecida legalmente, que son muy puntuales y se encuentran regulados de modo expreso en el Código de la materia⁵⁹.

Esto permite sostener que la norma del Código Civil donde se regulan propiamente las capacidades del sujeto de derecho frente al Derecho es la contenida en el art. 4° y no la del art. 3°, que lejos de regular la capacidad de goce de los Derechos Civiles, reconoce el goce que toda persona tiene sobre estos derechos, respecto de los cuales tiene una natural titularidad derivada de su inmanente dignidad. No está de más resaltar que esta titularidad de la persona sobre sus derechos fundamentales no agota en el sujeto su potencialidad para ser titular de cualesquiera derechos y deberes; potencial titularidad denominada legalmente en el Derecho Civil peruano como capacidad de goce. Además, la declaración legal del goce que toda persona tiene de sus Derechos Civiles supone un reconocimiento implícito de la capacidad de goce (aunque el art. 4° haya hecho una regulación expresa) por cuanto el goce, devenido de la titularidad, y aún la existencia de esta última, solo es posible si se mantiene subsistente esa capacidad de goce, caracterizada por ser general, abstracta y el fundamento que posibilita que la persona pueda ser titular de los Derechos Civiles y de cualesquiera otros derechos y deberes de los que aún no puede hablarse de una titularidad.

Las ideas precisadas reclaman, al propio tiempo, la necesidad de aclarar que aunque en el comentado art. 3° el goce se encuentre directamente expresado con relación a lo que el Código Civil denomina los Derechos Civiles de la persona, las categorías legales de capacidad de goce y de goce de derechos tendrán el mismo significado y operatividad respecto de cualesquiera derechos y no solo de los denominados civiles; esto quiere decir que todo sujeto titular de un derecho tiene intrínsecamente aunadas a esa titularidad la facultad de gozar de su derecho (nos referimos al disfrute

58 En concreto, el art. 45 del Código Civil peruano, refiriéndose al “Representante legal de incapaces”, expresa: “Los representantes legales de los incapaces ejercen los Derechos Civiles de éstos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela”.

59 Estos casos de adquisición de la capacidad de ejercicio antes de cumplida la mayoría de edad legalmente establecida, son anotados en notas posteriores.

efectivo) y la capacidad de goce que posibilita que pueda ser titular de ese derecho y de otros.

Para finalizar este primer análisis normativo, y aunque sin ser tan necesario debido a la orientación argumentativa sobre la que se han trazado las líneas que anteceden, cabe precisar que el concepto de persona empleado en el art. 3° no debe ser entendido en sentido técnico-jurídico restringido como uno que alude al ser humano nacido, esto es, a la persona natural. Debe ser concebido en su connotación ontológica más general, como referido a todo ser humano desde la concepción. Esto se pone de relieve por cuanto la disposición contenida en el primer párrafo del art. 1° –apuntado en la parte inicial de este acápite– ha servido para que algún sector de la doctrina nacional sostenga que en el Derecho Civil peruano el concebido no es considerado persona humana si se tiene que esperar a su nacimiento para adquirir dicha condición. Ante ello, escuetamente corresponde señalar que “el concebido sí es ‘persona humana’ porque en sentido ontológico todo ser humano lo es y, como bien dice el Código Civil peruano vigente, el ser humano existe desde la concepción”⁶⁰. Desde la concepción, por tanto, todos los seres humanos son personas y toda persona tiene el goce y la capacidad de goce de sus Derechos Civiles.

IV. Sobre la relación existente entre la capacidad de goce, el goce de derechos y la capacidad de ejercicio

Es la condición de sujeto de derecho que el hombre posee la que lo dota de una capacidad frente al Derecho. En sentido lato, esta capacidad suele definirse como la “aptitud para adquirir un derecho, o para ejercerlo y disfrutarlo. Consiste en la aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones, o en la facultad más o menos amplia de realizar actos válidos y eficaces en Derecho”⁶¹. Dentro del campo estrictamente jurídico, esta capacidad debe ser entendida en dos planos o dimensiones: como capacidad jurídica o de goce y como capacidad de ejercicio o de obrar; bidimensional capacidad que tiene que ser conceptualmente bien delimitada para evitar confusiones entre ellas cuando se intenta diferenciarlas en las diversas actuaciones que el ser humano despliega o pudiera desplegar en su esfera jurídica.

La capacidad jurídica, también denominada de goce o de derecho, es la aptitud genérica o *in abstracto* para ser titular de derechos y deberes. Esta aptitud, que al sujeto le viene dada por su condición de persona, no

60 Santillán Santa Cruz, R. (2014). *La situación jurídica del concebido...* Ob. cit., 98.

61 Alfaro Pinillos, R. (2014). *Diccionario práctico de Derecho Civil y Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Lima. Motivensa, 287.

es sino la pura potencialidad de ser sujeto de derechos y obligaciones, mas no supone atribución efectiva de ningún derecho ni obligación⁶². Es común encontrar en la doctrina que esta capacidad de goce es aquella capacidad que se predica sobre los derechos y deberes respecto de los cuales aún no se es titular, pero existe esa potencialidad o capacidad para serlo. Comprender esto exige volver a lo anterior, cuando se hizo referencia a una titularidad respecto de derechos y deberes fundamentales derivados de la naturaleza misma del ser humano, ya que la existencia de esta titularidad no excluye que subsista con relación a aquellos esa capacidad para adquirir derechos o asumir obligaciones.

De lo que se trata es de comprender que, más que una relación, hay una compatible coexistencia entre la titularidad de los derechos fundamentales y la capacidad de goce porque ambas radican en la condición de persona que posee el sujeto de derecho. En ambos casos, el fundamento es la condición de persona. Por esa razón, el ser humano es titular de unos derechos fundamentales que le son atribuidos a este por su propia naturaleza de hombre y, al mismo tiempo, tiene esa capacidad de goce para mantener vigente su titularidad sobre los derechos fundamentales y poder adquirir otros derechos.

La titularidad innata de los derechos fundamentales demuestra que la capacidad de goce (que no se refiere a Derechos Subjetivos concretos, fundamentales o no) se tiene por el hecho de tener la condición de ser humano. Todo ser humano tiene derechos innatos (los fundamentales) y también puede tener derechos (fundamentales o no: cualesquiera otros derechos); ese “poder tener derechos” es, precisamente, lo que denominamos capacidad de goce o jurídica. Esto, al propio tiempo, demuestra que la efectiva titularidad de un derecho no excluye la capacidad de goce respecto a ese derecho (del que se es titular), por cuanto lo que fundamenta o justifica que se pueda ser titular de tal o cual derecho es la existencia de esa capacidad abstracta de poder tener derechos. Si la capacidad de goce se extinguiera al concretarse la titularidad de un derecho habría un sinsentido puesto que lo único que posibilita al ser humano a ser titular de sus derechos fundamentales, o de cualesquiera otros derechos, es la capacidad jurídica o de goce.

El desarrollo de la capacidad de goce exige inevitablemente, por otra parte, la referencia a la capacidad de ejercicio para anotar su distinción e interacción. La capacidad de ejercicio, que también recibe la denominación de capacidad para obrar o de hecho, es la que aparece cuando se adquiere la titularidad de un derecho o de un deber. Se define como la aptitud concreta

62 Conf. Martínez de Aguirre Aldaz, C. (2008). “La persona y el derecho de la persona”. Ob. cit., 330.

del sujeto para ejercitar los derechos y obligaciones de los que es titular⁶³, realizar ciertos actos y ser por ellos directamente responsable⁶⁴. Esta capacidad presupone la existencia de la capacidad jurídica y de una concreta titularidad de derechos u obligaciones, pero no puede hacerse efectiva con la sola capacidad jurídica ni con la mera titularidad.

Esta capacidad de obrar se encuentra vinculada con la llamada capacidad natural de conocer y querer, que es la aptitud natural con la que alguien puede atender por sí mismo el cuidado de su persona y sus bienes⁶⁵. La vinculación entre la capacidad de obrar y la capacidad natural de conocer y querer se genera porque la primera descansa sobre la base de la segunda. El Derecho Positivo toma en consideración esas naturales potencias humanas (intelectiva y volitiva) y en función de la edad y otras circunstancias concretas marca un límite para determinar el momento desde cuando puede operativizarse la capacidad de ejercicio. Según la vigente normativa civil peruana, se adquiere con la mayoría de edad⁶⁶ –siempre que no se esté incurso en alguna de las causales de incapacidad de ejercicio (absoluta y relativa) por ella previstas⁶⁷ –, o en algunos supuestos específicos expresamente regulados por el Código Civil de 1984⁶⁸.

Un tema aparte, pero necesario, para comprender estas nociones, es el interrogante planteado por la doctrina con relación a si la capacidad jurídica

63 Conf. *ibidem*, 330-332.

64 Conf. Reale, M. (1989). *Introducción al Derecho*. Madrid. Ediciones Pirámide, 186.

65 Conf. Martínez de Aguirre Aldaz, C. (2008). “La persona y el derecho de la persona”. *Ob. cit.*, 332-333.

66 Una vez cumplidos los dieciocho años de edad, según se encuentra establecido por el art. 42 del Código Civil.

67 En lo que respecta a la incapacidad de ejercicio, los arts. 43 y 44 del Código Civil peruano establecen, respectivamente, los supuestos de incapacidad absoluta e incapacidad relativa de ejercicio. El art. 43 expresa: “Son absolutamente incapaces: 1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley. 2.- Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento”. Por su parte, el art. 44 señala: “Son relativamente incapaces: 1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad. 2.- Los retardados mentales. 3.- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad. 4.- Los pródigos. 5.- Los que incurrir en mala gestión. 6.- Los ebrios habituales. 7.- Los toxicómanos. 8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil”.

68 El art. 46 de este mismo Código regula ciertos supuestos en los que, antes del cumplimiento de la mayoría de edad, podría adquirirse plena capacidad de ejercicio o para la realización de determinados actos. Así, de conformidad con este artículo, por ejemplo, la incapacidad de las personas mayores de dieciséis años –que no incurrir en alguna otra causal de incapacidad, como padecer discapacidad psíquica– cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio. Tratándose de mayores de catorce años, la incapacidad cesa a partir del nacimiento del hijo, pero solo para realizar el reconocimiento del mismo, demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos, además de otras acciones que aparecen taxativamente enunciadas en el texto del artículo mencionado.

es causa o efecto de la personalidad o si se identifica con ella⁶⁹. Al respecto, De Castro sostiene que “la distinción entre persona como realidad existente y la personalidad como manifestación de la esencia de aquélla permite utilizar este término en sentido especialmente jurídico. La personalidad sería la ‘cualidad jurídica de ser titular y perteneciente a la comunidad jurídica, que corresponde al hombre (como tal) y se reconoce o concede (traslativamente) a ciertas organizaciones humanas”⁷⁰. De estas líneas se extrae que la personalidad jurídica, en tanto atributo inherente a la persona, significaría la cualidad de ser sujeto de derechos y se encontraría estrechamente ligada con la capacidad jurídica, desde cuyo punto de vista sería conceptualmente válida, a efectos jurídicos, la identificación entre personalidad jurídica y capacidad jurídica o de goce –que es la acepción normativa que emplea el Código Civil peruano.

Para aproximarnos a la relación entre la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio, hemos de remarcar sus presupuestos de existencia. La primera tiene como único presupuesto o fundamento la condición de persona que todo ser humano posee en virtud de su naturaleza humana, mientras que el presupuesto de la segunda no solo lo constituye la persona sino también otros factores vinculados a esta: su capacidad de conocer y querer, su titularidad sobre un determinado derecho y/o deber, su mayor edad legalmente establecida y su falta de incapacidades de ejercicio. Sin la concurrencia de este conjunto de presupuestos la capacidad de ejercicio no puede tener operatividad conforme a Derecho. De ejercitarse o no esta capacidad de obrar, eso en nada afectará la existencia de la abstracta y genérica capacidad jurídica de poder adquirir derechos.

Como regla general de interpretación de la relación existente entre la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio, Torres Vásquez nos dice:

“Todos los individuos tienen capacidad jurídica, pero no todos tienen capacidad de ejercicio, o sea que no siempre se encuentran simultáneamente las dos capacidades en una sola persona. [...]. [*En la misma medida*], la privación, por excepción, de la capacidad de goce implica la privación de la capacidad de ejercicio [*claro está, respecto del mismo derecho que se pudo adquirir pero no se tiene porque no ha podido ser adquirido*], porque no se puede ejercer un derecho que no se tiene [*ni se podrá tener*], pero la privación de la capacidad de ejercicio no afecta para nada la capacidad de goce, porque el ser humano puede ser titular de un derecho sin tener la aptitud para ejercerlo por sí mismo, en

69 Conf. Martínez de Aguirre Aldaz, C. (2000). “Comentarios a los artículos 29 al 34 del Código Civil español”. Ob. cit., 249.

70 De Castro, F. (1952). *Derecho Civil de España*. Tomo II. Madrid. Instituto de Estudios Políticos, 31.

cuyo caso requerirá, según [corresponda]⁷¹, de la patria potestad, de la tutela o de la curatela⁷².

Siguiendo la misma pauta de análisis, corresponde afirmar que lo propio es que el titular del derecho sea quien ejercite el uso y goce de sus derechos, claro está dentro de las exigencias legales requeridas para operativizar dicha capacidad de ejercicio; sin embargo, no todos los casos se presentan dentro de este esquema ordinario. Pese a esto, los casos de incapacidad de ejercicio no comportan para su titular la imposibilidad del goce de sus derechos. Un sujeto puede no tener capacidad de ejercicio pero igualmente podrá gozar o disfrutar de los derechos de los cuales es titular, para cuyos casos es necesaria la actuación del representante que ejercite los derechos y posibilite tal goce; esto es así al menos en lo que compete al Derecho peruano⁷³.

V. ¿Capacidad para gozar?: un enunciado ciertamente ambiguo

En cuanto a la capacidad de goce, desde el punto de vista semántico y jurídicamente, estaría admitido decir que todo ser humano tiene la capacidad genérica o abstracta para gozar de derechos y asumir deberes; en este caso, la capacidad para gozar aparecería como una aptitud *in abstracto* del sujeto de derecho para ser titular de derechos y deberes (*capacidad jurídica o de goce*). Del mismo modo, también encontraríamos validez semántica en aquella afirmación de que toda persona tiene capacidad para gozar de aquellos derechos de los que tiene la titularidad, entendiéndose el goce como un atributo de su condición de titular. En este último caso, estaríamos frente a la aptitud concreta, real y efectiva, de una persona, para gozar o disfrutar de un derecho del que es titular (*el goce de derechos*).

Es por tales razones que pretende sustentarse la existencia de cierta ambigüedad práctica en el uso de la expresión “capacidad para gozar”, situación de equívocidad que solo podrá superarse a partir de su debida comprensión dependiendo del contexto donde se emplee. Por ejemplo, cuando en la Exposición de Motivos del Código Civil de 1984 se expresa que el precepto

71 Lo que aparece entre corchetes dentro de la cita textual corresponde a la autora.

72 Torres Vásquez, A. (2002). *Código Civil. Comentarios...* Ob. cit., 48.

73 Se hace esta aclaración por cuanto, como se ha mencionado en notas anteriores, la cuestión de la capacidad de ejercicio de los menores en relación con los derechos de la personalidad y la actuación de los representantes legales con relación a estos, ha generado gran debate académico en la doctrina comparada porque en algunos ordenamientos se ha regulado que determinados derechos, al ser precisamente personalísimos, solo podrían ser ejercitados por su titular, incluso durante la minoría de edad, siempre que se demostrara la posesión de capacidad natural para tal actuación.

recogido en el art. 3º consagra formalmente que por el simple hecho de ser persona *se es capaz de gozar de los Derechos Civiles*, salvo excepciones taxativamente expresadas en la ley⁷⁴, ¿a qué hará referencia la expresión “capaz de gozar” en este contexto: a la capacidad de goce o al goce de derechos como disfrute efectivo de un derecho del que se tiene titularidad actual?

De la anterior delimitación conceptual tenemos que la capacidad de goce comporta una aptitud genérica para ser titular de derechos o deberes; en cambio, el goce de derechos supone la aptitud para disfrutar efectivamente de un derecho del que se es titular, en tanto y en cuanto este disfrute es un atributo de la propia titularidad jurídica. ¿Cómo entender, entonces, la capacidad de gozar expresada en la citada Exposición de Motivos? En un apartado precedente se ha propuesto una nueva interpretación del goce de Derechos Civiles observando el real contenido y alcance de la norma preceptuada en el art. 3º del Código Civil; trabajo hermenéutico-jurídico que no está orientado a modificar los clásicos conceptos de las capacidades de goce y de ejercicio, sino a la adecuada comprensión del goce de los Derechos Civiles para diferenciarlo, así, de la capacidad de goce.

Por eso, es conveniente que allí donde la capacidad para gozar pudiera generar ambigüedad en cuanto a su referencia al goce de derechos o a la capacidad de goce, lo más conveniente sería que, tratándose del segundo caso, esta capacidad fuera reemplazada por sus expresiones equivalentes de capacidad jurídica o capacidad de derecho, no haciéndose alusión a la capacidad para gozar en estricto. En lo concerniente al goce de derechos, podría sustituirse por la locución de disfrute efectivo de derechos.

VI. Restricciones al goce de los derechos vs. restricciones a la capacidad de goce

Este último acápite está dedicado al estudio de las restricciones que pueden recaer tanto sobre el goce de los derechos como sobre la capacidad de goce. En contraposición a la postura clásica de la doctrina nacional, para la cual no es jurídicamente posible imponer restricciones a la capacidad de goce⁷⁵, se ha de sostener que esta aptitud genérica o abstracta del sujeto de derecho sí podría admitirlas en circunstancias especiales que en líneas posteriores se detallan. De otra parte, debido a que no son ilimitados, los derechos respecto de los cuales se detenta titularidad bien podrían ser restringidos en situaciones particulares que lo justifiquen de modo objetivo.

⁷⁴ Conf. Revoredo De Debakey, D. (1985). *Código Civil. IV Exposición de Motivos...* Ob. cit., 59.

⁷⁵ Conf. Fernández Sessarego, C. (2002). *El derecho de las personas...* Ob. cit., 411.

Esto permite comprender que al restringirse el derecho o el ejercicio del derecho también, consecuentemente, se limitaría su goce o disfrute efectivo.

Sobre la posibilidad de restringir o no la personalidad del sujeto de derecho, esto es, a si es posible o no admitir una personalidad o capacidad jurídica limitada o restringida, Martínez de Aguirre señala que “la ley positiva puede regular la personalidad en su conjunto, atendiendo a las necesidades del tráfico jurídico, y, así, puede negar al nacido inviable derechos sucesorios, establecer plazos para el comienzo del disfrute de los derechos⁷⁶ [patrimoniales]”⁷⁷. Asimismo, agrega que esta potestad de regulación tiene dos límites claros: primero, la ley positiva no puede negar de raíz la personalidad a un ser humano (ya sea, de principio, no reconociéndole su personalidad o bien privándole de ella, por ejemplo, en caso de muerte civil); y, segundo, la limitación de la personalidad no puede extenderse a los Derechos Naturales o inherentes al ser del hombre, según la regla romana contenida en las Instituciones: *naturalia iura civilis ratio perimere non potest*, que se traduce como “la ley civil no puede destruir los Derechos Naturales”.

Estos límites a la potestad de la ley positiva sobre la personalidad jurídica del ser humano vendrían a ser ese contenido mínimo necesario que el ordenamiento positivo está en la obligación de respetar y salvaguardar. “Este contenido mínimo consistiría [...] en la titularidad actual de los Derechos Naturales primarios [...] y la potencialidad de titularidad de cualesquiera otros derechos y obligaciones”⁷⁸. Con relación a la personalidad o capacidad jurídica, lo que justifica que se puedan establecer positivamente ciertas restricciones es que aquella no comporta igual atribución actual o real de derechos a las personas, sino igual atribución potencial o posible. No obstante, la igualdad sí será real y actual con relación a los derechos inherentes a la dignidad de la persona, respecto de los cuales no se puede ni debe fijar limitación alguna⁷⁹.

76 En el Derecho Civil peruano se presenta un caso de capacidad jurídica limitada en la regulación de la atribución de derechos patrimoniales al concebido, por cuanto esta está condicionada a su nacimiento con vida. El desarrollo doctrinal de este supuesto concreto de restricción a la capacidad jurídica ha sido abordado por Santillán Santa Cruz, R. (2014). *La situación jurídica del concebido...* Ob. cit., 111-120.

77 Martínez de Aguirre Aldaz, C. (2000). “Comentarios a los artículos 29 al 34 del Código Civil español”. Ob. cit., 252.

78 *Ibidem*.

79 Según señala Hualde Sánchez: “[...] la igualdad, en cuanto a contenidos, únicamente es *real* en relación a los derechos inherentes a la dignidad de la persona, los derechos de la personalidad, de los que toda persona deviene titular por el mero hecho de la adquisición de la capacidad jurídica. Para los demás derechos, la igualdad de capacidad jurídica de todas las personas es meramente formal, pues significa, únicamente, *aptitud genérica o virtualidad potencial* para ser su titular” [Hualde Sánchez, J. (1995). “La personalidad”. En Puig I Ferriol, Ll. et al. *Manual de Derecho Civil I*. Madrid. Marcial Pons, 109].

En palabras textuales de Fernández Sessarego, para quien la capacidad de goce desde ningún sentido puede ser restringida o limitada:

“El término ‘personalidad’, dentro de este contexto, resulta jurídicamente inútil, pues el *ente* que es sujeto de derecho es el ser humano, la persona, y precisamente, por serlo, tiene ontológicamente capacidad de goce. No es posible concebir al ser humano, en cuanto ser ontológicamente libre, sin su inherente capacidad para proyectarse en el mundo, para convertir en actos o comportamientos sus más íntimas decisiones. La capacidad llamada de ‘gocé’ no es, así, ni una cualidad, como pretendía Ferrara, ni un atributo que el ordenamiento jurídico concede graciosamente a la persona. La llamada capacidad de goce, por el contrario y como está dicho, integra lo que estructuralmente es el ser humano en cuanto libre y coexistencial. Ella no puede limitarse mediante una disposición legal”⁸⁰.

Sobre el particular, cuando el profesor Martínez de Aguirre –en distinta posición a cierto extremo de lo sostenido por Fernández Sessarego– hace referencia a la posibilidad de que por vía legal se restrinja la capacidad jurídica o de goce, precisa también que esto solo puede darse para atender determinadas necesidades del tráfico jurídico, teniendo dicha potestad de la ley dos límites claros, según se han anotado con anterioridad: por un lado, que no niegue de raíz la personalidad a un ser humano, y por otro, que la limitación de la personalidad no puede ni debe extenderse a los derechos inherentes al ser del hombre, porque como dice Fernández, lo que al hombre le viene dado por su estatuto ontológico –esto es, sus derechos personales fundamentales– no puede serle limitado ni despojado por una disposición legal.

