



NÚMERO 13. INVIERNO 2014



[www.urbeetius.org](http://www.urbeetius.org)

---

**Asociación Civil  
URBE et IUS**

**Presidente**  
Oscar José Ameal

**Vicepresidente**  
Norberto Sarubinsky Grafín

**Secretario General**  
Carlos M. Costanzo

**Dirección Ejecutiva**  
Pablo Villarruel

**Correspondencia y  
Suscripciones**

Lavalle 1494. Piso 1° "A"  
(C1048AAJ)  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires  
Tel.Fax: (54-11) 4372-0557

secretaria@urbeetius.org  
www.urbeetius.org

**Entidad Responsable:**  
Asociación Civil URBE et IUS

Las opiniones vertidas por los autores no representan necesariamente el pensamiento de la publicación. Todos los Derechos Reservados de URBE et IUS formato papel y URBE et IUS formato digital, según marca la Ley. Propiedad intelectual en trámite.

Queda prohibida la reproducción total o parcial de este material sin la previa autorización de la redacción.

# REVISTA



**Director**

Juan Sebastián De Stefano

**Editores**

Horacio Ruiz  
Juan Francisco Seguí

**Editor asociado**

Javier Buján

**Colaboradores**

Mariana Acerbo  
Paola Germana  
Vanesa Jurado Giménez  
Mara Mobilia  
Santiago Moscovich

**Consejo editorial**

Alvarez Ledesma Mario I. (México)  
Ameal Oscar José (Argentina)  
Balbín Carlos Francisco (Argentina)  
Biglieri Alberto (Argentina)  
Buigo Marcelo (Argentina)  
Cárcova Carlos (Argentina)  
Centanaro Esteban (Argentina)  
Cevasco Luis (Argentina)  
Cippitani Roberto (Italia)  
Del Azar Jorge (Argentina)  
Ferré Olive Juan Carlos (España)  
Gallegos Fedriani Pablo (Argentina)  
Gherzi Carlos (Argentina)  
Guerra Cerrón María Elena (Perú)  
Hundskopf Exebio Oswaldo (Perú)  
Hutchinson Tomás (Argentina)  
López Rocío (El Salvador)

Mastronardi Vincenzo (Italia)  
Muñoz Conde Francisco (España)  
Parma Carlos (Argentina)  
Pelayo Möller Carlos María (México)  
Pérez Bejarano Alfredo (Perú)  
Picasso Sebastián (Argentina)  
Pigozzi Fabio (Italia)  
Reyna Alfaro Luis Miguel (Perú)  
Sanchez de la Cruz Jorge (Perú)  
Sánchez Sánchez Zulima (España)  
Sarubinsky Grafín Norberto C. (Argentina)  
Stolbizer Margarita (Argentina)  
Troya Ugo (Italia)  
Vittadini Andrés Susana N. (Argentina)  
Wuller Ana (Argentina)

**Traducción y corrección**

Marisol García  
Félix Aguayo Salas  
Gabriela Scherlis

**Diseño y Maquetación**

Andrea Grillo

# 10 años

AR	<b>10 años construyendo ciudadanía</b> <i>Por Juan Sebastián De Stefano</i>	<b>05/06</b>
MX	<b>Acceso a la Justicia</b> <i>Por Mario I. Álvarez Ledesma</i>	<b>07/19</b>
AR	<b>Clasicismo y modernidad del Derecho Administrativo como vínculo entre la acción administrativa y el derecho</b> <i>Por Tomás Hutchinson</i>	<b>20/28</b>
AR	<b>El Papa Francisco y la Iglesia Latinoamericana</b> <i>Por Rodolfo C. Barra</i>	<b>29/38</b>
IT	<b>Papel de los jueces en la aplicación de los derechos de origen transnacional</b> <i>Por Roberto Cippitani</i>	<b>39/49</b>
IT	<b>¿Una justicia comunitaria?</b> <i>Por Silvio Ciappi</i>	<b>50/52</b>
ES	<b>Contribución a una epistemología jurídica del sufrimiento humano: La fundamentación de los DESC (Derechos Económicos, Sociales y Culturales) en los procesos de justicia transicional.</b> <i>Por Antonio Madrid Pérez</i>	<b>53/62</b>
AR	<b>La obsolescencia del artículo 3.470 del Código Civil en materia de Sucesiones Internacionales</b> <i>Por Sara L. Feldstein de Cárdenas</i>	<b>63/74</b>
ES	<b>Los Derechos Fundamentales como instrumento de integración regional en Europa</b> <i>Por Susana Sanz Caballero</i>	<b>75/82</b>
IT	<b>Ética, sport e doping oggi</b> <i>Por Fabio Pigozzi</i>	<b>83/84</b>
IT	<b>Il rischio consentito nell 'attività' sportiva (scriminante)</b> <i>Por María Moroni</i>	<b>85/88</b>
IT	<b>Il Lupo Solitario: terrorismo ideologico – religioso nella società liquida</b> <i>Por Monique Iandolo y Vincenzo Mastronardi</i>	<b>89/96</b>

# URBE TIUS

ha firmado convenios de cooperación e intercambio con las siguientes instituciones:



Universidad de  
Lomas de Zamora



Facultad de Derecho  
de la Universidad  
de Buenos Aires



UNIVERSIDAD DE  
**Belgrano**  
BUENOS AIRES - ARGENTINA



SAPIENZA  
UNIVERSITÀ DI ROMA



CENTRO INTERUNIVERSITARIO  
DI RICERCA PER LO SVILUPPO  
SOSTENIBILE - CIRPS



UNITELMA SAPIENZA



PODER JUDICIAL  
DEL PERÚ  
Corte Superior de Justicia  
del Callao (Perú)



PODER JUDICIAL  
DEL PERÚ  
Corte Superior de Justicia  
de Lima (Perú)



Universitat  
de Barcelona



UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA



SOCIEDAD MEXICANA DE CRIMINOLOGÍA  
CAPÍTULO NUEVO LEÓN A.C.



UNIVERSIDAD  
DE LA RIOJA



Universidad de  
Costa Rica



Università degli Studi  
di Torino



Università del  
Salento



Università di Macerata



Università degli Studi  
di Palermo



Università degli Studi  
della Tuscia



Politecnico di Torino



Università degli Studi  
dell'Aquila



Università degli Studi  
di Perugia



Università degli Studi  
di Sassari



Università degli Studi  
di Cassino e del  
Lazio meridionale

## “ 10 años construyendo ciudadanía ”

*Por Juan Sebastián De Stefano*

Abogado, UBA.  
[director@urbeetius.org](mailto:director@urbeetius.org)  
[@sebadestefano](https://twitter.com/sebadestefano)