A diferencia de la capacidad jurídica –que admitiría restricciones siempre que no se afecte el contenido mínimo necesario al que antes se hizo referencia–, se puede carecer totalmente de capacidad de ejercicio y esta tampoco es una e igual para todas las personas, sino que variará en función de la aptitud de cada persona para gobernarse a sí misma. La justificación para la restricción, relativa o absoluta, de la capacidad de ejercicio puede venir respaldada por razones de agilidad y seguridad del tráfico jurídico, por cuanto se necesita certeza respecto de cuál es la esfera jurídica de actuación eficaz de los particulares. Por esto, apunta Hualde Sánchez, “se hace preciso establecer unos datos formales y objetivos que presupongan la capacidad

80 Fernández Sessarego, C. (2003). “Persona, personalidad, capacidad, sujeto de derecho...” Ob. cit., 22-23.

natural de cada persona y, por tanto, permitan conocer, con carácter previo, cuál es su ámbito de actuación jurídicamente eficaz⁸¹.

Actualmente, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, estos datos que miden la capacidad de obrar de las personas son la edad –en función de la cual se valora la madurez de las personas, pero que no es una regla absoluta– y la naturaleza y/o trascendencia de los actos. En correspondencia con esto, dicen Díez-Picazo & Gullón que “[l]as únicas limitaciones de la capacidad de obrar que hoy reconoce el Derecho son la menor edad y la falta de aptitud de la persona para gobernarse a sí misma, que darán lugar a los estados civiles de la menor edad e incapacitación, respectivamente”⁸².

Sea que se trate de una incapacitación de ejercicio –o de una capacidad de obrar limitada, donde existen determinadas situaciones para las cuales no se tiene capacidad de ejercicio–, ello siempre supondrá que si el sujeto no tiene por sí mismo la aptitud natural o jurídica para gobernar todos o algunos de los derechos y deberes de los que es titular, podrá ejercitarlos a través de su representante legal⁸³. Así visto, a modo de ejemplo, un recién nacido puede ser titular de un bien inmueble, pero serán sus padres (sus representantes legales en virtud del ejercicio de la patria potestad) quienes posibilitarán en favor del representado el goce de sus derechos sobre ese bien y el disfrute del bien en sí mismo, además de ejercer –en nombre del representado: su menor hijo– los derechos y deberes de este último, que para el caso consistirían, entre otros aspectos, en la defensa de su derecho de propiedad frente a terceros, el pago del impuesto predial y otros tributos relacionados al patrimonio.

Esto significa, en líneas generales, que con o sin capacidad de ejercicio, el titular de un derecho puede gozar o disfrutar del mismo. En caso de tener capacidad de ejercicio, el titular del derecho ejercitará por sí mismo su disfrute. En el supuesto de no tener capacidad de ejercicio de los derechos, es el representante legal el que haría posible dicho goce o disfrute por parte de su titular. No obstante, existen ordenamientos donde el carácter personalísimo de determinados derechos no justificaría la representación legal para actos vinculados a esos derechos, por lo que solo el titular del derecho, aun antes de adquirir la mayoría de edad, podría ejercitarlos⁸⁴.

81 Hualde Sánchez, J. (1995). “La personalidad”. Ob. cit., 110.

82 Díez-Picazo, L. & Gullón, A. (1995). *Instituciones de Derecho Civil*. Ob. cit., 126.

83 Como sostienen Díez-Picazo & Gullón: “La falta de una plena capacidad de obrar no significa que el ordenamiento jurídico se desatienda de la protección de los intereses y derechos del que sufre. Establece, por el contrario, normas apropiadas a estos fines, instituyendo la representación legal del incapacitado [por ej., el titular de la patria potestad es el que representa al menor de edad [...]]” [Díez-Picazo, L. & Gullón, A. (1995). *Instituciones de Derecho Civil*. Ob. cit., 126].

84 Véase la nueva versión del art. 162.1 del Código Civil español, contenido en el Capí-

De otro lado, la doctrina española resalta que existen ciertas “incumbencias personalísimas” en las que no es posible –ni siquiera– la actuación mediante representante, pues el sujeto representado –por las circunstancias concretas que presenta–, al no reunir las condiciones requeridas, se ve excluido como titular actual de ciertas relaciones jurídicas, por ejemplo, de la laboral (como trabajador), de la matrimonial (como cónyuge), de la de adopción (como adoptante), hasta que adquiera la edad legal o supere la situación que le genera la incapacidad, pues se trata de situaciones que no quedan ya en el ámbito de actuación mediante representante⁸⁵. Las incumbencias personalísimas serían, así, una suerte de restricciones al goce de los derechos, mas no un supuesto de restricciones a la capacidad de goce, como ha pretendido considerar aquella parte de la academia española que “conceptúa estas situaciones como de restricción o limitación de la capacidad jurídica, en cuanto que el sujeto no sólo no puede crear por sí la relación, sino que no tiene medio –por ahora– de entrar en ella”⁸⁶.

Debe aclararse que la incapacidad de ejercicio del sujeto de derecho no impide que este pueda gozar de los derechos sobre los que tiene titularidad en la medida en que es su representante el que posibilitará este disfrute; claro está que el alcance de la actuación del representante legal dependerá de la regulación que sobre la materia haga cada ordenamiento. La incapacidad de ejercicio tampoco hace inepto al sujeto para ser titular de derechos y deberes⁸⁷, conservándose, así, su capacidad jurídica o de goce para adquirir derechos y deberes. De ahí la necesidad de distinguir adecuadamente los efectos de una incapacidad de ejercicio y el real alcance de la esfera de actuación autorizada para el representante de un incapaz de ejercicio, donde cobra especial importancia el tema de las incumbencias personalísimas. Estas incumbencias tienen tal carácter personal que quedan excluidas para el propio titular del derecho que padece la incapacidad de ejercicio y, por tanto, no podrá siquiera actuar, en este concreto ámbito, mediante su representante. Un claro ejemplo sería el de la persona que sufre discapacidad psíquica y no puede ejercitar su derecho a casarse o a trabajar, por tratarse de situaciones que, al ser estrictamente personalísimas, no pueden quedar satisfechas por el representante.

tulo referido a la “Representación legal de los hijos”, donde se regula que los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados, salvo para los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo.

85 Conf. Lacruz Berdejo, J. et al. (2004). *Elementos de Derecho Civil I. Parte general*. Vol. I: Personas. 4ª ed. Madrid. Dykinson, 11.

86 *Ibidem*.

87 Conf. *ibidem*.

Esta tendencia a la confusión entre las restricciones a la capacidad de goce y las restricciones al goce y ejercicio de los derechos (en estos últimos casos, entiéndase que el sujeto es ya titular del derecho) no es de ayer ni de hoy, sino de siempre. Un ejemplo que ha sido comúnmente discutido por los académicos en la doctrina civil peruana, como caso de limitación a la capacidad jurídica, es el de la norma regulada por el art. 71 de la Constitución⁸⁸. Esta norma constitucional prohíbe al extranjero adquirir propiedades, directa o indirectamente, dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera. Para Fernández Sessarego, esta limitación no compromete la capacidad de goce del extranjero sino que solo restringe su capacidad de ejercicio en un tiempo y lugar concretos, por cuanto bien conserva la potencialidad de ser propietario y podrá ejercer su capacidad de goce cuando se derogue el citado artículo⁸⁹.

La disposición contenida en el art. 71 de la Constitución peruana vigente regularía más bien un supuesto de incapacidad de goce por cuanto está limitando –en sentido prohibitorio– la capacidad de los extranjeros para adquirir propiedades dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera, sí pudiendo hacerlo fuera del área restringida para la adquisición de propiedades. Sería absurdo sostener que lo que se está limitando es su capacidad de ejercicio, pues esto supondría que el extranjero ya es titular de una propiedad dentro de esos cincuenta kilómetros de frontera, pero que –por estar incurso en algún caso de incapacidad de ejercicio absoluta o relativa– no puede ejercitar directamente su derecho de propiedad ya adquirido. El fundamento para dicha prohibición a los extranjeros solo lo encontramos en una disposición de carácter constitucional que regula una incapacidad de goce; no siendo materia de la presente investigación discutir si tal limitación respeta o no los límites a la norma positiva para la restricción de la personalidad, que son tratados por el profesor Martínez de Aguirre⁹⁰.

Otro ejemplo de restricción a la capacidad de goce lo encontramos en el art. 1º del Código Civil de 1984, donde se prescribe que la atribución de derechos patrimoniales al concebido está condicionada a que nazca vivo. La condición legal establecida –según ha interpretado la doctrina mayoritaria– es una de tipo suspensivo, lo que supone que el aún no nacido no tiene la capacidad para ser titular de derechos patrimoniales sino hasta que se produzca su nacimiento con vida, por cuanto –ante la posibilidad de que el nacimiento con vida de aquel no se produzca, pues de esta última circunstancia depende el destino final de las situaciones jurídicas– esta condición es el mecanismo

88 Conf. Torres Vásquez, A. (2002). *Código Civil. Comentarios...* Ob. cit., 55.

89 Conf. Fernández Sessarego, C. (2002). *El derecho de las personas...* Ob. cit., 395-397.

90 Conf. Martínez de Aguirre Aldaz, C. (2000). “Comentarios a los artículos 29 al 34 del Código Civil español”. Ob. cit., 252.

legal adecuado para proteger los intereses del concebido como de aquellos otros sujetos con igual expectativa sobre los derechos del acto o negocio cuyos efectos se encuentran suspendidos. Es preciso señalar que una condición suspensiva no mermaría la condición jurídica del concebido como sujeto de derecho, ya que con ella no queda en suspenso su subjetividad jurídica ni la titularidad del mismo sobre sus derechos fundamentales, sino únicamente la eficacia de los derechos patrimoniales que podría adquirir.

La restricción al goce de los derechos, por otra parte, encuentra sustento en que los derechos no son ilimitados, incluyendo los fundamentales. Como se dijo, los derechos pueden ser restringidos por distintas vías, ya sea mediante mandato de la Constitución, por norma legal o por resolución judicial, dentro de los límites establecidos por cada ordenamiento para la restricción de derechos.

De modo ejemplificativo, un caso de restricción al goce de los derechos lo encontramos en lo atinente al ejercicio del derecho a la libertad de tránsito. El derecho a la libertad de tránsito “comporta el ejercicio del atributo de *ius movendi et ambulandi*. Es decir, supone la posibilidad de desplazarse autodeterminativamente en función de las propias necesidades y aspiraciones personales, a lo largo y ancho del territorio, así como la de ingresar o salir de él, cuando así se desee. Se presenta como el derecho que tiene toda persona para ingresar, permanecer, circular y salir libremente del territorio nacional”⁹¹, pero este derecho también es pasible de restricciones en su ejercicio.

El art. 2º, inciso 11, de la Constitución peruana establece los límites al ejercicio del derecho de libertad de tránsito, que pueden ser de dos tipos: por un lado, la restricción o suspensión en caso de decretarse estado de emergencia o estado de sitio⁹², y por otro, las limitaciones pueden ser estableci-

91 STC Expte. N° 6976-2006-PHC/TC, del 11 de diciembre del 2006 [ubicado el 16-11-2008]. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/06976-2006-HC.html>, 2.

92 El art. 137 de la Constitución peruana regula los Estados de excepción, con el siguiente tenor: “El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en este artículo se contemplan: 1. Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9º, 11 y 12 del artículo 2º y en el inciso 24, apartado f, del mismo artículo. En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie. El plazo del estado de emergencia no excede de sesenta días. Su prórroga requiere nuevo decreto. En estado de emergencia las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el Presidente de la República. 2. Estado de sitio, en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan, con mención de los derechos fundamen-

das por tres razones: de sanidad, es decir, cuando se afecta o pone en peligro la seguridad del país en materia de salud; por mandato judicial, cuando el juez ordena que se prohíba a una persona el ejercicio de alguno de estos derechos, de tránsito o residencia; y, por aplicación de la ley de extranjería, en aquella situación en la que una persona pretende salir del país sin el cumplimiento de las normas de la materia, ha ingresado o permanece en el territorio sin cumplir las disposiciones vigentes en materia de inmigración⁹³.

VII. Notas conclusivas

Sobre la base de argumentos jurídicos y normativos, y principalmente de la lectura de la Exposición de Motivos del Código Civil de 1984, se advierte que en la redacción del art. 3° con el nombre de Derechos Civiles quiso denominarse a los derechos de la personalidad o derechos de la persona y no a aquellos derechos únicamente contenidos en el Código Civil. Son los derechos más elementales de la persona, aquellos que lleva innatos a su ser, entre ellos, el derecho a la vida, a la salud, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la imagen, al nombre. Es con relación a estos derechos que, en el comentado precepto legal, se declara que toda persona tiene un goce y este goce, además, podría admitir restricciones establecidas en la ley.

En la dicción literal del art. 3°: “Toda persona tiene el goce de los Derechos Civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley”. Sobre estos derechos, el artículo no predica una capacidad de goce –entendida como la aptitud genérica y abstracta para ser titular de un derecho o de un deber–, sino el goce que le corresponde a la persona por ser titular de los mismos. No quiere decirse con esto que no sea cierto que la persona tiene la plena capacidad de goce de los Derechos Civiles, pues en efecto la tiene; lo no correcto es afirmar que, en los términos en que se encuentra redactado el art. 3°, el legislador civil quiso regular la capacidad de goce.

La norma objeto de interpretación no señala que los Derechos Civiles sean aquellos de los que la persona “puede gozar” como advirtiendo una potencial titularidad de los mismos. No señala, aunque lo presuponga, un deber-ser, sino la existencia de una facultad de goce actual o real. Lo que literalmente dice es que “toda persona tiene el goce de los Derechos Civiles” y esto, a todas luces, quiere significar que “toda persona detenta la facultad

tales cuyo ejercicio no se restringe o suspende. El plazo correspondiente no excede de cuarenta y cinco días. Al decretarse el estado de sitio, el Congreso se reúne de pleno derecho. La prórroga requiere aprobación del Congreso”.

93 Conf. Bernaldes Ballesteros, E. (1999). *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. 5ª ed. Lima. RAO, 144.

de gozar o disfrutar efectivamente de los Derechos Civiles”. Sin embargo, pese a la literalidad de la disposición, gran parte del sector académico nacional sigue reiterando, de modo incansable –posiblemente direccionado por un rótulo legal no vinculante, que equívocamente el precepto recibió en la estructura de su cuerpo normativo, y por la confusa justificación expresada en la Exposición de Motivos del articulado del Código Civil de 1984–, que lo que allí se regula es la capacidad de goce del sujeto de derecho, discutiendo incluso si esta capacidad podría o no admitir restricciones. La jurisprudencia no se plantea la cuestión y sostiene que dicha norma regula la capacidad de ejercicio, que sí admitiría restricciones.

No existe una identificación conceptual entre la “capacidad de goce” y el “goce de derechos”, pero sí existe entre ambas categorías legales una inescindible vinculación. El goce de los Derechos Civiles, reconocido en el art. 3º, presupone la capacidad de goce que posibilita la titularidad de estos Derechos Civiles. Aun cuando la persona sea titular de sus Derechos Civiles no desaparece respecto de estos su capacidad jurídica o de goce. La capacidad de goce siempre estará presente porque es lo que, precisamente, da lugar a que la persona sea titular de los Derechos Civiles de los que tiene el goce –como dice el art. 3º–, así como que pueda ser titular de todos aquellos derechos de los que aún no lo es pero está en la posibilidad de serlo.

Es correcto afirmar que toda persona tiene no solo el goce de sus Derechos Civiles sino, además y primariamente, la capacidad de goce de estos derechos. Precisamente, con el fundamento del art. 3º del Código Civil, el art. 4º del mismo texto normativo regula: “El varón y la mujer tienen igual capacidad de goce y de ejercicio de los Derechos Civiles”, con la intención de desterrar, así, de la historia jurídico-civil peruana anteriores desigualdades en cuanto al tratamiento de los Derechos Civiles y de las capacidades que varón y mujer, en tanto personas, poseen frente al Derecho. No obstante, aun cuando la capacidad de goce de los Derechos Civiles aparece expresamente regulada en el art. 4º y no en el art. 3º, la tradicional doctrina civil peruana continúa sosteniendo que el goce de este último precepto debe ser interpretado como capacidad de goce.

Para evitar estas confusiones conceptuales, como premisa general debe tenerse en cuenta que la titularidad de la persona sobre sus derechos fundamentales –denominados Derechos Civiles en el art. 3º comentado– no excluye en el sujeto de derecho su capacidad o potencialidad para ser titular de derechos y deberes. De lo que se trata es de comprender que, más que una relación, hay una compatible coexistencia entre la titularidad de los derechos fundamentales y la capacidad de goce porque ambas radican en la condición de persona que posee el sujeto de derecho. En ambos casos el fundamento es la condición de persona. Por esa razón, el ser humano es titular de unos derechos fundamentales atribuidos a este por su propia naturaleza

de hombre y, al mismo tiempo, tiene esa capacidad de goce para mantener vigente su titularidad sobre los derechos fundamentales y poder adquirir otros derechos.

Es de precisarse, además, que aunque en el comentado art. 3° el goce se encuentre directamente expresado con relación a lo que el Código Civil denomina los Derechos Civiles de la persona, las categorías legales de capacidad de goce y de goce de derechos tendrán el mismo significado y operatividad respecto de cualesquiera derechos y no solo de los denominados civiles; esto quiere decir que todo sujeto titular de un derecho tiene intrínsecamente aunadas a esa titularidad la facultad de gozar de su derecho (nos referimos al disfrute efectivo) y la capacidad de goce que posibilita que pueda ser titular de ese derecho y de otros.

En cuanto al concepto de persona empleado en el art. 3° es necesario aclarar que este no debe ser entendido en sentido técnico-jurídico restringido, como uno que alude al ser humano nacido, esto es, a la persona natural. Debe ser concebido en su connotación ontológica más general, como referido a todo ser humano desde la concepción. El Código Civil peruano vigente declara que el ser humano existe desde la concepción. Desde la concepción, por tanto, todos los seres humanos son personas y toda persona tiene el goce de sus Derechos Civiles, así como la capacidad de goce de estos y cualesquiera otros derechos.

La capacidad de ejercicio, a la que también se refiere el citado art. 4°, recibe en doctrina la denominación de capacidad de obrar o de hecho y aparece cuando se adquiere la titularidad de un derecho o de un deber. Se define como la aptitud concreta del sujeto para ejercitar los derechos y obligaciones de los que es titular, realizar ciertos actos y ser por ellos directamente responsable. Esta capacidad presupone la existencia de la capacidad jurídica y de una concreta titularidad de derechos u obligaciones, pero no puede hacerse efectiva con la sola capacidad jurídica ni con la mera titularidad. Para que pueda operativizarse la capacidad de ejercicio existen una serie de presupuestos: la capacidad de conocer y querer, la titularidad de la persona sobre un determinado derecho y/o deber, su mayor edad legalmente establecida y su falta de incapacidades de ejercicio; estas últimas según lo prevea cada ordenamiento. De ejercitarse o no esta capacidad de obrar, eso en nada afectará la existencia de la abstracta y genérica capacidad jurídica de poder adquirir derechos.

En línea general, con o sin capacidad de ejercicio, el titular puede gozar o disfrutar de su derecho. En caso de tener capacidad de ejercicio, el titular del derecho ejercitará por sí mismo ese goce. En el supuesto de no tener capacidad de ejercicio, es el representante legal el que hará posible dicho goce o disfrute por parte de su titular; aunque existen ordenamientos, como el español, donde la actuación del representante legal está limitada para el

ejercicio de determinados derechos de la personalidad de su representado (el hijo menor de edad no emancipado), quien podrá ejercitarlos por sí mismo aun durante su minoría de edad. La incapacidad de ejercicio tampoco hace inepto al sujeto para ser titular de derechos y deberes, conservándose, así, su capacidad de goce para adquirirlos. De ahí la necesidad de distinguir adecuadamente los efectos de una incapacidad de ejercicio y el real alcance de la esfera de actuación autorizada para el representante de un incapaz de ejercicio, donde cobra especial importancia el tema de las incumbencias personalísimas.

Tanto la capacidad de goce como el goce mismo de los derechos admiten restricciones o limitaciones legales. En cuanto a la capacidad de goce, siguiendo a Martínez de Aguirre, como ya dijimos, la potestad de regulación de restricciones tiene dos límites claros: (i) la ley positiva no puede negar de raíz la personalidad a un ser humano; y (ii) la limitación de la personalidad no puede extenderse a los Derechos Naturales o inherentes al ser del hombre, según la regla romana contenida en las Instituciones: *naturalia iura civilis ratio perimere non potest*, que se traduce como “la ley civil no puede destruir los Derechos Naturales”. Las restricciones a esta capacidad deben encontrarse sujetas a determinados límites, con una causa objetiva que las justifique y con regulación legal que las contemple.

Con relación al goce de los derechos, la restricción es jurídicamente posible y encuentra sustento en que los derechos no son ilimitados, incluyendo los fundamentales. Cuando se habla de restricciones al goce se parte del presupuesto de una titularidad respecto a ese derecho cuyo disfrute será restringido. Estos derechos respecto de los cuales se detenta titularidad pueden ser limitados en situaciones particulares que lo justifiquen de modo objetivo, lo que permite comprender que al restringirse el derecho, consecuentemente, se limitará el goce o disfrute efectivo que pudiera ejercerse sobre él. Este goce admite restricciones por distintas vías, ya sea mediante mandato de la Constitución, por norma legal o por resolución judicial, dentro de los límites establecidos por cada ordenamiento para la restricción de derechos.

La interpretación del art. 3º del Código Civil que se propone sobre la base de los argumentos expuestos a lo largo del presente trabajo, dista tangencialmente de los tradicionales estudios exegéticos que se han desarrollado con relación a las disposiciones en él contenidas. Este artículo, en los términos en que se encuentra regulado y a decir de nuestra propuesta, no contiene la capacidad de goce de los Derechos Civiles, pero no por eso quiere decirse que la persona no tenga respecto de estos derechos dicha capacidad. La adecuada comprensión de este artículo nos lleva a afirmar que la “capacidad de goce” y el “goce de derechos” son dos categorías legales conceptualmente distintas y lo es también su repercusión práctica. La capacidad de

goce es la aptitud genérica o *in abstracto* para ser titular de un derecho o de un deber y el goce de derechos sería la facultad del titular del derecho para disfrutar efectivamente de estos.

Aun cuando no existe identidad semántica entre ambas categorías legales, una aparecerá siempre como presupuesto de la otra: la declaración del goce que toda persona tiene de sus Derechos Civiles supone un reconocimiento implícito de la capacidad de goce (cuya regulación expresa se encuentra en el art. 4º), pues el goce, como atributo derivado de la titularidad, y aún la existencia de esta última, solo es posible si se mantiene subsistente esa capacidad de goce, caracterizada por ser general, abstracta y el fundamento que posibilita que la persona pueda ser titular de los Derechos Civiles y de cualesquiera otros derechos y deberes de los que aún no puede hablarse de una titularidad.

En la parte final del art. 3º se dispone que el goce de los Derechos Civiles puede admitir restricciones expresamente establecidas por ley. El goce de estos derechos, en los términos en que ha sido conceptualizado, admitiría restricciones con el razonamiento de que no existen derechos ilimitados, incluyendo los fundamentales. Por eso, todo derecho sería pasible de delimitación legal a través de la imposición de requisitos o presupuestos para su uso y disfrute, de acuerdo a las valoraciones que haga cada ordenamiento, pero siempre en el marco de unos límites determinados.

PARTE III

NOTAS Y COMENTARIOS

NUEVOS HORIZONTES DE LA DISCRIMINACIÓN GENÉTICA EN LOS ESTADOS UNIDOS A PARTIR DEL CASO “CHADAM V. PALO ALTO UNIFIED SCHOOL DISTRICT”

New horizons of the genetic discrimination in the United States from the case “Chadam v. Palo Alto Unified School District”

Leonardo Geri¹

Recibido: 9 de agosto de 2017
Aprobado: 22 de agosto de 2017

Resumen: El presente comentario refiere a un caso judicial que se originó en California (Estados Unidos de América): “Chadam v. Palo Alto Unified School District”. Se trata de una batalla legal iniciada por los progenitores de un niño contra un distrito escolar a los fines de lograr la reparación de los daños derivados de una presunta discriminación genética sufrida por su hijo. La novedad jurídica del caso radica en que la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Noveno Circuito admitió que las demandas civiles por potenciales casos de discriminación genética puedan fundamentarse en el estatuto normativo federal que protege a las personas con discapacidad, integrado por la Americans with Disabilities Act y la Federal Rehabilitation Act. A la fecha, el camino procesal no ha concluido y aun debe resolverse el fondo del asunto.

Palabras clave: Discriminación genética - Responsabilidad civil - Derecho Comparado – Jurisprudencia.

Abstract: The present commentary refers to a judicial case that was origi-

1 Abogado (UCA). Cursando los estudios de Máster en Estudios Jurídicos Avanzados (Universidad de Barcelona). El presente trabajo es realizado en el marco del proyecto de investigación “Aspectos éticos y jurídicos de la obtención, el tratamiento, el almacenamiento y la utilización de muestras biológicas y datos genéticos en el ámbito asistencial y de investigación biomédica” (Facultad de Derecho - UCA). Correo electrónico: leonardogeri@outlook.com.

nated in California (United States of America): “Chadam v. Palo Alto Unified School District”. It is a legal battle that was initiated by the parents of a child against a school district in order to achieve the compensation of damages arising from a supposed genetic discrimination suffered by their son. The legal novelty of the case is that the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit admitted that the civil lawsuits for potential cases of genetic discrimination may be based on the federal normative statute (Americans with Disabilities Act and Federal Rehabilitation Act) that protects to disabled persons.

Currently, the civil procedure has not finalized and the merits of the case has not been resolved yet.

Keywords: Genetic Discrimination - Tort Liability - Comparative Law - Case Law.

Para citar este texto:

Geri, L. (2017). “Nuevos horizontes de la discriminación genética en los Estados Unidos a partir del caso ‘Chadam v. Palo Alto Unified School District’”, *Prudenti Iuris*, N° 84, pp. 265-275.

I. Introducción

El presente comentario refiere a un caso judicial que se originó en el estado de California (Estados Unidos de América) en septiembre de 2013, y que en los últimos tiempos captó la atención de la comunidad científica y de la opinión pública en general: “Chadam v. Palo Alto Unified School District”².

A tal fin, comenzaremos dando cuenta de los hechos que desencadenaron la controversia. Continuaremos con una síntesis del camino procesal recorrido, para reseñar seguidamente los argumentos jurídicos invocados por las partes. Luego, mencionaremos lo resuelto en primera y en segunda instancia. Posteriormente, dedicaremos algunas líneas a las reflexiones jurídicas que surgen a partir del caso. Finalizaremos con una idea conclusiva.

II. Hechos

Colman Chadam nació en el año 2000. Fue en ese momento cuando los médicos detectaron un problema cardíaco congénito que motivó la rea-

2 “Chadam *et. al.* v. Palo Alto Unified School District”, No. C13-4129 CW.

lización de múltiples estudios médicos. Entre ellos, se practicó un estudio genético que detectó una variable genética asociada a la fibrosis quística.

Dejamos constancia de que no está claro cuál fue el diagnóstico genético concreto del niño (dadas las múltiples mutaciones que pueden afectar al gen CFTR, responsable de la fibrosis quística). Ahora bien, lo que está fuera de discusión es que el niño no desarrolló la enfermedad.

El 22 de julio de 2012, James y Jennifer Chadam inscribieron a su hijo en la Jordan Middle School (una escuela estatal de Palo Alto, California)³, y ese día informaron a las autoridades escolares el dato genético en cuestión⁴. El 11 de septiembre del mismo año, un docente de la institución reveló el dato a los padres de otros dos alumnos que padecían activamente fibrosis quística. Como es sabido, no es apropiado el contacto entre varias personas con tal enfermedad, dado que esto puede provocar infecciones cruzadas –v. gr., infecciones pulmonares por el contagio de gérmenes. Luego, los Chadam fueron citados a una reunión con las autoridades escolares, y allí insistieron en que su hijo no tenía fibrosis quística, sino sólo una variable genética relacionada. Sin embargo, días más tarde la escuela recibió una recomendación médica que motivó la decisión de las autoridades de trasladar al niño a la Terman Middle School, que es otra de las escuelas primarias que integran el distrito escolar demandado⁵.

Ante esto, los padres solicitaron inmediatamente una orden judicial –*injunction*⁶– para evitar el traslado, aunque la misma no fue concedida favorablemente⁷. Sin embargo, luego de que el niño estuviese once días sin

3 Conf. Hanson, A. (febrero de 2016). “Genetic Discrimination: A New Frontier”. *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*. Recuperado de <http://harvardcrcl.org/genetic-discrimination-a-new-frontier/> (última visita el 24-7-2017).

4 Según el art. 2º de la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, “dato genético humano” significa “información sobre las características hereditarias de las personas, obtenida por análisis de ácidos nucleicos u otros análisis científicos”.

5 En los Estados Unidos no hay un sistema educativo a nivel federal, sino que existen más de 14.000 distritos escolares –*school districts*– que llevan adelante la administración de las escuelas públicas de un área geográfica determinada. Es por eso que la demanda se promovió contra el Distrito Escolar de Palo Alto (California), que gestiona las dos escuelas públicas implicadas en el caso: la Jordan Middle School, en la que originariamente fue inscripto el niño, y la Terman Middle School, a la que se pretendía trasladarlo.

6 Gifis, S. H. (1993). *Dictionary of Legal Terms: A Simplified Guide to the Language of Law*. 2nd ed. New York. Barron’s Educational Series, 227: “The injunction is a preventive measure to guard against future injuries”. Traducido al español: “La *injunction* es una medida preventiva para evitar futuros perjuicios”. Puede ser asimilada a lo que en nuestro sistema legal conocemos como “medida cautelar”.

7 Conf. Wagner, J. K. (noviembre de 2016). “Genetic Discrimination Case Against School District is Appealed to Ninth Circuit”. *Genomics Law Report*. Recuperado de <http://www.genomicslawreport.com/index.php/2016/02/02/genetic-discrimination-case-against-school-district-is-appealed-to-ninth-circuit/> (última visita el 1-8-2017).

ir a clases, la familia logró un acuerdo con las autoridades escolares y finalmente no fue removido de la institución⁸.

III. Camino procesal recorrido

Pese a que el niño permaneció en la escuela originaria, el 6 septiembre de 2013 James y Jennifer Chadam promovieron una demanda civil contra el distrito escolar a los fines de lograr la reparación de los daños derivados de la presunta discriminación genética sufrida por su hijo.

Frente a ello, la parte demandada interpuso una *motion to dismiss*. Se trata de “una suerte de defensa preliminar que solicita el rechazo de un reclamo sobre la base de que, aun si fuesen verdad los hechos invocados, no habría ningún remedio legal para otorgar o derecho que reconocer”⁹. Desde el punto de vista procesal implica que, si el Tribunal hace lugar a la *motion* porque considera que la parte actora no acreditó una verosimilitud sólida en el derecho, desechará la demanda sin siquiera analizar el fondo del asunto y pondrá punto final al juicio sin haberlo comenzado. Los supuestos de procedencia de este instituto se encuentran previstos en la regla 12.b. de la *Federal Rule of Civil Procedure*, y encuentran fundamento en la regla 8.a. del mismo estatuto, que fija los requisitos mínimos de una demanda civil.

El 29 de enero de 2014, el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Norte de California admitió la *motion to dismiss* y desestimó la demanda, lo que motivó la apelación por parte de los Chadam.

Luego de que los Chadam recurrieran el fallo, los Departamentos de Justicia y de Educación de los Estados Unidos presentaron en forma conjunta un *amicus curiae* en su apoyo, en el que recomendaron la revisión de la sentencia¹⁰.

El 15 de noviembre de 2016, la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Noveno Circuito revocó parcialmente lo resuelto en primera instancia, hizo lugar a algunos de los planteos de los Chadam y reenvió el caso nuevamente al Tribunal de Distrito para que continuara el procedimiento.

8 Conf. Tucker, J. (2012, 6 de noviembre). “6-th Grader Back in School Despite Genes”. *SFGate*. Recuperado de <http://www.sfgate.com/bayarea/article/6th-grader-back-in-school-despite-genes-4010983.php> (última visita el 7-7-2017).

9 Serebrinsky, D. “El caso ‘Uber’ en los Estados Unidos: un fallo ejemplar sobre el derecho de los consumidores a la libertad de elección”. *LL* 2017-A-117.

10 Véase The United States Department of Justice (2016, 21 de enero). Brief for the United States as *Amicus Curiae* Supporting Plaintiffs-Apellants and Urging Reversal. Recuperado de <https://www.justice.gov/crt/case-document/chadam-v-palo-alto-unified-school-district-brief-amicus> (última visita el 8-8-2017).

De esta manera, y a la fecha en que escribimos el presente comentario, queda un largo camino procesal por recorrer. El juicio sigue en trámite en primera instancia, que concluirá con el dictado de la primera sentencia de fondo.

IV. Los argumentos jurídicos en juego

Como adelantamos en el apartado anterior, los progenitores del niño demandaron al distrito escolar con el objeto de obtener el resarcimiento de los daños derivados de la violación del derecho a la privacidad del niño y de la decisión de transferirlo a otra escuela, que provocó que estuviese sin asistir a clases durante un tiempo hasta arribar al acuerdo que finalmente le permitió continuar en la institución¹¹.

A los fines de fundamentar la configuración de la discriminación genética, la parte actora recurrió a las siguientes consideraciones de derecho:

- a) La violación del Título II de la Americans with Disabilities Act (en adelante, ADA)¹², que protege a las personas con discapacidad de todo tipo de discriminación en el marco de los servicios, programas y actividades que brindan los Estados locales y las entidades gubernamentales.
- b) La violación de la Sección 504 de la Federal Rehabilitation Act (en adelante, FRA)¹³, que protege a las personas con discapacidad de todo tipo de discriminación en el marco de los servicios, programas y actividades que brindan las instituciones que reciben apoyo financiero federal.
- c) La violación de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, que consagra el derecho a la privacidad. Aquí, la vulneración constitucional estaría dada por la revelación del dato genético por parte de un maestro de la escuela a los padres de los demás niños, atento a no existir consentimiento alguno que avalase tal conducta.
- d) La violación imprudente de una obligación de cuidado –*duty of care*–, dado que la escuela permitió que uno de los miembros de su claustro docente revelase datos personales del niño a los padres de otros alumnos.

11 Conf. Wagner, J. K. Ob. cit.

12 Véase el *Title II, Americans with Disabilities Act* de 1990, 42 U.S.C. § 12131, Pub. L. 101-336, 104 Stat. 337.

13 Véase la *Section 504, Federal Rehabilitation Act* de 1973, 29 U.S.C. § 701, Pub. L. 93-112, 87 Stat. 394.

En contraposición, la parte demandada fundamentó su solicitud de desestimación preliminar de la demanda en la inaplicabilidad de las normas invocadas y en la ausencia de basamento legal. Con respecto a la ADA, sostuvo que el niño Chadam no encuadraría dentro del concepto legal de discapacitado –*disabled*–, y que en ningún caso le fue negado el acceso a un programa público, sino que solo se pretendió el traslado del niño de una escuela a otra. El distrito escolar también adujo que su obrar respondió a la necesidad de tutelar un interés amplio, consistente en la protección de la salud de sus alumnos.

V. Sentencias de primera y segunda instancia

En fecha 29 de enero de 2014, el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Norte de California desestimó la demanda y descartó los cuatro argumentos legales esgrimidos.

Uno de los fundamentos principales refirió a la ADA. El Tribunal sostuvo que la familia Chadam no probó en forma suficiente que existiese una posible violación de dicha norma, lo que torna inadmisibles el planteo. Se sostuvo que la familia no logró acreditar que la medida tomada por las autoridades haya estado motivada por criterios discriminatorios. Por el contrario, el Tribunal entendió que la escuela actuó a los fines de evitar eventuales perjuicios derivados de posibles contagios cruzados entre los alumnos, independientemente de que esto tenga o no una base científica comprobable (es decir, sin entrar en consideración acerca de si es falsa o no la creencia de que pueda existir infección entre una persona que padece fibrosis quística y otra que sólo tiene propensión a desarrollarla). Del fallo se desprende la consideración de una suerte de buena fe de las autoridades escolares, que procedieron luego de recibir una recomendación médica concreta.

El 15 de noviembre de 2016, la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Noveno Circuito revocó parcialmente lo resuelto en primera instancia y lo reenvió nuevamente *a quo* para que continuara el juicio. El Tribunal hizo lugar a los planteos fundados en la ADA y en la FRA, aunque confirmó el rechazo de los reclamos con base en la Primera Enmienda constitucional y en el obrar negligente del distrito escolar.

Debemos reiterar que no se decidió sobre el fondo del asunto, sino que solamente se admitió que los hechos invocados por los Chadam eran suficientes a los términos de admitir una demanda por presunta vulneración de la ADA y de la FRA. Es por ello que el caso fue reenviado a primera instancia para continuar con el juicio y con el análisis del fondo.

Concretamente, en segunda instancia se sostuvo lo siguiente:

- a) Los Chadam alegaron adecuadamente la violación del Título II de la ADA dado que el niño: a. fue percibido como discapacitado; b. tiene el derecho a asistir a la escuela más cercana a su casa, según las políticas del mismo distrito escolar; c. fue excluido del beneficio de esa política escolar dado que fue deliberadamente removido de la escuela; d. fue excluido en razón de su discapacidad percibida.
- b) Los Chadam alegaron adecuadamente la violación a la Sección 504 de la FRA. Esto es una consecuencia del punto anterior, porque el distrito escolar recibe apoyo económico federal.
- c) A los fines de determinar que un individuo es una amenaza directa para la salud o la seguridad de otros, una entidad pública tiene que realizar una evaluación individualizada, a partir de un juicio razonable basado en el conocimiento médico actual o en la mejor evidencia objetiva disponible. En el caso, los Chadam probaron que el distrito escolar no cumplió con el parámetro mencionado, sino que solo se basó en la opinión de un médico que ni siquiera había tenido contacto con el niño.
- d) A los términos de la configuración de la discriminación, no es necesario que haya intención de causar un daño o una lesión, sino que basta con la exclusión de los beneficios de un programa público en razón de la discapacidad percibida del individuo¹⁴.

Ahora bien, la Corte de Apelaciones confirmó la desestimación del planteo fundado en la violación de la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana. En los Estados Unidos, la reparación de los daños derivados de vulneraciones de derechos constitucionales debe encauzarse a través de la acción civil regulada en la conocida Section 1983¹⁵. Para el Tribunal, dicha norma no resulta aplicable, dado que los distritos escolares de California están amparados por la Undécima Enmienda constitucional¹⁶, que

14 En nuestra doctrina nacional y en comentario al principio de la no discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es interesante lo que señala Villaverde, M. S. (2012). "Derecho Genético". En Ghersi, C. A. y Weingarten C. (dirs.). *Tratado de Derecho a la Salud* (375-514). Buenos Aires. La Ley, II, 479: "No se exige que se demuestre la intención discriminatoria. En tanto el efecto sea una distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos discriminatorios, se considera que se ha cometido una violación, con independencia de la intencionalidad".

15 Véase la *Section 1983 "Civil Action for Deprivation of Rights"*, 42 U.S.C. § 1983.

16 La Undécima Enmienda –*Eleventh Amendment*– reza: "The judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by citizens of another state, or by citizens or subjects of any foreign state". Una buena traducción es la realizada por Tawil, G. S. "La responsabilidad extracontractual del Estado y de sus funcionarios y la doctrina de la inmunidad soberana en el

otorga inmunidad a los Estados frente a las demandas de ciudadanos de otros Estados promovidas ante tribunales federales.

También rechazó el denominado *negligence claim*. Ello así porque para demandar con la California Tort Claims Act¹⁷ se requiere haber reclamado en forma previa ante la junta directiva de la institución pública en cuestión y que tal planteo haya sido rechazado, o bien demostrar razones que excusen tal requisito. En otras palabras, se exige el agotamiento de una vía previa, lo que al parecer no fue realizado por los Chadam.

Para sintetizar, la Corte de Apelaciones encuadró el caso como un posible supuesto de violación de la ADA y de la FRA.

VI. Algunas reflexiones

A partir de las enseñanzas de Salvador Bergel, estamos en condiciones de asignarle al caso de marras una doble ubicación teórica:

- a) La primera de ellas refiere a los cuatro grupos de temas que plantean mayores problemas al Derecho: 1. manipulación genética; 2. tratamiento y protección de la información genética; 3. discriminación fundada en razones genéticas; 4. apropiación del material genético, comprendiendo el régimen de acceso¹⁸. Claro está que el caso judicial en análisis forma parte del segundo y tercer tópico.
- b) La segunda se relaciona con la tutela de los datos genéticos, en la que se distinguen diferentes momentos de la protección: 1. en un primer momento, la protección se exige al tiempo de obtenerse la muestra biológica; 2. en un segundo momento, una vez obtenida la muestra, nacen los cuidados correspondientes a su conservación y a la protección de la intimidad del sujeto fuente; 3. por último, el tercer momento refiere a los derechos de protección en los cuales quedan sujetos los datos genéticos que se obtengan en razón del análisis practicado¹⁹. El caso Chadam involucra los derechos propios del tercer momento de protección de los datos genéticos, porque lo que está

Derecho norteamericano". LL 1988-C-651: "El Poder Judicial de los Estados Unidos no deberá ser interpretado como extendido a cualquier demanda que, basada en el derecho o la equidad, hubiera comenzado o proseguido contra uno de los Estados Unidos por ciudadanos de otro Estado, o por ciudadanos o sujetos de otro Estado Extranjero".

17 Véase la *California Tort Claims Act*, Cal. Govt. Code §§ 810-996.6.

18 Conf. Bergel, S. D. "Genoma Humano: cómo y qué legislar". LL 2002-A-1055.

19 Conf. Bergel, S. D. (noviembre de 2013). "Protección jurídica de los datos genéticos". *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, N° 10, 155-174.

en juego es la tutela de un dato genético concreto, cual es la variable genética asociada a la fibrosis quística.

Desde el punto de vista jurídico, la novedad del caso radica en que por primera vez un tribunal norteamericano reconoció que los supuestos de discriminación genética están amparados en el estatuto normativo federal que protege a las personas con discapacidad (ADA y FRA)²⁰. Si bien no contamos con una sentencia sustantiva que resuelva el caso, la Corte de Apelaciones admitió que las demandas por potenciales casos de discriminación genética puedan fundamentarse en dichas normas.

En el caso, no corresponde la aplicación de la Genetic Information Non-discrimination Act (GINA)²¹, dado que esta norma tiene por finalidad específica prevenir la discriminación fundada en la información genética en el ámbito del empleo y de los seguros. Sin embargo, llama la atención que los Chadam no recurrieron a la California Genetic Information Nondiscrimination Act (CalGINA)²², que comenzó a regir para todo el territorio estadual el 1º de enero de 2012 y que tiene un ámbito de aplicación mucho mayor a la ley federal.

En este sentido, advertimos que tradicionalmente la mayor atención legislativa y académica ha gravitado en torno a la discriminación genética en el ámbito del empleo y de los seguros²³. Sin embargo, la discriminación genética no reconoce límites en términos de sujeto activo²⁴. Sobre este punto, es valorable la mayor amplitud de la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos, que en su art. 14 establece que los datos genéticos humanos no deberían ser dados a conocer ni puestos a disposición de terceros, en particular de empleadores, compañías de seguros, establecimientos de enseñanza y familiares de la persona en cuestión. Ello nos avala a sostener que no hay obligación alguna de revelar los datos genéticos ni derecho a exigirlos, lo que se constituye como una medida preventiva de la discriminación.

20 Wagner, J. K. (enero de 2017). "Update on Chadam v. Palo Alto Unified School District". *Genomics Law Report*. Recuperado de <http://www.genomicslawreport.com/index.php/2017/01/24/update-on-chadam-v-palo-alto-unified-school-district/> (última visita el 25-7-2017).

21 Véase la *Genetic Information Nondiscrimination Act* de 2005, 42 U.S.C. § 2000ff, Pub. L. 110-233, 122 Stat. 881.

22 Véase la *California Genetic Information Nondiscrimination Act* de 2011, CA SB559.

23 Sobre la discusión clásica en torno a si se justifica o no un tratamiento diferenciado de la discriminación genética y los fundamentos contrapuestos que al respecto se han esbozado, véase el trabajo de Hellman, D. (2003). "What Makes Genetic Discrimination Exceptional?" *American Journal of Law and Medicine*, Nro. 29, 77-116.

24 En el mismo sentido, Ajunwa, I. (2014). "Genetic Testing Meets Big Data: Tort and Contract Law Issues". *Ohio State Law Journal*, Nro. 75:6, 1226-1262, 1235.

En otro orden de ideas y dada la singularidad de los datos genéticos²⁵, la discriminación en base a estos lejos está de agotarse en los actos lesivos contra el afectado directo, sino que siempre está latente la posibilidad de una multiplicación de perjuicios sobre sus parientes, provocando lo que la Declaración Internacional de Datos Genéticos Humanos denomina “estigmatización de la familia”. En efecto, “los estudios genéticos no afectan sólo al interesado directo que se ha sometido a un test o a un estudio de ese carácter, sino que se expanden a los que tienen con él una ligazón genética”²⁶. Actualmente, y dados los avances de las tecnologías de la información y la comunicación, dicha posibilidad se potencia notablemente. La trascendencia pública del caso generó que el nombre del niño Colman y el apellido de la familia Chadam fueran reproducidos por toda la prensa mundial y replicados miles de veces en las redes sociales. El “efecto dominó” sobre la familia actual y futura del niño no solo es una preocupación ineludible, sino que se presenta como un problema irresoluble.

El caso jurisprudencial que comentamos nos respalda para afirmar que la discriminación genética es un problema real, concreto y que va en aumento. Lo dicho no es una obviedad, y así lo advierten los autores:

“Se ha discutido si el riesgo de discriminación genética ha sido exagerado, con los críticos argumentando que es más una cuestión de percepción y miedo que un fenómeno real [...] A través de enfoques triangulados y estudios de validación, la discriminación genética es ahora un fenómeno ético, legal y psicosocial establecido e incontrovertible”²⁷ (la traducción es propia).

25 El art. 4º de la Declaración Internacional de Datos Genéticos Humanos establece:

“a) Los datos genéticos humanos son singulares porque: i) pueden indicar predisposiciones genéticas de los individuos; ii) pueden tener para la familia, comprendida la descendencia, y a veces para todo el grupo al que pertenezca la persona en cuestión, consecuencias importantes que se perpetúen durante generaciones; iii) pueden contener información cuya relevancia no se conozca necesariamente en el momento de extraer las muestras biológicas; iv) pueden ser importantes desde el punto de vista cultural para las personas o los grupos. b) Se debería prestar la debida atención al carácter sensible de los datos genéticos humanos e instituir un nivel de protección adecuado de esos datos y de las muestras biológicas”.

26 Cifuentes, S. (2004). “El genoma humano y el Derecho Civil, preferentemente en el área de la persona. Bases introductorias”. En Bergel, S. D. y Minyersky, N. (coords.). *Genoma humano* (203-218). Santa Fe. Rubinzal-Culzoni, 213.

27 Otlowsky, M. *et al.* (2012). “Genetic Discrimination: International Perspectives”. *Annual Review of Genomics and Human Genetics*, Nro. 13, 433-454, 437: “Debate has ensued as to whether the risk of genetic discrimination has been exaggerated, with critics arguing that it is more a matter of perception and fear than a real phenomenon [...] Through triangulated approaches and validation studies, genetic discrimination is now an established, incontrovertible ethical, legal and psychosocial phenomenon”.

VII. Conclusión

Los avances científicos en torno al estudio del genoma humano abren las puertas a posibilidades antes impensadas en cuanto al conocimiento de nuestra propia especie. Estas perspectivas generan preocupaciones justificadas cuando lo que está en juego es la tutela de los Derechos Humanos fundamentales, especialmente en razón de ciertos actos cuya realización suele exigirse como un derecho²⁸.

Partiendo de la premisa de que “el edificio del Derecho Nacional se construyó con los ladrillos del mejor Derecho Comparado”²⁹, la importancia del caso Chadam es notable para todos aquellos países en los que la discusión de la temática está en marcha.

²⁸ Ciertos sectores exigen un derecho a discriminar en base a criterios genéticos. Esto es señalado por Ortúzar, M. G. (2004). “El uso no médico de la información genética individual”. En Bergel, S. D. y Minyersky, N. (coords.). Genoma... Ob. cit.: “Los aseguradores argumentan, junto con su derecho a negar el acceso al seguro de salud a los individuos de altos riesgos, su derecho a la distribución simétrica de la información por las partes contratantes, debido a que puede producirse una pérdida actuarial (pérdida en el cálculo de las primas de seguros) que pondría en riesgo el mismo sistema de seguros. Esto se daría en los casos conocidos como selección adversa, en los cuales la persona que solicita el seguro posee información relevante sobre su salud que no es accesible al asegurador. Por estas razones las compañías de seguros consideran que poseen un interés legítimo de conocer las condiciones y riesgos de salud, y exigir, en consecuencia, la realización de exámenes genéticos en virtud de excluir del seguro determinado riesgos que exceden la media o exigir primas complementarias”.

²⁹ Toller, F. M. “Los buenos casos generan buen derecho. Jurisprudencia comparada”. LL 2016-A-669.

ACERCA DE LA ENSEÑANZA RELIGIOSA ESCOLAR EN SALTA
Regarding the religious education in Salta's public schools

José Durand Mendioroz¹

Recibido: 18 de septiembre de 2017
Aprobado: 19 de septiembre de 2017

Resumen: El comentario analiza tres tópicos relevantes sobre la problemática planteada en la provincia de Salta respecto a una ley que establece la posibilidad de educación religiosa en las escuelas públicas de nivel primario de acuerdo a las convicciones de los padres. En primer lugar, la importancia de una aproximación real a los hechos del litigio; en segundo lugar, la normativa vigente aplicable al caso y, en tercer lugar, el modelo de la laicidad positiva como fundamento de la constitucionalidad de la ley salteña.

Palabras claves: Educación religiosa - Laicidad - Escuelas públicas - Derecho de los padres.

Abstract: The commentary analyzes three relevant topics on the problematic raised in the province of Salta about a law that establishes the possibility of religious education in public schools of primary level according to the convictions of the parents. First, the importance of a real approximation to the facts of the litigation; second, the current regulations applicable to the case and, thirdly, the model of positive secularity as the constitutional basis for Salta's law.

Keywords: Religious Education - Secularity - Publics Schools - Parental right.

1 Profesor de la Universidad Católica de Salta y representante de terceros voluntarios (padres de alumnos) en defensa de la enseñanza religiosa escolar. Correo electrónico: josedurandm1@gmail.com.

Para citar este texto:
Durand Mendioroz, J. (2017). “Acerca de la enseñanza religiosa escolar en Salta”, *Prudentia Iuris*, N° 84, pp. 277-285.

Introducción

A poco más de dos semanas de la conclusión de las Audiencias Públicas que convocara la Corte Suprema de Justicia de la Nación con motivo del planteo de inconstitucionalidad, mediante una acción de amparo, de la enseñanza religiosa en las escuelas públicas de Salta², ignorando en este momento, naturalmente, si cuando esta edición vea la luz ya se habrá dictado sentencia, considero necesario detenerme en tres cuestiones que han sido relevantes para comprender la complejidad del problema planteado ante el máximo Tribunal de la Nación. En primer lugar, un conocimiento pormenorizado de los hechos; en segundo lugar, algunos datos histórico-jurídicos que importan para la resolución de la litis; por último, la ineludible afirmación de la laicidad positiva del orden constitucional argentino ya que, por primera vez en su historia la CSJN indaga acerca del alcance de los principios de laicidad y libertad religiosa ínsitos en la Constitución Nacional.

¿Debe entenderse la laicidad como un principio jurídico que implícitamente prohíbe la enseñanza de religión en la escuela pública? Bien es cierto que este interrogante requiere una precisión previa: establecer en qué consiste la enseñanza religiosa; ¿se trata, acaso, de una actividad catequética que procura la conversión a una fe religiosa, o de la transmisión de contenidos conceptuales de una religión determinada? Lo que plantea otro interrogante, ¿qué ocurre con quienes no desean recibir enseñanza religiosa en el ámbito escolar?

1. Los hechos de la causa

La vía procesal elegida, la del amparo colectivo, que se canalizó en una acción “de clase”, consistió en una demanda promovida por un pequeño grupo de madres de alumnos por sus derechos individuales, en forma conjunta con la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), invocando la representación de intereses homogéneos de una categoría que podría definirse como la de “todos los padres que no quieren que sus hijos reciban enseñanza de la religión católica en la escuela pública”. Ahora bien, dicha representatividad

2 “Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta; Ministerio de Educación de la Provincia de Salta s/ amparo” (Expte. CSJ 1870/2014/CS1).

fue impugnada por la presentación en calidad de terceros voluntarios de un grupo de 131 padres de alumnos que optaron a favor de que sus hijos reciban Religión en la escuela de gestión estatal, quienes, además, sostienen ser los titulares del derecho a dicha opción, conforme a los términos de la Constitución de Salta³ y que, asimismo, reivindican integrar una categoría con intereses mucho más homogéneos que la que los actores invocan, la que abarca a “todos los padres que quieren que sus hijos reciban enseñanza religiosa de acuerdo al credo que elijan”. Con ello impugnan el alcance y la misma representatividad de la clase definida por las actoras, ya que estas reivindican indebidamente representar los intereses de todos aquellos que no quieren que sus hijos reciban enseñanza de la religión católica, cuando es evidente que existen numerosas (estadísticamente cuantificables) personas que optan por que se imparta enseñanza en otras religiones diferentes de la católica y también están aquellos que –sin importar cuáles sean sus creencias– no tienen inconvenientes en que otros padres realicen la opción que les permite el sistema. En conclusión, concluyen que las actoras sólo representan a “aquellos que no quieren recibir enseñanza religiosa, ni quieren que los demás la reciban”.

En definitiva, tanto la Provincia de Salta como los terceros voluntarios advirtieron que lo que persiguen las actoras individuales y la ADC, antes que evitar que se les imponga una enseñanza que no desean, es que lisa y llanamente se suprima la posibilidad de optar, en donde a juicio de éstas radicaría el origen de las prácticas que resultan ser discriminatorias. Estas circunstancias han hecho considerar a no pocos que nos encontramos ante un “litigio estratégico” o “estructural”, a través del cual se procura que mediante una sentencia se modifiquen ciertas políticas públicas, cuyo cambio por la vía ordinaria sería mucho más gravoso. El desarrollo del juicio parece darle la razón a quienes piensan así.

“*¡Iam dic, Postume, de tribus capellis!*”. Así concluye el famoso epigrama de Marcial, mediante el cual el inmortal hispano se burla de los abogados, quienes, ya en la Roma clásica, hacían consideraciones escatológicas sobre todo juicio y aludían ante el tribunal a catástrofes “a grandes voces y a todo ademán” (*magna voce, manuque tota*), olvidándose de los hechos concretos por los cuales estaban litigando. De allí que el cliente, desesperado, al ver el rumbo de la perorata, lo increpa: “*¡Habla ya, Póstumo, de mis tres cabritos!*”. Con lo cual, a mi turno, quiero referirme a la esencialidad de los hechos, porque son los hechos concretos, alegados y probados, los que “lla-

3 Art. 49: “El sistema educacional contempla las siguientes bases: (#9) Los padres y, en su caso, los tutores tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. Es la transcripción casi textual del art. 12.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

man” a las normas, ya que éstas condicionan su aplicación a la ocurrencia de determinados supuestos fácticos. Es imposible, pues, hacer demasiadas disquisiciones jurídicas sobre inequidad y discriminación sin tener establecidos los hechos principales. Y aquí radica el problema más serio de la parte actora, y de los *amici curiae*, que sostuvieron su posición, ya que basaron su argumentación en el (supuesto) hecho de que en Salta se imponía la religión católica en la escuela pública, en detrimento de la libertad de conciencia de muchos y discriminando a quienes optaban por no asistir a la clase de Religión.

Los hechos del caso “Castillo” referidos a los casos individuales de las actoras están circunstanciados en forma deficiente. Téngase presente que en sólo dos fojas (de fs. 167 vta. a 168 vta.) se tratan los casos de todos los hijos escolarizados de las diez madres que firmaron la demanda a título individual (de las cuales tan solo fueron legitimadas seis), supuestamente acaecidos en cinco escuelas, en un período que abarca varios años. *Prima facie* parece una extensión insuficiente para un relato circunstanciado. Y si bien las actoras invocaron el polémico principio de que, ante la “categoría” sospechosa de la existencia de una religión mayoritaria, se invierte la carga de la prueba, ello de ninguna manera exime, a quien alega los hechos, de hacerlo de forma clara, circunstanciada, y suficiente, en orden de posibilitar –nada menos que– el derecho de defensa⁴.

En tanto, en forma conjunta con la ADC, plantearon una situación de discriminación sistemática sobre las minorías religiosas y los pueblos originarios, pero sin hacer referencia en forma circunstanciada a situación concreta alguna donde se hubiere violentado algún derecho constitucional de dichos colectivos. Tan solo partieron del (erróneo) supuesto de que en la escuela pública salteña solamente se imparte enseñanza en la religión católica, por lo cual suponen y afirman “que se les debe estar imponiendo” dicho credo a toda persona perteneciente a minorías religiosas y a pueblos originarios, quienes (también supuestamente) consienten este atropello. Lógicamente, si aquel supuesto de base es rebatido, las consecuencias también deben caer por falta de sustento⁵. Y así acontece, porque en realidad se ha

4 Por lo demás, tampoco puede extremarse el polémico principio de la inversión de la carga de la prueba, al grado exigir la “prueba negativa”, como en el caso en tratamiento, que abarca un universo de 160.000 alumnos de la escuela primaria estatal de Salta, lo cual, por su impositividad, clásicamente se ha denominado *probatio diabolica*.

5 Más allá de que existen muchas personas de pueblos originarios que profesan la fe católica. Es que verdaderamente, suponer que ninguna persona de un pueblo originario pueda ser católica y que, por ende, jamás elegiría libremente que sus hijos reciban enseñanza en ese credo, es un verdadero disparate, desmentido por la realidad. Hemos visto pocos días atrás peregrinar a miles de personas –con una clara identificación étnica– desde la Puna y otras regiones, con motivo de la conmemoración del Señor y la Virgen del Milagro.

probado que, con total libertad, muchos padres eligen que sus hijos reciban enseñanza en credos diferentes del católico; más aún, que hay escuelas donde el 100 % de los padres optan por credos diferentes del católico, y que en dichas escuelas suele darse un componente étnico predominante.

Otro agravio de las actoras consiste en que el sistema de opción instrumentado por el Ministerio de Educación de Salta violaría el derecho a la intimidad, al solicitar datos sensibles, como lo es el credo de los padres. Pero tampoco esta afirmación ha podido pasar por un control de racionalidad de acuerdo a las constancias del caso. En primer lugar, porque el sistema instrumenta una modalidad de libertad de opción⁶ a la que el Estado provincial está obligado a atender, entonces ¿de qué manera va a hacerlo si no se le informa al respecto? En segundo lugar, porque –sencillamente– a los padres no se les pregunta por sus creencias religiosas sino acerca de una indicación objetiva, consistente en si autorizan (o no) a sus hijos a recibir enseñanza religiosa y, en caso afirmativo, en qué religión. La decisión ni debe ser motivada ni presupone definición alguna respecto de las creencias. Así, bien puede una familia creyente no autorizar a que su hijo asista a Religión o darse la inversa, que una sin creencias religiosas lo autorice, por ejemplo, por una razón cultural.

La clave radica en la información que se les remite a los padres en forma previa al llenado del formulario a cuyos simples datos acabo de referirme. En efecto, la Dirección les envía una nota informando que la asignatura consiste en *la transmisión de contenidos conceptuales de la religión por la que se opte*, en un clima de respeto por la diversidad. Y digo que aquí radica la clave o, al menos, una de las claves, porque la transmisión de contenidos conceptuales es una acción escolar, a cargo de un docente especializado y que, por ello, no procura la adhesión a la fe, sino *enseñar sistemáticamente la estructura conceptual de la religión optada*. No se trata, entonces, de catequesis, que es una acción propia de cada organización religiosa que, precisamente, lo que procura es la conversión y el crecimiento en la fe.

Un tercer agravio invocado es el supuesto de los niños cuyos padres optan por que no asistan a la clase de Religión, alegándose que los mismos son segregados del aula sin recibir una alternativa pedagógica valiosa. Está demostrado, por el contrario, que en el año de promoción de la acción de amparo (2010), los padres podían optar por que sus hijos recibieran en el mismo espacio curricular contenidos en valores universales. En otras palabras, la primera opción que les daba y les da el sistema es que se queden en el aula, recibiendo conocimientos de naturaleza ética. Y tal cosa ocurrió

6 Sistema instrumentado por la Disposición 045/2009 de la Dirección General de Enseñanza Primaria de la Provincia.

con las seis madres actoras, cuyos hijos permanecieron en el aula en el mismo año que iniciaron la acción de amparo. Pero ¿acaso esto es posible? ¿De qué modo se pueden impartir diversos contenidos en una misma aula? En primer lugar, es posible, justamente porque no es catequesis, no se requiere la adhesión a la fe, de manera tal que un docente capacitado –acudiendo a diversas técnicas didácticas– puede formar grupos en el aula y trabajar, ora sectorizadamente, ora en forma conjunta en los temas que lo permitan. Concluyo parafraseando a Alexis Carrel: “[...] muchas observaciones y pocos razonamientos conducen a la verdad; pocas observaciones, muchos razonamientos y demasiadas suposiciones conducen al error”.

2. Una breve noticia histórica

En 1884, el Congreso de la Nación sancionó la Ley N° 1.420, conocida como “de enseñanza gratuita, obligatoria y laica”. El debate de esta norma fue muy intenso y ocasionó en su tiempo una profunda división social. Si bien la “laicidad” no estaba explícita en el texto normativo, la misma surgía de su art. 8°, que establecía que podía impartirse enseñanza religiosa, por el ministro del culto, antes del comienzo de las clases o después de su conclusión. Posiblemente dicha norma se estaría refiriendo a catequesis por estar a cargo del “ministro del culto”, cosa que en realidad nunca llegó a saberse, ya que el “desterrar” la hora de Religión fuera del horario de clases ocasionó su supresión en la práctica, por la cantidad de problemas operativos y pedagógicos que conlleva.

Por la Ley N° 1.420 se reglamentó el Consejo Nacional de Educación, del cual dependerían las escuelas Primarias “nacionales”, las cuales coexistieron con las escuelas dependientes de las provincias, manteniendo éstas, en su mayoría, la educación religiosa en su currícula. Ciertamente, fue el caso de Salta, que tan sólo dos años después, en 1886, sancionó la Ley N° 349, su primera ley de educación provincial, asegurando la enseñanza religiosa en la escuela pública provincial, en clara afirmación de identidad y de diferenciación con el criterio la Ley N° 1.420. Ello resulta, pues, una pauta de interpretación histórica de la Constitución, sobre lo que hoy se debate en la causa Castillo, teniéndose presente que la cláusula laicista del art. 8° de la Ley N° 1.420 jamás tuvo vigencia, *ni pretendió tenerla*, en las escuelas provinciales, atento a la más elemental de las nociones de federalismo que, por entonces, no se habían olvidado. Causa estupor que haya quienes sostengan que el mencionado artículo pueda hoy regir en la escuela salteña, cuando ya ni siquiera es Derecho Positivo.

Es un hecho histórico incontestable, motivo de admiración a nivel universal, la erradicación del analfabetismo en la República Argentina en tiem-

po récord, y se le atribuye tal mérito –con justicia– a la escuela pública y a los educadores, entre los que sobresale Domingo Faustino Sarmiento. La enseñanza de Religión en la escuela pública no ha sido óbice para tal desempeño, teniendo a Sarmiento, antes, durante y después de su Presidencia, como un notable difusor de aquella asignatura. Pero figura controvertida por antonomasia, Sarmiento también fue reivindicado en la Audiencia Pública ante la Corte a favor de la posición laicista, en las palabras de Ángel Jorge Clavero, Presidente la MASONERÍA ARGENTINA, en su exposición oral en calidad de Amigo del Tribunal, expresando que le tocaba repetir los argumentos de Domingo Faustino Sarmiento y otros “[...] que se presentaron al Congreso Pedagógico de 1884 y a las Cámaras del Congreso de la Nación, dando origen al sistema de educación pública con la Ley N° 1.420”⁷.

El Dr. Abel Albino proporciona la clave para interpretar a Sarmiento: “No se fijen tanto en qué dijo, sino en qué hizo”⁸. Y los hechos son contundentes⁹: casi tres décadas antes de la sanción de la Ley N° 1.420, desde 1856, en el Estado de Buenos Aires, trabajó ininterrumpidamente en la difusión de la escolaridad primaria con inclusión de la instrucción religiosa. La promoción de la escuela pública adquirió un nuevo impulso durante su Presidencia. En 1872 reeditó su Catecismo, el cual se utiliza en las escuelas, en el que puede leerse “adoptado por el Consejo de Instrucción Pública, para la enseñanza moral y religiosa de las escuelas primarias y aprobado por la autoridad competente” (eclesiástica). Este impulso continuó durante la Presidencia de Avellaneda (1874-1880), durante la cual Sarmiento fue Director General de Escuelas, siempre manteniendo la instrucción religiosa. Avellaneda sostuvo la enseñanza religiosa durante el debate de la Ley N° 1.420¹⁰. En tanto, el 21-11-1884 (cinco meses después de su promulgación) le escribe Sarmiento al Ministro de Educación de San Juan: “He mandado a imprimir en Ale-

7 Ver el discurso completo en <http://www.masoneria-argentina.org.ar/blog-gla/227-discurso-mrgm-ante-la-corte-suprema-en-defensa-del-laicismo> (última consulta: 17-9-2017). Dejo para una ulterior profundización si Sarmiento efectivamente participó en el debate parlamentario y en el Congreso Pedagógico Nacional sobre este tema puntual, cosa que hoy desconozco. Cabe, no obstante, discrepar con que la Ley N° 1.420 dio origen al sistema de educación pública en la Argentina. Sostener ello equivale, entre otras cosas, a negar la obra del mismo Sarmiento.

8 El ilustre mendocino, por su tarea gigantesca contra la desnutrición infantil, merece ser citado –con honores– en este lugar. Admirador de las realizaciones de Sarmiento, propone superar algunas paradojas con el mentado principio interpretativo. Y creo que hacerlo aquí es válido.

9 Furlong, G. S. J. (1940). “La tradición de la escuela primaria en la Argentina”. Cuadernos de Estudios, *La enseñanza nacional*. Buenos Aires, 40-83.

10 “Sostenemos el mantenimiento de la enseñanza religiosa, para no romper, entre otras razones, con el vínculo nacional y con la tradición cristiana” (Páginas de Avellaneda sobre Educación, publicadas por el Ministerio de Justicia e Instrucción Pública, Buenos Aires, 1937, 47-53).

mania [...] la ‘Vida de Jesucristo’, precedida de la indulgencia del obispo Achával, y ese librito derramado a profusión será nuestro iris de paz para las familias y los clérigos [...] Puede ponerse San Juan a la cabeza de una reacción saludable [...] con su gobernador [...] con la templanza y cordura de nuestro obispo Achával, con su educacionista y Ministro Navarro [...]”.

3. La afirmación de la laicidad positiva

Vuelve a mi memoria aquella sentencia de Chesterton, en *Ortodoxia*, según la cual “[...] el mundo moderno está lleno de viejas virtudes cristianas que se han vuelto locas”. La afirmación de Chesterton es pertinente en este debate: “[...] en efecto, la idea cristiana de dos órdenes temporal y espiritual es algo distintivo de la civilización occidental. No se da en otras civilizaciones. La afirmación de la autonomía y de la distinción entre lo que se debe al César y lo que se debe a Dios, que arranca del Evangelio de San Mateo (22:15-22), y que se consagra en la fórmula gelasiana –no siempre bien entendida ni aplicada–, es condición imprescindible para entender la sociedad bajo esa perspectiva dualista. Pero el equilibrio dualista se rompe –la idea cristiana se vuelve loca, volviendo a la frase de Chesterton– desde el momento en que el orden espiritual se ve domesticado y sometido por el poder del Estado. Hay, en el fondo del laicismo, una cierta transmutación de lo religioso, una metabolización de la función religiosa, como afirma Gauchet, uno de los teóricos del laicismo”¹¹.

Quedó pendiente responder al interrogante del principio, en orden a si de nuestra Constitución surge, aún de modo implícito, una censura a la educación religiosa escolar. La respuesta es negativa y los *Amici* ante la Corte Suprema lo han puesto de manifiesto en sus escritos. Así, según Alfonso Santiago, las principales notas que definen la laicidad positiva son: a) clara distinción de los ámbitos propios de la política y de la religión y laicidad del Estado; b) consideración positiva del fenómeno religioso; c) reconocimiento amplio y efectivo de la libertad religiosa como Derecho Humano fundamental de la persona y de las comunidades religiosas; d) autonomía y libertad de las comunidades religiosas; e) relaciones de cooperación entre el Estado y las comunidades religiosas.

Ante la cuestión sobre si la Constitución Nacional adopta el modelo de laicidad positiva, se han señalado tres argumentos: 1) la adhesión a una concepción teísta que considera a Dios como fundamento último del orden

11 Ver <https://www.almudi.org/articulos-antiguos/7934-el-laicismo-como-religion-oficial> (última consulta: 16-9-2017).

jurídico y moral (invocación final del Preámbulo y art. 19). Este rasgo fue mantenido por la reforma de 1994; 2) el establecimiento de un régimen amplio de libertad de culto, inédito al momento de la sanción de la CN de 1853, extensivo tanto para los nacionales como para los extranjeros (arts. 14 y 20), que luego de 1994 se desarrolló en una amplia protección de la libertad religiosa a través de la incorporación de los Tratados Internacionales (art. 75, inc. 22) y 3) la consideración preferente al culto católico, apostólico, romano, fundada en razones históricas, sociológicas y culturales (art. 2º), pero con un sistema de plena autonomía y libre ejercicio de su misión por parte de la Iglesia Católica, en relaciones con el Estado regladas por el Acuerdo con la Santa Sede de 1966 [...]”¹².

Notablemente, esta especie de fundamentalismo laicista es completamente anacrónico, superado a nivel universal desde la posguerra con la reivindicación solemne de la libertad de religión y de creencias “tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia” por parte de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. El laicismo decimonónico se quiso adueñar del espacio público monopolizando el pensamiento políticamente correcto y, por ende, digno de ser enseñado en las escuelas. Décadas después sobrevendrían las más abyectas persecuciones a las personas por su condición religiosa que la humanidad recuerde. Los totalitarismos políticos del siglo XX no hicieron más que llevar al extremo las ideas laicistas profundizando el surco del “pensamiento único”. Realmente, es increíble estar discutiendo sobre la licitud de la enseñanza religiosa escolar en pleno siglo XXI, tal como lo afirmara recientemente a la prensa el Presidente de la ADC. Pero lo realmente increíble es que esta institución lo haga con argumentos del siglo XIX.

12 Más allá de cuál sea la interpretación que se le asigne al art. 2º, es innegable que sólo es digno de ser sostenido aquello que es valorado positivamente.

PARTE IV

DOCUMENTOS

LA ESCUELA JURÍDICA CATÓLICA ARGENTINA
Incorporación del Académico de Número Dr. Alberto David Leiva
Pontificia Universidad Católica Argentina
Miércoles 23 de agosto de 2017

Alberto D. Leiva

Sean mis primeras palabras de agradecimiento a la Dra. María Liliana Lukac de Stier, que me ha presentado en términos tan generosos que comprometen mi gratitud de manera permanente.

Desde que tengo memoria, la recepción de un nuevo académico da motivo a un acto público en el que se recapitula la tarea cumplida por el recipiendario y este agradece y ocupa la tribuna.

Yo agradezco, en primer término, a la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, que generosamente abre sus puertas para hacer posible este acto.

Confieso mi emoción al hablar en la Facultad de Derecho que frecuenté diariamente hasta hace muy poco tiempo. Esta Facultad evoca en mi espíritu muy queridos recuerdos, acumulados durante varias décadas de mi vida académica.

Por otra parte, no puedo entrar al tema de mi comunicación sin exponer antes públicamente mi agradecimiento a la prestigiosa institución que me honra incorporándome a sus filas. Aclaro, al mismo tiempo, que mi presencia en la Academia del Plata obedece, en primer término, a un sincero propósito de construcción personal y, mediando tiempo y esfuerzo, al deseo de contribuir al prestigio de la corporación a la que, con tan pocos títulos, desde ahora pertenezco.

Es cosa sabida que su obra no es obra de un día. Desde su fundación como Academia Literaria del Plata, en abril de 1879, hasta el día de hoy, la madurez del juicio, la serenidad del espíritu, el puro patriotismo constituyen la fuerza que la ha llevado a ser una referencia ineludible en el campo de la cultura argentina. La lista de sus integrantes constituye un verdadero cuadro de honor de la intelectualidad católica argentina. Rindo el homenaje

de mi respeto a mis nuevos colegas, comprometiendo, desde este momento, mi colaboración animosa, que podría llegar a equilibrar –así lo deseo– mi poca ciencia y experiencia.

Jamás, ni en mis sueños más osados, pensé ocupar aquí, ni en ningún otro lugar, el sitio del Doctor Jorge Joaquín Llambías.

No soy su discípulo, no tengo talla para ser su continuador; ni siquiera soy civilista.

He sido simplemente uno más entre los muchísimos alumnos que, en su tiempo, se beneficiaron con su ciencia y con su ejemplo de hombre de bien. Como tal, le rindo el homenaje de mi agradecimiento.

Viene a mi mente la figura del viejo maestro, y compruebo, una vez más, que –verdaderamente– recordar es volver a pasar por el corazón, y que la gratitud verdadera nunca prescribe.

Siendo muy joven, Jorge Joaquín Llambías cursó Derecho en la Universidad de Buenos Aires.

En el ambiente estudiantil de la Facultad de Derecho de la calle Las Heras, el incipiente jurista conoció y admiró a Héctor Lafaille y a Rómulo Etcheverry Boneo, dos profesores que impartían sus clases con marcada orientación católica.

Después de cuatro años, completó sus estudios universitarios en 1934. También por aquellos años se integró a la Acción Católica Argentina, fundada el 26 de enero de 1931. Las tres primeras décadas del siglo XX –en que adquirió su formación intelectual– fueron importantes en la conformación de la posición católica sobre numerosos temas jurídicos y políticos. Con la recepción del tomismo, comenzaba a perder vigencia monopólica el liberalismo, que había sido común a la mentalidad jurídica de los pioneros del catolicismo argentino.

Hasta 1956, Llambías impartió clases en la misma Facultad, conjuntamente con los profesores Guillermo Borda, Tomás Casares, Luis Cabral, Faustino Legón, Luis M. Ojea Quintana, Werner Goldschmidt, José Caramés Ferro, Luis M. de Pablo Pardo, Juan M. Bargalló Cirio, Ricardo Zorrquín Becú, Abelardo Rossi y Carlos J. Zavala Rodríguez, formando parte, en diferentes momentos, de lo que alguien calificó como el “núcleo duro del catolicismo”.

Después de 1958, enseñó en la Universidad del Salvador, donde llegó a ser designado Profesor Emérito, y se hizo cargo también del dictado de Derecho Civil, Parte General y de Obligaciones, en la Facultad de Derecho de la recientemente fundada Universidad Católica Argentina.

En 1966 fue reincorporado a la UBA por el Decano Abel Fleitas, como titular en la cátedra de Derecho Civil II.

Coincidiendo con mis vivencias, otro de sus muchos alumnos, el Dr. Carlos Raúl Sanz, lo recuerda como un profesor correcto, respetable y respe-

tado, pausado y tranquilo, que exponía sus razonamientos como quien dicta un libro. Siempre más interesado en razonar que en deslumbrar.

Fruto de su trabajo constante y minucioso, realizado en la paz del hogar, fue su célebre *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, que vio la luz en dos tomos en julio de 1960, agotó en dos años una primera edición y en medio siglo llegó a superar los cuarenta mil ejemplares.

Expositor de un discurso jurídico destinado a superar el positivismo, Llambías concebía al Derecho como un orden social justo, y bregó siempre por la consagración de la equidad, entendida como la versión inmediata y directa del Derecho Natural.

En 1973 se alejó de las cátedras con el propósito de terminar su monumental *Tratado de las Obligaciones*. El resultado fue una obra exhaustiva e insustituible, que publicó entre ese año y 1980, y que fue justamente galardonada con el Primer Premio Nacional de Derecho y Ciencias, otorgado por el Ministerio de Justicia y Educación de la Nación. Llambías falleció a los 70 años, el 18 de agosto de 1981, pero su voz no se apagó. Bien se ha dicho que desde ningún lugar la voz humana suena tan poderosa como desde la tumba.

Pretendo ahora formular una breve exposición que permita calibrar la importancia del pensamiento jurídico católico a través de sus expositores, puntualizando que, como verdaderos hombres de Derecho, sólo se expresaron en términos técnicos, exponiendo siempre sus argumentos con marcada sinceridad jurídica, evitando hacer explícita profesión de fe y sin utilizar argumentos extraños a la ciencia. Sus opiniones doctrinarias han inspirado decisiones jurisprudenciales y su labor científica ha nutrido de manera constante y significativa la elaboración conceptual y la construcción de reglas en vastos sectores del Derecho. También honraron las aulas universitarias. De hecho, es tan grande el campo que abarcaron, que en la mayoría de los casos correspondería hablar de discípulos, pero no de continuadores.

En síntesis, sólo pretendo evidenciar la existencia de un conjunto de juristas empeñados en la precisa tarea de proponer para nuestra patria un orden social justo, producto de la cristianización de la vida jurídica de los argentinos. Se ha investigado la incidencia del pensamiento y la actuación de los católicos en la vida política y social de la República, pero es todavía incipiente el conocimiento histórico jurídico de su contribución a la elaboración del pensamiento jurídico nacional.

Desde los primeros días de su existencia, nuestra República Argentina atravesó por un prolongado proceso fundacional, con tendencia a la secularización y laicización de la sociedad por parte de los llamados “librepensadores”; en pugna con una masa poblacional mayoritariamente católica.

Nunca existió una Nación católica *ab initio*. Queda claro que en nuestra organización constitucional ambas concepciones fueron contemporá-

neas. Por el contrario, desde el primer día se disputaron la primacía las dos tendencias y llegó a predominar el positivismo a finales del siglo XIX.

Fue durante la primera mitad del siglo pasado, cuando parte de la doctrina jurídica argentina comenzó, tímidamente, a rechazar la idea de que el Derecho fuera una mera mecánica de las acciones humanas. Refirmando la dimensión sobrenatural del hombre, volvió a formular la antigua concepción de que, en todo orden temporal, debe existir una necesaria subordinación de lo jurídico a lo moral.

En 1922, cuando cerraba sus puertas la Universidad Católica de Buenos Aires, nacían los Cursos de Cultura Católica. Los jóvenes que los integraban aspiraban a romper con el papel marginal que la religión ocupaba en la vida de sus mayores, para convertirla en el referente monopólico de sus existencias. Una vida integralmente católica, que rechazaba la división liberal entre la esfera de lo público/laico y lo privado/conciencia religiosa, los llevaba necesariamente a impugnar el creciente materialismo y patrimonialización de la vida cotidiana, y encontraron en la Filosofía y en el Derecho el camino para concretar sus aspiraciones

La observación de sus ámbitos de sociabilidad, que no implicaba una necesaria intransigencia en los vínculos con la sociedad profana, ni en las relaciones interpersonales, anticipa la fuerza unitiva característica de la escuela jurídica que nos ocupa.

En los Cursos de Cultura Católica estuvieron, desde 1924, siempre presentes los temas jurídicos. Allí hallaron su tribuna y, a la vez, completaron su formación destacados juristas argentinos.

Muchos de los juristas que mencionaré a continuación son nombres mayores del intelecto argentino y ocupan un lugar importante en la bibliografía jurídica de América Latina y de Occidente. Ofrezco, seguidamente, una enunciación solamente adecuada al tiempo disponible. De ninguna manera se trata de una enumeración, y mucho menos un catálogo de obras, porque resultaría incompleto. Me limitaré a mencionar simplemente el nombre de treinta juristas que fueron formulando las proposiciones que singularizaron a la escuela a lo largo de los años. Lo haré en orden cronológico por el simple motivo de que varios traspasaron muchas veces los límites de la especialización, dejando también aclarado que no todos mantuvieron durante toda su vida los mismos postulados.

El primero de ellos, Salvador Fornieles, nacido en 1880, enseñó Derecho Civil en la desaparecida Universidad Católica de Buenos Aires e integró su Consejo Superior. Apunto que se ha ocupado de su obra y su personalidad el Doctor Antonio Roberto Budano Roig.

Tres años después, nació el gran maestro, Héctor Lafaille, que obtuvo en 1903 el premio "Presidente Roca" de la Academia Literaria del Plata, comenzó a enseñar Derecho Civil en 1910 en la Universidad de Buenos Aires,

y fue también profesor de la misma materia y de Introducción al Derecho en la Universidad Católica de Buenos Aires.

Lafaille, al que Pablo Calatayud llamó “aristócrata del talento”, ha sido estudiado por el Dr. Jorge Horacio Alterini.

En 1884 vio la luz Rómulo Etcheverry Boneo, activo militante católico, iusnaturalista y tomista, quien –en palabras de Juan Bautista Fos Medina– fue una de esas personalidades que evocan a grandes figuras públicas dedicadas por entero al bien de su patria y para quienes las leyes justas están por encima de todo interés personal o de sector.

En 1886 nació el Doctor Gastón Federico Tobal, intachable magistrado que ha merecido un estudio del Doctor Pablo María Corna.

Años después, en 1894, comenzó su vida Adolfo Korn Villafañe, profesor de Derecho Público Provincial y Municipal en la Universidad Nacional de La Plata.

Dedicado al Derecho Constitucional y al Derecho Municipal, impugnó la tradicional exposición cronológica de los acontecimientos representativos de la historia argentina, formulada como si todos, por igual, tuvieran el mismo significado desde el punto de vista filosófico, construyendo un relato cronológico lineal que oculta una interpretación anticatólica de la historia argentina. Korn Villafañe ha sido recordado con afecto por Atilio Milanta y más recientemente por Horacio Sánchez de Loria Parodi, en un interesante libro de reciente aparición.

Un año menor fue Atilio Dell’ Oro Maini. Proveniente de los Cursos de Cultura Católica, fue uno de los fundadores del Partido Demócrata Cristiano y Ministro de Educación durante la Revolución Libertadora. Especializado en Derecho Comercial y en Derecho Marítimo. Director fundador en 1928 de la revista *Criterio*. Junto con Tomás Casares fue figura principal de los Cursos de Cultura Católica y del círculo cultural Convivio.

Dell’ Oro Maini fue un animador de la cultura que intervino, en 1956, en la fundación de la Universidad Católica de Córdoba, y en 1958, en la creación de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

En el mismo año 1895 nació Tomás Darío Casares, que publicó en 1938 la primera edición de su obra cumbre, *La Justicia y el Derecho*, donde explora a fondo la Filosofía del Derecho y la doctrina de la Ley Natural. De este libro dijo Monseñor Derisi que, aun sin pretenderlo, es la confesión de su propia vida y de los ideales de Derecho y Justicia a los que sirvió con fidelidad.

En 1897 nació en Sunchales Faustino José Legón, quien se caracterizó por la vinculación de su visión del Derecho con su fe católica desde un punto de vista socialcristiano, diferenciándose del catolicismo tradicional argentino, que impugnaba el Estado laico y la Constitución liberal de 1853. En 1917 ingresó a la Academia Literaria del Plata y la llegó a presidir entre

1932 y 1933. Fue famosa su tesis doctoral, *Doctrina y ejercicio del patronato nacional*, publicada en 1920. Integró la primera comisión directiva de los Cursos de Cultura Católica y fue también en 1958 el primer Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina. Ha merecido, entre otros, dos importantes estudios de los Doctores Juan Fernando Segovia y Raul Arlotti.

Un año antes de que terminara el siglo XIX nació el Doctor Samuel W. Medrano, destacado historiador del Derecho al que tuve el honor de conocer en mi primera juventud, cuando me acercaba tímidamente al Instituto de Historia del Derecho fundado por Levene, en 1936, en la Universidad de Buenos Aires, que por entonces dirigía sabiamente Ricardo Zorraquín Becú.

El primero del siglo XX, Ambrosio Romero Carranza –evocado de modo magistral por el académico Dr. Alberto Rodríguez Varela, en el centenario de su nacimiento– nació en 1904. Admirador de Monseñor De Andrea, fue uno de los fundadores del Partido Demócrata Cristiano.

Profesor Titular de Derecho Político en la UBA, después de ser Adjunto de Faustino Legón; fue Cofundador y Presidente de la Corporación de Abogados Católicos, miembro de la Acción Católica Argentina y de la Junta de Historia Eclesiástica Argentina.

Lo conocí siendo yo muy joven, primero a través de la lectura de sus obras, especialmente *El derecho de resistencia a la opresión* y *El triunfo del cristianismo* y participé con su dirección en la redacción de ese generoso emprendimiento intelectual que fue la revista *Rumbo Social*.

Romero Carranza fue integrante de la reducida elite católica que acompañó a Mons. De Andrea en el avance del catolicismo social desde las filas de la Acción Católica; compartió inquietudes con el Doctor Juan Casiello, Decano Fundador de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, cercano a Monseñor Caggiano, al que Néstor P. Sagüés le dedicó un estudio en 1990.

Un año menor fue Néstor Cichero, magistrado ejemplar, evocado por Víctor M. Castaños Zemborain y luego por Ernesto García Quiroga.

En 1906 nació Manuel Río, exponente de los católicos liberales, defensor del Obispo Tato, expulsado del país en 1955 por el régimen peronista. Nombrado, en 1956, Embajador ante la Santa Sede, logró el asentimiento del papa Pío XII, para encarar un tratado sobre la asistencia espiritual a las Fuerzas Armadas. Radicado definitivamente en París, en 1974, inició una larga amistad con el filósofo Jean Guilton, que alcanzó igual que él una edad bíblica, cercana al centenario.

Diferente concepción tuvo el jurista santafesino, Salvador M. Dana Montaña, también nacido en 1906. Especializado en Derecho Constitucional y Municipal, perteneció al grupo nacionalista católico-hispanista que tuvo importante influencia en la Revolución de 1943.

También en 1906 nació Pablo Antonio Ramella, presidente del Consejo Arquidiocesano de Acción Católica Argentina, presidente de la Corporación de Abogados Católicos, rector de la Universidad Popular de San Juan y decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo, donde profesó la cátedra de Derecho Internacional Público. Su tesis, *La Internacional Católica*, vio la luz en 1938. En ella propone a la doctrina católica como paradigma de un orden universal, basado en la justicia y la paz, contraponiendo su propuesta a la del internacionalismo marxista y plantea la limitación relativa de las soberanías nacionales para hacerlas compatibles con la institución de organismos supranacionales. Recientemente ha merecido un estudio de Enrique Pablo Mayochi.

Un año menor fue Juan Francisco Muñoz Drake, que desempeñó la dirección del Instituto de Derecho Constitucional y Político de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, después del alejamiento de Legón.

En el año del Centenario de la Revolución de Mayo, vino al mundo el gran civilista, Alberto Domingo Molinario, maestro de generaciones de abogados en la Universidad de Buenos Aires, en la Nacional de la Plata, la Pontificia Universidad Católica Argentina y la Universidad del Salvador, que ciñó estrictamente sus enseñanzas al magisterio de la Iglesia. Los que hemos escuchado su palabra y leído sus obras, *De las relaciones reales y Derecho Patrimonial y Derecho Real*, no podremos olvidar su magisterio. El maestro Molinario ha inspirado hace pocos años un trabajo del profesor Carlos Alberto Fossaceca.

Pocos meses después, en 1911, nació otro admirado maestro de la Escuela Jurídica Católica: jurista Jorge Joaquín Llambías, mentor, entre otros, del doctor Jorge Mazzinghi, quien le dedicó hace pocos años un emocionado recuerdo. Para Llambías, que recordaba en su Tratado las enseñanzas de Casares, siempre fue preocupación capital la consagración de la equidad, entendida como la versión inmediata y directa del Derecho Natural. Fue un ferviente católico y padre de 14 hijos. Su hogar fue considerado entre sus pares un ejemplo de cristiandad. Últimamente Manuel Grasso, docente de la Universidad Católica de La Plata, estudió los fundamentos católicos de su pensamiento jurídico.

En el mismo año que Llambías, llegó al mundo el entrerriano Arturo Enrique Sampay, sobre el que se han escrito numerosos trabajos, entre los que se destacan los de Juan Fernando Segovia, sin olvidar los de Edgardo Maidana, Francisco Arias Pelerano, Alberto Buela y Ernesto Adolfo Ríos y cuya vida y obra son ampliamente conocidas.

Ese año 1911 fue pródigo en juristas talentosos, porque nacieron también Marco Aurelio Risolía, autor de la famosa obra *Soberanía y crisis del contrato*, y Ricardo Zorraquín Becú, docente de la Universidad Católica Argentina.

Poco después, en 1914, nació Guillermo Borda, autor de muchas publicaciones, entre ellas un célebre Tratado en doce volúmenes, quien fue principal artífice de la reforma realizada al Código Civil argentino en el año 1968, que incorporó nociones como la imprevisión, el abuso de derecho, la lesión y la función social de la propiedad, inspiradas en el Derecho Natural. Catalina Elsa Arias de Ronchietto, jurista especializada en Derecho de Familia, lo ha evocado con afecto y justificada admiración por su obra.

También integró la escuela el destacado jurista Mario Justo López, nacido en 1915. Fue profesor de Derecho Político y de Derecho Constitucional Argentino Comparado y, desde 1981, profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires, dejando un recuerdo imborrable entre quienes fuimos sus alumnos.

Poco después, en 1917, nació José María López Olaciregui, evocado por el Dr. José María Gastaldi, en el año 2011, durante las Jornadas: “La Escuela Jurídica Católica en el Derecho Civil Argentino”, que tuve el honor de organizar en la Facultad de Derecho de esta Universidad.

No había transcurrido un año, cuando llegó al mundo Federico Videla Escalada, que devino en reconocido jurista especializado en Derecho Civil. Fue socio de la Corporación de Abogados Católicos desde 1949; profesó la docencia universitaria e integró la Corte Suprema de Justicia en 1976. Su discípulo, el Dr. Manuel Horacio Castro Hernández, Profesor Emérito de esta casa, le dedicó un sentido recuerdo.

Un miembro de la Academia del Plata y antiguo alumno de Monseñor Derisi, nacido en 1919, Juan Alfredo Casaubón, fue más adelante uno de los fundadores de la Universidad Católica Argentina, UCA, vicepresidente emérito de la Sociedad Tomista Argentina.

Ese mismo año nació Pedro José Frías, católico ferviente, que se desempeñó algunos años como profesor de Derecho Constitucional y colaboró desde su fundación en la Universidad Católica de Córdoba.

Otro de los fundadores de la Sociedad Tomista, junto a Tomás Casares, fue Abelardo Rossi, nacido en 1920 y recientemente desaparecido. Se ocupó durante toda su vida de la equidad, considerada como la rectificación justa de la ley para el caso concreto, que en ocasiones excepcionales, exige que el juez, mediante las virtudes de la prudencia y la justicia, se aparte de la regla general establecida en la letra de la ley, en pos de lograr la solución justa. Entre sus últimos trabajos publicó, en la revista *El Derecho*, un artículo sobre “El positivismo jurídico y la equidad”, en el cual decía que “la justicia en el ‘caso concreto’ es el mayor de los bienes sociales que se deben perseguir, aun a costa de la letra de la ley”. Ha merecido, entre otros, un estudio del profesor Silvio Pablo Pestalardo.

Otro eximio civilista y Decano de la UCA, enrolado en el nacionalismo católico, el Doctor Jorge Adolfo Mazzinghi, nacido en 1923, enseñó desde la

cátedra y el libro hasta su desaparición en 2016. La revista *Prudentia Iuris*, de la Facultad de Derecho de esta Universidad, le dedicó un número especial, encabezado por un sentido homenaje del profesor emérito Dr. Florencio Hubeñak.

En 1927 nació Germán Bidart Campos, expositor jurídico de la doctrina social de la Iglesia y el Derecho Constitucional durante muchos años de su vida.

Se desempeñó como Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina desde 1962 a 1967, fue Vicerrector y Director del diario jurídico *El Derecho*, de la misma universidad. Publicó más de cincuenta libros. Fue siempre un liberal católico convencido, que se volcó al final de su vida al estudio de temas urticantes.

Podría ahora también referirme, entre muchos otros, a Federico Torres Lacroze, cuyo fallecimiento enlutó esta casa muy recientemente, pero prefiero que lo haga en el futuro alguien con más conocimientos que yo y cerrar, así, esta enumeración, que tiene el único propósito de presentar un conjunto de juristas católicos que, sin dejar de ser notables individualidades, constituyen una verdadera pléyade, encaballada entre dos siglos pasados y que se proyecta a nuestro siglo XXI.

La escuela jurídica católica argentina tiene, hasta el día de hoy, muchos expositores, algunos de los cuales están ahora mismo presentes en esta sala, y cuya sola mención excede los límites de esta breve presentación.

Como epílogo, propongo la siguiente conclusión: los católicos argentinos dejaron su impronta en numerosas actividades. En el Derecho, especialmente, crearon una escuela perfectamente identificada, que propuso –y debe seguir proponiendo– un paradigma acorde con las enseñanzas de la Iglesia, como alternativa a los difundidos modelos liberal y socialista, buscando incluir el orden cristiano en nuestro ordenamiento jurídico en toda oportunidad.

CRÓNICA DE LA JORNADA
“LA RELACIÓN ENTRE ESTADO Y RELIGIÓN FRENTE A DIFERENTES
PARADIGMAS”

Facultad de Derecho (UCA), 10 de agosto de 2017

Magdalena Pretel - Delfina Orpelli - Andrea Gaspari

El jueves 10 de agosto se realizó en la Facultad de Derecho (UCA) una Jornada dedicada al tema: “La relación entre Estado y Religión frente a diferentes paradigmas”, con la asistencia de varios académicos especialistas en Derecho Constitucional. Con la presencia del Sr. Decano Dr. Daniel Herrera y el Dr. Nicolás Lafferriere, Director de Investigación (UCA) y con la organización de los Proyectos de Investigación IUS, dirigidos por los Dres. J. Portela, G. Maino y D. Ranieri, junto a los jóvenes graduados y alumnos, la Jornada se dividió en tres paneles.

El primer panel, moderado por el Dr. N. Lafferriere, inició con la presentación de la Dra. Sofía Calderone, quien desarrolló los argumentos de la demanda del caso “Castillo y otros c/ Salta”, en el cual un grupo de madres salteñas cuestionan la inconstitucionalidad de una ley provincial que establece la educación religiosa en el nivel primario de las escuelas públicas, a elección de los padres y tutores.

Luego, el Dr. Alberto Bianchi comparó las cláusulas constitucionales, en materia religiosa, de los Estados Unidos (“Establishment Clause” y “Free Exercise Clause”) y la Argentina, demostrando cómo si bien en nuestra Constitución hay una gran influencia de la Constitución Norteamericana, no todas sus cláusulas nos son aplicables. En Argentina, por razones históricas, culturales, sociológicas, siempre hubo una preeminencia de la religión católica, lo cual es posible observar en el debate constitucional, donde nunca se plantea que el Estado sea indiferente a lo religioso. Concluyó que la Primera Enmienda no guarda relación alguna con nuestra Constitución y, por lo tanto, no nos es aplicable.

A continuación, el Dr. Alfonso Santiago presentó las distintas formas de articulación entre lo religioso y lo político, demostrando que la Consti-

tución Argentina adhiere a la laicidad positiva, no a la simple laicidad. En consecuencia, lo religioso puede ser valorado positivamente y, siguiendo este modelo, es posible la presencia de la religión en los espacios públicos (incluidas las escuelas).

Para finalizar el bloque, el Dr. Norberto Padilla realizó un recorrido por Tratados y Convenciones Internacionales, donde se afirma que la educación debe contribuir al pleno desarrollo del educando. Por lo tanto, de no admitir enseñanza religiosa en escuelas públicas, se produciría una dicotomía: en muchos lugares de Salta solo hay escuelas públicas, y sin educación religiosa, en ellas, el niño no lograría su pleno desarrollo. Demostró también que, en el Derecho Comparado, tanto en Europa como en Latinoamérica, la enseñanza de la religión en las escuelas públicas es la regla. La enseñanza en Salta es compatible con los países que respetan los Derechos Humanos. A modo de cierre, recordó el margen de apreciación que el art. 75.12 de la Constitución Nacional otorga a las Provincias.

El segundo panel, moderado por el Dr. Pablo Garat, comenzó con el aporte del Dr. Fernando Bengochea, quien expuso los argumentos de la sentencia de la Corte de Salta en el año 2013, que resultó favorable a la enseñanza religiosa en la escuela pública salteña. En efecto, mencionó dos argumentos centrales en torno al recurso. Por un lado, explicó cómo los amparistas insisten en la inconstitucionalidad del art. 27, inc. "ñ", de la Ley N° 7.543, que establece como uno de los fines de la educación primaria en la Provincia de Salta: "Brindar enseñanza religiosa, la cual integra los planes de estudio y se imparte dentro de los horarios de clase, atendiendo a la creencia de los padres y tutores, quienes deciden sobre la participación de sus hijos o pupilos. Los contenidos y la habilitación docente requerirán el aval de la respectiva autoridad religiosa". Así, también, mencionó que el Fiscal de Cámara expresó agravios por la contraria, refiriendo que entendía que la postura anterior suspendía la posibilidad de que se pudiera enseñar religión dentro del espacio público, lo que parecía excesivo. Sin perjuicio de lo cual, alegaba que en los casos en los que el alumno solicitara una exclusión a la enseñanza religiosa o plan alternativo, se le debía otorgar. La Corte local, a la hora de resolver, desarrolló el sistema normativo de Derecho Eclesiástico Nacional, comenzando por el art. 2° de la CN y el Preámbulo, considerando que no tenemos un sistema agnóstico, sino todo lo contrario, una plataforma jurídica que sostiene que Dios existe.

De allí, la Corte refirió que no existe una inconstitucionalidad abstracta con relación a la enseñanza religiosa en la escuela estatal, sino que podría haber una inconstitucionalidad en el caso concreto, y que, por ende, debía analizarse si había una ofensa puntual a la libertad religiosa de los amparistas. Sobre esta base, revisa la libertad religiosa negativa, que consistiría en no poder ser obligado a soportar una ceremonia de un culto si

no participo del mismo, o ser instruido en una religión que no es la mía, o ser discriminado por la religión a la que pertenezco o no. En este sentido, explicó que si no se presentan estos casos concretos en el marco del recurso, no podemos hablar de inconstitucionalidad. De esta forma, analiza cada uno de ellos en el marco de la educación pública en una escuela primaria. Para ello, planteó el escenario hipotético en el que el fallo de primera instancia quedara firme, y cómo ello llevaría a excluir la religión del ámbito público. Sobre este punto, argumentó que es necesario armonizar los derechos en juego, a fin de conservar aquellas normas que conceden mayor cantidad de derechos. En este sentido, refirió que excluir la religión del espacio público no parece una decisión acertada, pues dejaría de ser una discriminación para la minoría, y pasa a serlo para quienes sí quieren educación en la escuela pública. Frente al argumento de que se podría acceder a la educación religiosa en otros ámbitos que no fueran la escuela primaria, planteó que ello no sería viable en todos los casos en la realidad salteña. Creo que lo que intenta plantear la Corte es que tanto la educación religiosa como la que no lo es sean igualmente posibles en la escuela pública; y, por ende, se deben arbitrar los medios para armonizarlas y garantizar a todos sus derechos.

Luego de ello, tomó la palabra la Dra. Estela Sacristán, quien realizó una síntesis de la jurisprudencia norteamericana vinculada al tema, y concluyó respecto a su inaplicabilidad en el caso salteño. Comenzó explicando cuál es la normativa sobre la que se apoya el derecho a la libertad de religión en los Estados Unidos, en concreto la enmienda número uno de la Constitución, donde se establece que el Estado no puede tener participación alguna en actividades religiosas, ya sea directa o indirectamente.

A ello se suman dos, porque el Estado no puede efectuar acciones que favorezcan a un culto sobre otro, o a la religión sobre la “no religión”. Así, pues, la Dra. Sacristán llevó adelante un análisis de fallos de la Corte estadounidense vinculados al tema, comenzando por “*McCullum v. Board of Education*” (1948), donde se trató la enseñanza religiosa en escuelas públicas, mediante la utilización de fondos públicos. Los contribuyentes impugnaban este sistema porque con su dinero se sostenía el culto, y, por ende, se estaba yendo contra la *establishment clause*, siendo la resolución a su favor. Seguidamente, desarrolló el caso “*Zorach v. Clauson*” (1952), que trata sobre una ley del Estado de New York que permitía que los alumnos de un centro se ausentaran (*release time*) para poder recibir educación religiosa, y se decidió que ello no era contrario a la Constitución. Hay que tener presente que se trataba de clases en un centro y no en un aula, y que las ausencias debían ser informadas, era un sistema sin coerción y a pedido de los padres. En el caso “*Abington v. Schempp*” (1963), se resolvió que ninguna ley puede exigir la lectura de pasajes de la Biblia o que se recite un Padre Nuestro al inicio de la jornada escolar en escuelas públicas. Ni siquiera si los alumnos tuvie-

ran la opción de no estar presentes o no recitarlas en ese momento. Era un régimen sin coerción y dirigido a una sola religión, y se encontró contrario a la *establishment clause*. Por otro lado, en “Engel v. Vitale” (1962), funcionarios estatales componían oraciones y se exigía su recitado al inicio de la jornada escolar en escuelas públicas. Se encontró que no era válida en la *establishment clause*; estaba dirigida a una sola religión, y sin coerción. En último término, citó el caso “Lee v. Weisman” (1992), que versó sobre si se podía tener un clérigo (de cualquier culto) presente dando bendiciones o recitando oraciones en una ceremonia de graduación en escuelas públicas. Había coerción, y en ese sentido se resolvió que era contrario al *establishment clause*, al ser obligatorio para el alumnado escuchar tales oraciones. Finalmente, la Dra. Sacristán concluyó que los precedentes norteamericanos no sólo resultan supuestos fácticos distintos a “Castillo”, sino que se basan en un sustrato constitucional diverso al argentino, y por ende, no pueden ser asimilables al caso en análisis.

Seguidamente, el Dr. Roberto Punte tituló su ponencia: “El Estado como portador de valores”, y sostuvo que el Estado argentino no es neutral, sino que lleva una enorme carga de valores cuya raíz es cristiana (filosófica y teológicamente) y que son imprescindibles para la convivencia. En este sentido, argumentó que en el Estado argentino, desde el Preámbulo se enuncia una serie de valores sobre los que funda la convivencia social: unión, paz interior, defensa común, libertad, bienestar general, razón y justicia.

Así también, a lo largo del texto constitucional, se evidencia un núcleo duro ético que no puede ser entendido si no se sabe que han existido los diez mandamientos, con conceptos tales como: idoneidad, patriotismo, fidelidad e igualdad de oportunidades. La ética explica, por ejemplo, lo que es el “mal desempeño” de los funcionarios públicos y la “buena conducta” de los jueces, enunciados en la Constitución Nacional.

Luego, continuó argumentando sobre la necesidad de una interpretación armónica de los derechos y principios que se encuentran en la Constitución, a la luz de aquellos valores. Esta regla no surge sólo de la jurisprudencia de la Corte, sino de la misma CN, en el art. 33, cuando habla de los derechos no enumerados, y que en consecuencia debe aplicarse más aún a los derechos enumerados. Por su parte, explicó cómo en los Tratados Internacionales también se puede ver este deber de interpretación armónica, y citó como ejemplo la Declaración Americana, Declaración Universal de Derechos Humanos y Convención Americana, entre otros existentes.

En este caso, sobre el pretexto de la igualdad, se pretende dañar diversos derechos como la libertad religiosa, el derecho a enseñar y aprender y los derechos de los padres a elegir la educación de los hijos, y hasta lo previsto en el art. 5° de la CN.

Sobre ello, explicó cómo el binomio derecho a la igualdad contra toda forma de discriminación significa que todos debiéramos ser iguales a quien esgrime tal derecho, y se genera, así, una ideología de menosprecio hacia quienes piensan distinto, una soberbia intelectual hacia posturas diversas.

En este sentido, contó cómo en el caso “Castillo” se argumentó que la discriminación surge por tener que firmar un formulario donde conste la opción por la religión y/o una práctica alternativa, y en este sentido se ha dicho que la libertad para aceptar o no una legislación no puede ser tachada de actividad sospechosa, sino todo lo contrario.

Por último, concluyó que el Estado argentino no es neutro, que en su normativa sostiene valores y los necesita como pilares de la convivencia social. Así, también, destacó que tales valores tienen raíz históricamente cristiana, y que el intento de coartar esto carece de sostén en los argumentos, y que la armonización de los mismos es un deber constitucional.

Finalmente, la Dra. Débora Ranieri de Cechini desarrolló el tema de la neutralidad estatal, y manifestó que tal argumento se ha convertido en falaz, y no puede ser utilizado para erradicar lo religioso del espacio público. En primer término, planteó la imprecisión del concepto neutralidad, que surgió de los tiempos de guerra, donde un Estado permanecía al margen del conflicto entre otros, y por ende, se decía que era neutral. Ahora bien, al hablar de neutralidad en materia religiosa no estamos frente a la situación, pues el concepto debe ser aplicado dentro del mismo Estado, y ha dado lugar a diversas interpretaciones. En este sentido, se abocó a desarrollar la teoría del liberalismo político, desde los padres de la neutralidad estatal, Stuart Mill, Kant y Locke, quienes lo plantean como un deber y obligación del Estado, partiendo de la pluralidad de convicciones en la sociedad moderna. Así, pregonaban la neutralidad del Estado en materia religiosa como garantía de los derechos individuales. Citó a Dworkin, quien argumentó que los legisladores debían ser neutrales en lo que consideran una buena vida, o a la hora de valorar lo que es bueno para vivir, pues si los ciudadanos difieren sobre lo que es bueno o malo, y el gobierno prefiere una determinada postura, entonces no estaría tratando a todos por igual. También mencionó a Rawls, para quien el Estado tiene que asegurar la misma libertad a todas las personas para que puedan buscar el plan de vida que quieran. Así se gestó la idea de un Estado que permanece ajeno a las convicciones éticas de los ciudadanos, y también de la religión, como una garantía de la libertad individual, y para asegurar el pluralismo.

Esta es la teoría que surgió en los pensadores que gestaron el vocablo, y que luego la jurisprudencia fue citando como fundamento, tales como la Corte Norteamericana y el Tribunal Constitucional Alemán. Ahora bien, destacó que este argumento en la actualidad y en caso “Castillo” se vuelve en contra de los orígenes del concepto, pues implica que el Estado no debe

permitir que una familia elija que sus hijos reciban educación religiosa, y se pregunta dónde queda el valor de la libertad defendida en la neutralidad original, pues si el Estado debe ser neutral justamente para garantizar las convicciones de los ciudadanos, no puede en aras de la neutralidad aceptar unas libertades, y otras dejarlas de lado. De allí concluyó que el argumento mostró su verdadera cara, pues buscaba establecer un tipo de libertad, concebida a la manera liberal, donde el hombre se considera autónomo y no tiene una ley por encima de sí mismo, y se evidenció cómo la neutralidad se ha convertido en una cáscara vacía para llenar con la ideología que se quiere.

El tercer, y último, panel estuvo a cargo del Dr. Gabriel Maino. La primera en tomar la palabra fue la Dra. Elena López Ruf, investigadora en el Grupo Ius de la Dra. Débora Ranieri. Su ponencia se centró sobre el derecho de los padres a poder elegir la mejor educación para sus hijos. Sin embargo, esta libertad de elección se ve constreñida por los tipos de relaciones entre Estados y comunidades religiosas en un determinado territorio. Fueron identificados tres posibles sistemas de interrelación: un sistema de completo aislamiento (por ejemplo, en Francia, luego de la Revolución Francesa); otro tipo de sistema en el cual hay convivencia y reciprocidad entre Estado e Iglesia y el tercero, de tipo teocrático.

De particular relevancia fue el análisis acerca de las experiencias de conflictos religiosos en Europa. Luego de una primera etapa de separación, los Estados totalitarios buscaron legitimarse a partir del adoctrinamiento y la ocupación de todos los espacios públicos. La religión, por ende, era empleada con fines netamente políticos, y como herramienta de sometimiento hacia los regímenes. El derecho de los padres a elegir se vio afectado durante esta etapa de control estatal. Luego de la Segunda Guerra Mundial, los Estados europeos buscaron complementar e incentivar la presencia pública de la religión, pero no con un fin de control. Ahora la presencia religiosa en los espacios públicos era considerada como un derecho imprescindible para los padres y los niños.

Luego continuó el panel con el aporte del Dr. Rodolfo Barra, quien también se concentró sobre el derecho a elegir de los representantes legales de los niños; pero desde el punto de vista de los Tratados Internacionales. Al analizar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, integrada en la Magna Carta argentina, encontramos cómo el art. 12, apartado 4, zanja la cuestión relativa a la constitucionalidad de la ley salteña. En la misma norma encontramos consagrado el principio en virtud del cual serían los padres, o los tutores, quienes tienen la potestad de elegir la educación de sus hijos acorde a su moral y a sus convicciones. Tampoco el Dr. Barra pudo encontrar ninguna vulneración en el caso “Castillo” a la Convención de los Derechos del Niño. La ley provincial buscó promover la libertad individual

de los padres de elegir, y de fomentar la enseñanza religiosa como vehículo para permitir a los estudiantes apreciar las diferencias y las particularidades de cada religión. Un problema no menor se presenta en los casos de los pueblos rurales más aislados, cuyos estudiantes verían coartadas sus posibilidades de recibir una educación religiosa acorde a sus decisiones.

A continuación, fue el turno del Dr. Navarro Floria, quien también reconoció la necesidad de buscar respuestas satisfactorias en los Tratados Internacionales, en su caso en el Pacto de San José de Costa Rica, que consagra el derecho de elegir de los progenitores. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha contemplado la necesidad de la libertad religiosa como cemento de una sociedad pluralista y democrática.

Además, el ponente destacó que una educación integral corresponde a los estudiantes por ser un derecho imprescindible; así como también integra su derecho a la identidad. Este derecho no se encuentra especificado en la Constitución argentina; sin embargo, ha sido identificado por la Corte Suprema vernácula.

Por último, el Dr. Floria recordó cómo en la Argentina no existe ninguna prescripción en favor de la laicidad; todo lo contrario, los principios constitucionales imponen al Estado el deber de brindar una educación integral (incluyendo, por supuesto, la religión).

El último ponente del día fue el Dr. Jorge Portela, quien comenzó con una pregunta: ¿La libertad, para qué? O sea, cuál es la idea de libertad que tenían los constituyentes, y que resultó plasmada en la Ley Suprema del país. Para responder a esta pregunta hay que reconocer a la libertad como un valor, tal como lo hace el Preámbulo de la Constitución; y también, como un Derecho Subjetivo.

A renglón seguido, el expositor se centró sobre algunas figuras destacadas del pensamiento filosófico-político, entre las cuales encontramos a: Kant, para él la libertad era la potestad [arbitrio] de cada uno en la medida del respeto hacia los límites impuestos por las libertades de los demás. Es un Derecho Subjetivo, constreñido por las máximas kantianas respecto a las leyes morales; B. Constant, quien en su famosa *Lectio magistralis*, pronunciada frente al Ateneo de París [en 1819], distinguió la libertad de los antiguos, de la libertad de los modernos. Los primeros veían a la libertad como algo público, como la posibilidad de reunirse y de tomar decisiones en grupos (por ejemplo, para ir a la guerra o elegir determinadas autoridades). Mientras que, para los segundos, los modernos, es el Derecho Subjetivo a no estar sometido solo a las leyes emanadas por autoridad competente; I. Berlin, quien separó la libertad en libertad positiva, o sea, ser plenamente autónomo; y libertad negativa, la ausencia de obstáculos o barreras externas. La primera se identifica con la libertad de los colectivos; la segunda, con los individuos.

Por último, y como cierre de la Jornada, el Dr. Orlando Gallo, director del Centro de Derecho Constitucional (UCA), centró sus palabras finales sobre una cuestión que hace al realismo constitucional y que consiste en preguntarse cómo pueden peticionarse derechos que van en contra de los derechos básicos. Recordó, también, una valiosa cita del historiador Fustel de Coulanges: “Quitad a las instituciones antiguas su inspiración religiosa y ellas aparecerán oscuras, indescifrables. Incorporémosle su religión a ellas e inmediatamente se iluminará el sentido sobre las mismas”.

RECENSIONES

Schauer, Frederick, *The Force of Law*, Cambridge-Massachusetts/London, Harvard University Press, 2015, 240 páginas.

Frederick Schauer fue profesor, originalmente, en la Universidad de Michigan y es actualmente profesor emérito de la *Kennedy School of Government* de la Universidad de Harvard, y dicta clases como *David and Mary Harrison Distinguished Professor* en la Universidad de Virginia. Asimismo, fue editor fundador de la revista *Legal Theory* y ha sido miembro del Comité de Filosofía del Derecho de la *American Philosophical Association*. Se ha especializado en Derecho Constitucional Norteamericano, sobre todo en lo referido a la libertad de expresión y, en el ámbito de la Filosofía del Derecho, se ha centrado en la teoría de la argumentación jurídica, principalmente en su libro *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. También ha escrito otros libros: *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, *Playing By the Rules*, *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, y, en último lugar, el que ahora se presenta: *The Force of Law*.

En este libro, el profesor norteamericano retoma la lucha del positivismo jurídico más ortodoxo contra las versiones más diluidas de esa corriente, en especial las que tienen sus raíces en el pensamiento de Herbert Hart (1907-1992). Es bien sabido que la jurisprudencia (o Teoría del Derecho) analítica tuvo su desarrollo originario en Gran Bretaña y luego en el resto de los países anglosajones, a partir de la obra de Jeremy Bentham (1748-1832), continuada luego por su discípulo, John Austin (1790). Para estos dos últimos autores, la principal característica distintiva del Derecho frente a los restantes ordenamientos sociales es la de ser invariablemente coactivo, es decir, estar necesariamente acompañado de la amenaza de una sanción para los incumplidores. Esta tesis, elogiada por su simplicidad, fue reiterada y desarrollada a lo largo de todo el siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX por una buena parte de la *Jurisprudence* anglosajona.

Pero en 1961 apareció el importante libro de Herbert Hart, *The Concept of Law*, en el cual el profesor de Oxford se apartaba de la tesis benthamiana y sostenía que la coerción no era un elemento necesario del Derecho, sino algo marginal, y que la internalización de las reglas jurídicas es suficiente en la mayoría de los casos para asegurar su cumplimiento efectivo.

En la saga del profesor de Oxford, toda una serie de filósofos del Derecho –en especial, Joseph Raz (1939)– atacó la tesis de la coerción como característica necesaria (esencial) del Derecho y fundamento de su definición, y comenzó a desarrollar una doctrina jurídica según la cual era posible definir al Derecho sin referencia a su elemento coactivo. En este sentido, para estos autores existía toda una serie de normas jurídicas que concedían poderes (de testar, de contratar, de casarse, de viajar al extranjero, etc.), que no contenían –o no principalmente– una referencia al uso de la fuerza; asimismo, toda una serie de reglamentos y directivas administrativas, en definitiva jurídicas, no hacían referencia a sanciones y existían ámbitos completos del Derecho que funcionaban aceptablemente sin incluir necesariamente la fuerza física; por otra parte, se discutía si instituciones jurídicas como la nulidad o las recompensas podían equipararse con las sanciones, y así sucesivamente. Esta doctrina de la no necesaria coercibilidad de la ley jurídica es, actualmente, la más difundida y la opción por defecto en los debates que tienen lugar en el pensamiento contemporáneo.

Contra esta explicación estándar del Derecho se organiza el presente libro de Schauer, quien intenta reflatar la concepción benthamiana de lo jurídico, reformulándola de modo de no caer en las más frecuentes críticas que se le han hecho –y se le hacen– por parte de los autores más difundidos. Esta revalorización de la tesis coactiva del Derecho la realiza Schauer desde una perspectiva claramente empirista, que no puede ser calificada como estrictamente filosófica sino más bien como sociológica o psico-sociológica, ya que dedica la mayor parte del libro al estudio de las motivaciones de la conducta jurídica y al impacto social de las diferentes formas de la coacción –habla de “arsenal” de la coerción–, así como de la influencia de las normas sociales sobre el Derecho y viceversa. Además, su principal referencia bibliográfica consiste en una serie de estudios de carácter empiriológico acerca del uso de la fuerza por el aparato estatal y de su repercusión en la vida social y jurídica.

Schauer reconoce que la teoría de Bentham y Austin de la coerción jurídica como necesaria al Derecho resulta fuertemente limitada, principalmente en razón de su restricción casi total al ámbito del Derecho Penal y su exclusión del ámbito de la coerción de toda una serie de medidas que el autor norteamericano considera innegablemente jurídicas: las retribuciones o recompensas (*rewards*), las nulidades, las pérdidas y atribuciones de derechos, etc. Para Schauer, todas esas medidas y varias otras más, que el autor estudia con gran detalle, implican necesariamente coerción y un cierto uso de la fuerza, ya que en última instancia será la policía la que hará cumplir las obligaciones que se derivan de las normas que las establecen.

Pero luego de haber dedicado la mayor parte del libro a la defensa de la afirmación de que las leyes jurídicas implican prácticamente siempre el

uso de la fuerza, es decir, que la fuerza es un fenómeno que invade todo el Derecho, el autor cae en un dilema aparentemente insoluble: la coerción está siempre presente (directa o indirectamente) en el Derecho, pero no puede decirse que le sea “esencial” o propia de su “naturaleza”, toda vez que considera que esos conceptos son “misteriosos” y no se pueden utilizar en sede científica. “Si –escribe Schauer– poniendo aparte las cuestiones acerca de conceptos y naturalezas y otras entidades misteriosas, queremos simplemente comprender el fenómeno del Derecho, tal como lo conocemos y lo experimentamos; [...] incluso si ponemos aparte la posibilidad de que la coerción defina al Derecho o sea un componente necesario del Derecho, es contraintuitivo rehusarse a reconocer que es ubicua en el Derecho [y que] constituye una parte significativa de lo que diferencia al Derecho de otras instituciones públicas” (pp. 158-159).

Ahora bien, si un elemento diferencia al Derecho de otras instituciones y está siempre (es ubicuo) en él, es precisamente lo que la filosofía ha denominado por siglos una “característica esencial” o “conceptual” y propia de su “naturaleza”, por más que un prejuicio empirista impida al autor reconocer esos calificativos y considerarlos “misteriosos”. Este es el resultado de la asunción de un indudable prejuicio empirista y antimetafísico, que conduce a una paradoja en la que se debate el autor en varios pasajes del libro: la de defender a la coerción en el Derecho como un elemento omnipresente, que sirve para diferenciarlo de los demás órdenes normativos y para conocerlo, pero que resulta ser meramente contingente, sin ningún vínculo necesario –sería “esencial”– con la realidad del Derecho. En definitiva, se trata de un intento de revalorizar en nueva clave la pretensión paleopositivista de identificar el Derecho con la mera fuerza (*raw force*), que se frustra, entre otras cosas, por la asunción de prejuicios empiristas y de un reduccionismo positivista que parecía ya pasado de moda.

CARLOS I. MASSINI CORREAS

Quintana, Eduardo M., *Filosofía jurídica, política y moral, en Jürgen Habermas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2007.

El pensamiento habermasiano y su contexto histórico

La lectura del presente libro me ha aportado mucho más de lo que esperaba: no sólo se cifran aquí las claves del pensamiento de este filósofo alemán, de su complejo y no siempre coherente pensamiento, sino que se hace un esfuerzo por situarlo en las encrucijadas de la historia de la filosofía, con lo cual uno termina repasando y profundizado la evolución del pensamiento de los últimos dos siglos. Se muestran aquí las tesis principales de John Rawls, de Ronald Dworkin, Niklas Luhmann, de la Escuela de Frankfurt, de Gadamer, además de los clásicos Kant, Hegel y Marx, que mucho influyeron en su pensamiento (a ello se dedica especialmente en los capítulos I, II y IV). Esto evidencia la buena metodología utilizada por Quintana, que no solo se limita a exponer el pensamiento del autor estudiado, sino que adecuadamente indica qué autores influyeron en su vida y cuál fue el contexto cultural que marcó su pensamiento.

Con estos antecedentes el lector se encontrará en una buena posición para captar a profundidad cómo nació, qué aspiraciones, aciertos y límites eventualmente puede mostrar la teoría de la acción comunicativa de Habermas. Esto resulta sumamente necesario para estudiar a autores como el de Düsseldorf, porque la filosofía de Habermas ciertamente no nació de una *epoché* fenomenológica que comienza el análisis procurando eliminar todo pre-judicio, ni de un pensamiento que se pretenda imparcial, sino de unos cometidos (o prejuicios¹) muy claros contra la filosofía pasada, bien definidos por el mismo autor: la tarea de la filosofía es la de emanciparse de la metafísica, de la *techné* del positivismo (volviendo al razonamiento práctico) y la de legitimar la moral, el Derecho y el poder. Por eso la modernidad, que emprendió esta tarea sin lograr culminarla, no fue sino “un proyecto inacabado”.

Muchos de los grandes filósofos han generado su sistema de pensamiento a partir de su propia teoría del conocimiento. Esto es manifiesto en Habermas, cuya teoría del conocimiento determinó su teoría comunicativa, eje de su sistema². Desde sus inicios, Habermas siguió de cerca la gnoseo-

1 Aclaro que Quintana no habla de “prejuicios”, sino que esta es una forma de explicar mía.

2 Como bien lo explica Quintana, “lo que Habermas propone como ‘teoría’ es un método que se transforma en sistema: la comunicación intersubjetiva mediante la cual los interlocutores, desde una ‘situación ideal del habla’ (sin coacciones y desinteresadamente), razonan

logía kantiana, a la que introdujo el concepto de “intereses” en el marco del conocimiento, que llegaron a ser *quasi trascendentales* (en contra de las categorías *trascendentales* kantianas). Entonces distinguió tres tipos de intereses que determinan el conocimiento: a) el interés técnico, que motiva el conocimiento en las ciencias empírico-analíticas; b) el interés práctico, que motiva las ciencias histórico-hermenéuticas, y c) el interés emancipativo, que motiva las ciencias emancipatorias que están al servicio de la autorreflexión crítica y se ocupan de los medios de dominio buscando suprimir las distintas formas de dominación social. Aquí se nota la gran influencia que Engels y Marx tuvieron en su pensamiento. Pero a diferencia de ellos, Habermas entiende que el cambio social debe darse en el ámbito de la comunicación y el entendimiento entre los sujetos. Termina, así, cayendo en la convicción de que los contenidos de la ética, la moral, el Derecho y la política deben ser definidos por un diálogo comunitario realizado en las mejores condiciones posibles, donde el mejor argumento convenza a todos. En su defecto –no se explica bien por qué– bastará atenerse al criterio de la mayoría. A partir de su obra, *Teoría de la acción comunicativa* (1981), su análisis sobre el discurso terminará fundamentando su ética discursiva, la defensa de la democracia deliberativa, los principios del Estado de Derecho y las bases requeridas para configurar una esfera pública mundial.

Crítica a la filosofía de Habermas

¿A dónde conduce una filosofía que desde el inicio parte con estos cometidos (o prejuicios)? Parece claro que no acertará a descubrir el rol que el mundo extramental (personas, cosas, cosmos, etc.) puede jugar en el Derecho, la moral, la ética y la política. Si el cometido de la filosofía es liberarse de toda ontología –cosa que, por lo demás, no consigue Habermas³–, toda reflexión sobre estos elementos se verá emponzoñada por los prejuicios asumidos. En realidad, esto no debería atribuírsele a Habermas, sino a los pensadores que le preceden, de los cuales es absolutamente predatario: Kant a la cabeza, la escuela neokantiana que escinde irreconciliablemente el “ser” y el “deber ser”, los nominalistas, entre otros antimetafísicos. Con el prejuicio de

dialógicamente hasta arribar a un acuerdo, basado en ‘el mejor argumento’. En definitiva, ‘el pienso’ cartesiano es sustituido por el ‘pensamos y argumentamos’ habermasianos, sin recurso alguno a la experiencia, sino sólo a los razonamientos convincentes” (p. 192).

3 Como bien explica Quintana, en los capítulos finales del libro, Habermas no puede desembarazarse de un mundo externo consistente, que llama el “mundo de la vida” y termina ontologizando también al discurso. Así, de forma taimada y sin admitirlo, termina aceptando un mínimo de metafísica –una metafísica amputada–, la mínima necesaria para justificar su pensamiento.

que la realidad extramental es inaccesible, los únicos parámetros posibles de verdad, razonabilidad, corrección o como quiera llamárseles⁴ son internos al ser humano (los fenómenos o emociones que siente, las categorías que estructuran el pensamiento, las ideas innatas para los racionalistas, etc.). Una teoría así es incapaz de explicar las cosas más evidentes. Por poner un ejemplo, el concepto “recursos escasos”, tan utilizado en el derecho de las telecomunicaciones y que confiere al Estado unas facultades muy especiales a la hora de asignar frecuencias, no es fruto del diálogo consensuado, sino de una realidad muy concreta: los recursos están contados y son pocos. Y lo mismo sucede con otros conceptos extraídos de la realidad en el derecho minero, ambiental, de la salud o inmobiliario.

La filosofía de Habermas tiene *a cuore* la meta de la emancipación, pero en un universo donde la ontología no tiene cabida y donde el diálogo lo define todo, no se sabe bien de qué debe emanciparse la persona: ¿del dinero o de la pobreza?, ¿de la ley o de no-ley?, ¿de lo bueno o de lo malo?, ¿de igualdad ramera o de la desatención a lo peculiar? Al final del camino todo esto queda en manos de las construcciones generadas por el diálogo social, cuya expresión máxima se trasluce en el diálogo político capaz de conversar y consensuar leyes, al menos en el criterio de la mayoría. Este diálogo político termina así convirtiéndose en parámetro de toda moral, ética y Derecho. En el fondo, no hay parámetro material estable que defina el norte de la filosofía habermasiana. Habermas prende las alarmas cuando alguien quiere hacer metafísica, levanta sospechas sobre el conocimiento experiencial, sobre lo que nos dicen nuestros sentidos y sobre todo género de conocimiento tradicional; a cambio, nos pide que solo tengamos por cierta, segura y fiable su teoría comunicativa, madre de todo saber ético, jurídico y político.

Quintana recoge de forma más precisa y detallada la crítica realizada a la teoría de la acción comunicativa, y luego sintetiza los problemas que se vierten en el Derecho de la siguiente manera:

“Resumimos, a continuación, en seis temas las observaciones que merece la noción habermasiana de Derecho: a) otorga al Derecho una hiperfuncionalidad totalmente impropia; b) se le ha imputado incurrir en la denominada ‘falacia normativista’; c) su razonamiento jurídico difícilmente elude la denominada ‘falacia procedimentalista’; d) resulta contradictorio negar contenido material a la moral, pero a la vez subrepticamente aparecen exigencias morales en las condiciones del discurso; e) surge una nueva contradicción derivada de la ante-

4 Ya hasta se duda de hablar de “verdad” y se busca decididamente encontrar algún concepto análogo.

rior entre el procedimiento ‘incondicionado’ y los derechos fundamentales pues éstos, a la vez, condicionarían la legislación positiva; f) resulta ficticio su postulado de una autolegislación en la que se diluyen las mediaciones políticas”.

Quintana analiza en varios lugares el problema de la legalización de la moral. De alguna manera, Habermas busca justificar el Derecho mediante la moral, y paradójicamente termina juridizando la moral. Las normas consensuadas en democracia, que son producto de la acción comunicativa, llegan de este modo a funcionar como “bisagra” que une la moral y el Derecho, y que termina dotándoles de contenido.

Aspectos positivos de la teoría de la comunicación aplicada al Derecho

Antes que seguir con la crítica –bien recogida, por cierto, en el libro–, más interesante resulta ahora considerar qué aportes se le reconocen a la teoría del discurso. A lo largo del libro Quintana también resalta los méritos que ha tenido esta teoría, como el de hacer notar las falencias del positivismo y el intento de recuperar la noción de razonabilidad para el Derecho. Tales pasajes del libro son muy sugerentes y hubiéramos deseado que el autor profundizara mucho más en ellos.

Desarrollando estos pasajes, pienso que los mayores aciertos de Habermas se dan en aquello en lo que decidió centrar principalmente su atención: en el papel que juega la intersubjetividad y el diálogo racional en la moral y en el Derecho. Ya los antiguos se daban cuenta de que dos pares de ojos ven mejor que uno en los temas humanos, donde juega un rol importante el elemento de la libertad. Contra los iusnaturalismos racionalistas hemos de decir que el Derecho no es pura razón; contra los iusnaturalismos extremadamente realistas hemos de destacar que el Derecho no solo es fruto de la naturaleza humana y/o cósmica; en realidad, el Derecho también muestra una fuerte impronta personal, un sello ocasionado por ese íntimo acto de ser personal que –según Polo– es creativo, innovador, original, coexistente, libre. En realidad, como mantiene Habermas, *el Derecho no puede existir sin intersubjetividad, ni puede ser irracional, ni la ley puede nacer sin diálogo comunitario*.

Según los clásicos, *ubi societas ibi ius*. Habermas nos dice un poco más: no basta que exista un conjunto de personas, sino que es necesario que los sujetos actúen lo más honestamente posible para generar las normas de comportamiento. Hay un aporte *personal*, creativo, único, distinto al ontológico-cósmico que hace el sujeto. El acto de ser personal introduce una novedad en el universo, y esto es evidente en los lugares por donde ha pasado

el hombre, donde quedan sus huellas: ciudades, acueductos, construcciones, etc. En este sentido, el Derecho es un constructo humano (aunque no sólo humano). Finnis señalaba que uno de los aportes más extraordinarios de Santo Tomás de Aquino a la Teoría del Derecho consta en la q. 95 de la *Summa*, donde señalaba que el Derecho superior generaba el Derecho inferior por dos vías: la de la *conclusio* y la de la *determinatio*. Habermas, sin quererlo y hasta casi reprochándolo, aporta un poquito más señalando cómo puede realizarse aquella *determinatio* humana. El diálogo racional, hecho en las mejores condiciones posibles y con los mejores argumentos que cada generación posea, es ciertamente lo más conveniente: (i) para que los políticos alcancen más consensos racionales y así emitan las leyes de cada país, y (ii) para que los ciudadanos acepten las leyes y no les resulten una imposición irrazonable. Las autoridades ciertamente tienen el deber de explicar el sentido de sus mandatos, de convencer –en la medida de lo posible– sobre la justicia o conveniencia de sus normas. De igual manera, los ciudadanos han de esforzarse, a través de un diálogo muchas veces diferido (a través de la prensa, noticieros, etc.), en comprender aquello que hay de razonable y justo de las leyes. Esto es lo que realmente otorga la más profunda legitimación a las leyes.

En cierto sentido, Habermas nos parece que entiende más al ser humano, que los modernos. Habermas se ha aproximado al tema desde una moral “en primera persona” y “en sociedad”, y consideramos que esto representa un verdadero acierto. El iusnaturalismo racionalista albergó esperanzas en la posibilidad de escribir un código moral petrificado, incapaz de evolucionar a través de los siglos. Esto solo sería posible si todos los hombres, de todos los tiempos, lo supieran todo. Sin embargo, no parece que esa fuera la condición humana. El conocimiento humano es más bien limitado, educable, acumulativo (las generaciones posteriores tienden a acumular el conocimiento transmitido por las anteriores) y evoluciona con el tiempo, para bien o para mal. Por eso es perfectamente posible que varias sociedades no hayan visto con malos ojos la esclavitud, el divorcio, la desigualdad de la mujer y la poligamia, y que pese a ello hayan surgido hombres justos en tales sociedades, como el santo Rey David, que tenía varias mujeres y esclavos. Es bien conocido que este Rey adúltero, que sin embargo conservaba buenas disposiciones para el diálogo, se dejó convencer por el mejor argumento que el profeta Natán le presentó. Por otro lado, obsérvese que Natán tampoco le reprendió la poligamia, ni la esclavitud (estaría fuera de época), sino solo aquello que su sociedad entendía –dentro de la verdad que había podido captar– que era reprochable.

Perspectivas del pensamiento habermasiano

El pensamiento de grandes autores como Habermas muestra nuevas potencialidades si se introducen aquellas cosas faltantes. A Habermas le faltó, por prejuicio, justamente todo el capítulo de la metafísica. Mucho habría podido avanzar si hubiera desarrollado cómo “el mundo de la vida” influía en el conocimiento humano, determinándolo parcialmente, aunque sin ahogar la libertad, creatividad o “construcción” humana⁵.

También le faltó a Habermas profundizar más en la teoría del conocimiento de los clásicos, especialmente en la doctrina aristotélica. Aunque el Estagirita descubrió el silogismo en los Analíticos, y quedó fascinado con él, jamás fue un “panlogista” que reducía todo a silogismos, porque se percató de que “la teoría del silogismo es la lógica del conocimiento de lo necesario”⁶. Aristóteles desarrolló su teoría del conocimiento no sólo en los Analíticos, sino también en los Tópicos, la Retórica, la Poética y las Categorías. Un lugar central en la materia lo constituyen los “tópicos”, que son los “lugares comunes” o “convicciones sociales compartidas” que, por lo mismo, no gozan de necesidad en sentido estricto. Ellos admiten la discusión, y se diferencian según el tipo de comunidad que los acepte. “¿Quién vence en una discusión? El que tiene mejores razones. En cambio, cuando se trata de lo necesario, la discusión carece de sentido. Lo necesario se puede enseñar, pero no se puede discutir”⁷. Pero puede suceder que en la discusión no existan “tópicos” (convicciones comunes); entonces convendría aplicar la retórica. Por eso, para Aristóteles “la retórica tiene un uso fundamentalmente político y jurídico,

5 Según nuestro entender, expresado en la imagen de la pirámide invertida, el espacio jurídico sufre una reducción escalonada: primero en la realidad, luego en la comprensión humana y finalmente en los actos de voluntad. La realidad ofrece extraordinarias posibilidades jurídicas, muchas más de las que cada hombre puede captar; la inteligencia –individual o comunitariamente considerada– capta algunas pocas, y de esas pocas la voluntad escoge menos. Habermas parece haber centrado su análisis en lo que sucede con la inteligencia y la voluntad, olvidándose del mundo real y de sus límites. Sobre el tema, conf. mi obra (2016). *Metafísica jurídica realista*. Buenos Aires. Marcial Pons.

6 Polo Barrena, L. (2002). *Introducción a la Filosofía*. 3ª ed. Pamplona. Eunsa, 142. A continuación añade: “El silogismo es el método demostrativo riguroso. Se requieren dos condiciones para que funcione con entero rigor: que nosotros conozcamos lo necesario y que lo necesario exista (respectivamente, lógica formal y lógica material). En tal caso, se pueden conseguir conclusiones, en sentido estricto, es decir, se logra un razonar riguroso, demostrativo, aplicable a la ciencia teórica”.

7 *Ibidem*. Polo concluye que “al distinguir estas dos dimensiones del hombre (su parecido con los dioses y su condición de animal social) tenemos las dos lógicas de Aristóteles. Por eso dice que cuando se trata de un saber práctico (acerca de lo útil, de lo justo, etc.) cuatro ojos ven más que dos. En cambio, cuando se trata de la ciencia rigurosa cuatro ojos no ven más que dos. El científico se puede aislar [...]” (143).

en orden a resolver conflictos de intereses. Cuando hay conflictos de este tipo dentro de un grupo social sin convicciones comunes, se acude a la lógica para determinar un ganador. Cuando se trata de convencer sin partir de convicciones comunes, más que buenas razones, lo que hay son razones más o menos fuertes dirigidas, por ejemplo, a la emotividad. Por eso, al científico no hay que pedirle que sea persuasivo; al político, sí. Pero no se puede abandonar la actividad del pretor a la arbitrariedad. Hay que averiguar el tipo de lógica que utiliza⁸. Pensamos que estas consideraciones de los clásicos hubieran servido mucho para matizar el grado de razonabilidad, certeza o veracidad a los que podría llegar la acción comunicativa, y la misma necesidad de ella en la moral y el Derecho.

¿Cuánto más no se podría ampliar la teoría de la comunicación aplicada al Derecho si no se hubiera cercenado toda la teoría del conocimiento de los antiguos?

JUAN CARLOS RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA

8 *Ibidem*, 144. La retórica no conduce a resultados de gran certeza. Polo considera que “eliminado el excesivo prestigio del silogismo, su uso lógico en la tópica es el más importante. Su uso retórico es más débil, porque el término medio del silogismo retórico es el menos universal (a la lógica retórica cabe llamarla lógica indicial; el término medio en ella no es más que un indicio)” (146).

Navarro Floria, Juan G., *Los derechos personalísimos*, Buenos Aires, El Derecho, 2016, 229 páginas.

En el marco de la colección sobre el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCC), de la editorial El Derecho, el profesor Juan G. Navarro Floria nos ofrece una valiosa aproximación sistemática a la regulación de los llamados “derechos personalísimos”. La incorporación de un capítulo dedicado a estos derechos en el marco del Título I referido a la persona humana, del Libro I que trata sobre la parte general, puede considerarse como una de las principales novedades metodológicas del CCC en relación al extraordinario Código Civil de Vélez Sarsfield (como acertadamente afirma nuestro autor). De allí que resulte muy oportuna la obra para todo aquél que quiera tener un estudio serio, suficiente y completo sobre este importante campo del Derecho Civil.

El profesor Navarro Floria plasma en este libro su larga trayectoria docente y su dedicación al estudio de la persona humana. Con un estilo pedagógico, claro y jurídicamente riguroso, desarrolla el tema a partir de la estructura propuesta por el CCC, pero con apertura a otros aspectos y normativas que complementan el nuevo Código. La obra logra, así, ser un buen compendio de las regulaciones sobre los derechos personalísimos, una temática tan amplia y compleja que desborda en muchos sentidos los acotados alcances del CCC. De esta manera, el autor entrelaza el estudio de las disposiciones de los artículos del CCC con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, otras leyes y normas y con la jurisprudencia más relevante, tanto internacional como nacional. El estilo no se limita a ser una reiteración parafraseada de los artículos del CCC que se comentan, sino que se arma a partir de una consideración sistemática y metodológicamente ordenada de los tópicos en juego, con una precisa identificación de los principales problemas implicados y oportunas apreciaciones valorativas de las disposiciones en estudio.

La obra se estructura en 8 capítulos. Luego de la introducción, los capítulos 2 y 3 presentan las nociones generales y la introducción a los derechos personalísimos en el CCC. Luego se despliega la tradicional división tripartita de estos derechos: derechos de la integridad física, derechos de la integridad espiritual y derechos de la libertad. El autor aclara que esta clasificación tiene “una intención puramente didáctica, sin que implique ninguna pretensión filosófica de disociar ambas dimensiones de la persona” (p. 31). El capítulo 7 presenta las acciones de protección de los derechos personalísimos y el capítulo final, las conclusiones.

La introducción nos ofrece un recorrido por el itinerario jurídico de los derechos personalísimos en el ordenamiento argentino. Así, nos recuerda el autor la nota al art. 2312, en la que Vélez Sarsfield plasmaba su visión

sobre esos derechos, “los más importantes, que no son bienes, tales como ciertos derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etc.”. El autor presenta sucintamente el desarrollo legislativo, jurisprudencial y doctrinario que hacía necesario que estos derechos se incorporaren al Código.

En cuanto a las nociones generales, el autor destaca la centralidad de la persona humana y propone una caracterización y definición de los derechos personalísimos, advirtiendo que, aunque se desdibuje la distinción tajante entre sujeto y objeto del derecho, se puede entender que el objeto de estos derechos sea una manifestación de la personalidad humana, dejando aclarado que el objeto no es la persona en cuanto tal y en su totalidad, sino un aspecto o faceta de ella (conf. p. 12).

El capítulo 3 sobre los derechos personalísimos en el CCC enlaza el tema con la llamada “constitucionalización del Derecho Privado” y se focaliza en las normas generales que contiene el CCC sobre la dignidad humana, los derechos personalísimos y su disposición. También aclara que existen otras normas sobre estos derechos dispersas a lo largo del CCC, lo que considera razonable e inevitable en general, pero puntualizando algunas discrepancias. Aquí se articulan oportunas referencias al tema de la capacidad y la competencia para el ejercicio de los derechos. En criterio que compartimos, para Navarro Floria, el CCC elude la compleja cuestión de la competencia que se presenta como un concepto diverso del de la capacidad de obrar. El estudio de este capítulo se cierra con la consideración de la centralidad de la dignidad humana y sus proyecciones tanto a nivel personal como a nivel de la humanidad.

Los derechos de la integridad física son estudiados detenidamente en el capítulo 4. Comenzando por el derecho de vivir, el texto despliega en forma sintética, pero completa y clara, los grandes debates actuales: la protección penal de la vida humana, la indisponibilidad de la vida propia y ajena, el inicio de la vida y el aborto, la fecundación extracorpórea (donde el autor advierte que el CCC no ha logrado abordar con éxito el problema de las técnicas de reproducción humana asistida), la experimentación con embriones humanos, el fin de la vida y el suicidio, la eutanasia y la prolongación artificial de la vida, los enfermos terminales, la prestación del consentimiento por un tercero y el derecho al proyecto de vida. La redacción resulta clara, precisa en las referencias normativas y jurisprudenciales y con oportunas referencias a los principios y valores de fondo que están en juego. El segundo gran apartado de este capítulo trata sobre el derecho al cuerpo. Aquí se estudia el art. 17, CCC, que no está en el capítulo sobre derechos personalísimos y al que Navarro Floria considera como una disposición “algo oscura y de alcances poco definidos, pero que al menos permite colocar tanto al

cuerpo humano como a sus partes como regla fuera del comercio y en campo extrapatrimonial” (p. 60). Se considera aquí todo lo referido a la integridad corporal, siguiendo un método similar al anterior: se desglosa el tema en los tópicos implicados. Así, encontramos la cuestión de la protección penal de la integridad corporal, el derecho a la salud brevemente considerado, los actos de disposición sobre el propio cuerpo, los tratamientos médicos y las intervenciones quirúrgicas y el consentimiento informado, las directivas médicas anticipadas, la investigación científica y tratamientos experimentales sobre personas humanas, la sangre humana, la disposición de gametos y la maternidad subrogada y alquiler de vientres. Se advierte, así, que la obra ofrece un breve pero exhaustivo compendio de grandes temas de actualidad. Estos temas, además, están presentados con referencia a otras normas que exceden al CCC y que lo complementan, como ocurre en todo el texto. Se puede advertir en este punto algo que parece inevitable en estas materias: algunas reiteraciones con temas ya tratados, como el del consentimiento que guarda vinculación con lo ya dicho sobre capacidad para ejercer los derechos personalísimos. Hay en el libro un muy buen estudio comparativo del CCC en relación a la Ley N° 26.529 de derechos del paciente, un aspecto que es insoslayable en este tema. El capítulo continúa con la consideración de los trasplantes de órganos, un tema que no figura propiamente en el CCC sino en la Ley especial N° 24.193. El cuarto apartado se dedica a las “actividades riesgosas” y el capítulo finaliza con la consideración del cadáver humano y las exequias, en un estudio exhaustivo que destaca que el cadáver, no siendo ya una persona, no es tampoco una cosa y merece una consideración en homenaje a la persona que lo habitó.

El capítulo 5 sobre los derechos de la integridad espiritual comprende el estudio sobre el derecho a la identidad, al honor, a la intimidad y a la imagen. Siguiendo el mismo método que en el capítulo anterior, cada uno de estos derechos es estudiado en sus principales cuestiones de Derecho Civil. Respecto al derecho a la identidad, luego de definirlo y precisar que es un derecho autónomo en relación a la imagen (por cierta confusión que puede generar la redacción del art. 52, CCC), se señala su alcance, su protección internacional y penal, y los conflictos con otros derechos. Se trata también la identidad de género, con un estudio de la Ley N° 26.743 y oportunas referencias a la polémica médica y bioética que encierra la cuestión. La protección del derecho al honor es estudiada luego, en su dimensión internacional y penal, en su aspecto civil y se realiza una consideración detenida de las tensiones entre derecho a la intimidad y honor y libertad de expresión y derecho de informar, con un buen recorrido jurisprudencial. Se estudia también el tema de internet y el derecho a la información, y el derecho de rectificación o respuesta. El apartado se completa con el estudio del honor de los muertos, el honor familiar y el honor de las personas jurídicas. Recordando que

“el derecho a la intimidad es uno de los derechos personalísimos que más tempranamente tuvo tratamiento legislativo específico en la Argentina” (p. 154), el tercer apartado está dedicado a este importante derecho. Nuevamente se considera su protección internacional y penal, la intimidad en el CCC, la intimidad y la libertad de prensa, la intimidad y la correspondencia privada, la intimidad y los datos personales y la intimidad familiar. Finaliza el capítulo con el derecho a la imagen, considerando su concepto y alcance, el consentimiento para el uso de la propia imagen, la imagen en internet y las redes sociales y el uso de la imagen luego del fallecimiento.

El capítulo 6 sobre los derechos de la libertad se ocupa de tres derechos personalísimos: la libertad de conciencia y la objeción de conciencia, la libertad de domicilio y la libertad de matrimonio. En relación a la conciencia, entramos en una temática que nuestro autor ha profundizado de forma sostenida y rigurosa, encontrándose entre los referentes de la materia. El tratamiento de los tres temas se realiza en forma ágil, sintética, con precisión sobre los problemas en juego y oportunas distinciones.

Las acciones de protección de los derechos personalísimos constituyen el eje del capítulo 7. Se distinguen las acciones de prevención, que son mencionadas en el art. 52, CCC, y se realiza un estudio armónico con las disposiciones del capítulo pertinente referido a los daños (arts. 1710 a 1715, CCC). Aquí se considera la problemática de la interacción con la libertad de expresión y los casos de censura. Luego se consideran las acciones de reparación, identificando los daños indemnizables y las reparaciones en especie o mediante una indemnización monetaria. También en este punto el texto incorpora la correlación con las normas del CCC sobre responsabilidad civil. El capítulo finaliza con acciones específicas de protección incluidas en la ley de trasplantes de órganos, el hábeas data y la protección de la integridad física y psíquica en el ámbito familiar.

El libro finaliza con un capítulo de conclusiones, que ofrece un breve balance de la forma en que está regulada la materia en el CCC y las dificultades que presenta en relación a otras normas.

La obra en todo tiempo se mantiene en el campo del estudio del Derecho Civil, con la necesaria referencia a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos implicados, aunque dejando abierta la puerta a los problemas de orden filosófico y político subyacentes. En síntesis, como ocurre con los libros de esta Colección de la editorial El Derecho, se trata de un texto de referencia tanto para la enseñanza de grado o posgrado como para el profesional o funcionario judicial que quiere contar con una clara exposición de la nueva regulación civil.

JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE

REVISTA *PRUDENTIA IURIS*

NORMAS DE PUBLICACIÓN

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

I. Cobertura temática

1. La Revista *Prudentia Iuris* publica textos relacionados con la investigación jurídico-política conforme a su misión que se inserten en las siguientes categorías temáticas:
 - 1.1. Filosofía del Derecho (Derecho Natural, Teoría del Derecho, Principios e Instituciones Jurídicas).
 - 1.2. Derecho Público (Constitucional, Administrativo, Penal, Laboral y Previsión Social, Tributario, Político, Internacional).
 - 1.3. Derecho Privado (Civil y Comercial).
 - 1.4. Historia del Derecho.
 - 1.5. Derecho Canónico y Eclesiástico.
 - 1.6. Derecho Comparado.

II. Secciones de la Revista

1. Trabajos de Investigación:

- 1.1. Se publicarán dentro de esta sección trabajos que cumplan con los siguientes requisitos:
 - que el tema tratado realice aportes científicos y ofrezca conceptos novedosos que enriquezcan el conocimiento;
 - que exista coherencia en la estructura demostrativa o argumentativa entre el problema, los objetivos, el método, los resultados y las conclusiones;
 - que la bibliografía sea actualizada y pertinente con la temática y que el texto sea inédito.
- 1.2. No podrán tener una extensión menor a las 4.000 ni mayor a las 12.000 palabras. La Redacción se reserva el derecho a publicar artículos en dos fascículos diferentes.

- 1.3. Estos trabajos serán sometidos al arbitraje de evaluadores conforme al punto IV.
 - 1.4. Los trabajos de investigación propuestos para esta sección deberán ser originales, comprometiéndose los autores a no presentarlos simultáneamente a otra publicación, ni a publicarlos sin autorización de la revista *Prudentia Iuris*. Los autores deberán enviar por vía digital a la Revista una carta firmada que atestigüe la originalidad del texto tomando como guía el formulario disponible en el sitio web de la Revista.
 - 1.5. El trabajo deberá enviarse con el título en idioma original y además en inglés; un resumen de entre 150 y 250 palabras y palabras claves en un número no mayor a 6, ambos en idioma original y en inglés. Al final del trabajo se debe incluir la lista de bibliografía utilizada.
- 2. Notas y Comentarios:** trabajos breves sobre tópicos jurídicos, jurisprudencia o legislación. Extensión menor a 4.000 palabras. Los trabajos propuestos para esta sección deberán ser originales, comprometiéndose los autores a no presentarlos simultáneamente a otra publicación, ni a publicarlos sin autorización de la revista *Prudentia Iuris*. Los autores deberán enviar por vía digital a la Revista una carta firmada que atestigüe la originalidad del texto tomando como guía el formulario disponible en el sitio web de la Revista. Deberá enviarse el título en idioma original y en inglés; un resumen de entre 150 y 250 palabras y palabras claves en un número no mayor a 6, ambos en idioma original y en inglés. Al final del trabajo se debe incluir la lista de la bibliografía utilizada.
- 3. Recensiones:** reseñas de libros de aparición reciente (en principio no más de dos años) con una extensión máxima de 2.000 palabras.
- 4. Cátedra Ley Natural y Persona Humana:** artículos, comentarios y reseñas que se relacionen con la Cátedra, incluyendo ponencias y comunicaciones que se presenten en Jornadas atinentes a la Cátedra que a criterio del Director merezcan ser publicadas por su relevancia académica. Los requisitos son los mismos que los puntos 1, 2 y 3 del presente apartado según sea la índole del texto.
- 5. Documentos:** la Dirección de *Prudentia Iuris* seleccionará para cada número aquellos documentos que considere relevantes conforme a la temática o problemas atinentes a los objetivos de la Revista, tales como textos del Magisterio de la Iglesia, Declaraciones de la Facultad de Derecho o Corporaciones o Colegios de Abogados, o de las múltiples Academias Jurídicas, Políticas y Científicas, etc.
- 6. Otras secciones según la necesidad del número publicado:** noticias, traducción o publicación de textos ya publicados en otras

lenguas, publicación de Conferencias y/o Comunicaciones en Congresos o Seminarios, etc.

III. Los autores

1. Deben enviar sus datos personales y los de la institución a la que pertenecen. El autor deberá indicar además su dirección de correo electrónico para ser publicada en la Revista.
2. Se autorizará a los autores que publiquen total o parcialmente sus trabajos en otras revistas, siempre y cuando aparezca al comienzo del artículo la referencia del número de *Prudentia Iuris* en el cual haya aparecido.
3. Los autores recibirán como agradecimiento y cortesía dos ejemplares del número de *Prudentia Iuris* en el que fue publicado su artículo.
4. Los autores de los artículos publicados además cederán sus derechos a la editorial, en forma no exclusiva, para que incorpore la versión digital de los mismos al Repositorio Institucional de la Universidad Católica Argentina como así también a otras bases de datos que considere de relevancia académica.
5. Los autores deberán declarar además todo lo relacionado con algún conflicto de intereses tales como si la investigación ha sido financiada por alguna institución, o si ha sido realizada en el marco de una beca, o si ha existido colaboración de personas que merezcan reconocimiento, etc.

IV. Evaluación inicial y arbitraje

1. Los documentos recibidos pasarán por una evaluación inicial realizada por los editores u otros especialistas a pedido de la Dirección Editorial para discernir la originalidad, relevancia e interés científico y decidir su aceptación o no para la publicación. En el caso de los artículos de investigación, tal evaluación inicial se orienta a decidir el pase del trabajo a arbitraje. La Revista se reserva la posibilidad de rechazar trabajos en forma anticipada, brindando los motivos del caso. En caso de desacuerdo con la decisión, el eventual pedido de reconsideración será sometido al Comité Editorial de la Revista.
2. Además, la Secretaría de Redacción hace una corrección preliminar de estilos. Por ese motivo, los autores pueden recibir sugerencias o una versión revisada del texto o ser consultados para solucionar dudas,

- antes de iniciar el proceso de arbitraje en el caso de los artículos de investigación o bien de su publicación en el resto de las contribuciones.
3. *Prudentia Iuris* sólo iniciará el proceso de arbitraje de trabajos que se ajusten a las presentes “Normas de publicación”. La adaptación de los originales a las normas de la Revista es responsabilidad de los autores. La Revista no cobra aranceles por el proceso de evaluación de trabajos para publicación.
 4. Los textos enviados a *Prudentia Iuris* para la sección de “Trabajos de Investigación” serán evaluados por uno o dos especialistas externos a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, designados por la Dirección de la Revista. Estos textos se someterán a arbitraje según el sistema de “doble ciego” para preservar el anonimato de los autores y de los árbitros.
 5. Los árbitros solicitados deberán evaluar los trabajos conforme al punto II.1, según el formulario correspondiente y deberán guardar confidencialidad respecto a todo lo referido a su intervención como evaluadores.
 6. El plazo para la realización del arbitraje será como máximo de 60 días desde la recepción del texto. Como agradecimiento a su colaboración se le entregará un ejemplar del número de la Revista en que hubiere intervenido como árbitro.
 7. El dictamen del árbitro deberá indicar: Aprobado – Aprobado con cambios (opcional u obligatorio) – Aprobado, pero el árbitro verificará las correcciones – Rechazado. El dictamen será comunicado al autor.
 8. En caso de controversia en el proceso de arbitraje, la cuestión será resuelta por el Comité Editorial de la Revista.
 9. En todos los casos, se publicará la fecha de recepción del trabajo y la fecha de su aceptación, sea por el árbitro académico, o bien por la Dirección Editorial, según corresponda.

Anexo: Formato básico para textos y citas bibliográficas

Textos

Papel A4; interlineado 1,5; tipo de letra Times New Roman: **NEGRITA DE 14 puntos para el título, *negrita y cursiva de 12 puntos para los subtítulos de primer nivel, cursiva de 12 puntos para los subtítulos de segundo nivel*, 12 puntos para el cuerpo del texto y 10 puntos para las notas a pie de página.**

El título deberá ser acompañado además por una versión en inglés en letra ***Negrita de 11 puntos Times New Roman.***

Citas bibliográficas

Seguimos las normas internacionales de referencia pautadas por APA (*American Psychological Association*) que se utilizan en las publicaciones atinentes a las Ciencias Sociales. Al final del trabajo se debe incluir la lista de bibliografía utilizada.

Libros: Apellido autor, Iniciales nombre autor. (Año). *Título en cursiva*. Ciudad. Editorial.

Ej.: Gilson, É. (1997). *El realismo metódico*. Madrid. Encuentro.

En versión electrónica: Apellido, A. A. (Año). Título. Recuperado de <http://www.wwwww>.

Ej. Carpintero Benítez, F. (1999). *La ley natural. Historia de un concepto controvertido*. Recuperado de .

Capítulo de un libro: Apellido, A. A. “Título del capítulo”. En A. A. Apellido. Título del libro (páginas). Ciudad. Editorial.

Ej. Barrow, R. H. (1980), “El genio práctico romano”. En Barrow, R. H. *Los romanos* (35-48). Buenos Aires, FCE.

Artículos científicos: Apellido autor, Iniciales nombre. (Año). Título del artículo. *Nombre de la Revista* (cursiva), Volumen, Número, Páginas.

Ej. De Martini, S. M. A. (Junio 2013). Raíces ideológicas de la perspectiva de género. *Prudentia Iuris*, Nro. 75, 67-89.

Conferencias, Ponencias en Simposio o Congresos: Apellido autor (es), Iniciales nombre. (Año). Título de la conferencia o ponencia. “En” Nombre del editor (Ed.), *Nombre del Congreso, Simposio o Jornada* (cursiva) (páginas). Ciudad. Editorial.

Ej. Arias de Ronchietto, C. E. (2003). Reglamentación legal de la filiación por dación o abandono del concebido crioconservado y reglamentación legal de las técnicas de procreación humana asistida en la República Argentina. En Casiello, J. J. y Nicolau, N. L. (Eds.), *XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Tomo 1, 37-44). Rosario. Lux.

Artículo de diario: Apellido autor, inicial del nombre (año, día y mes). Título del artículo. *Nombre del diario* (cursiva), páginas.

Ej. Ventura, A. (2013, 29 de noviembre). La Corte se distancia de la aprobación del proyecto sin consenso. *La Nación*, 7.

La Dirección de *Prudentia Iuris* se reserva el derecho de ajustar el estilo del aparato crítico a las normas de la Revista.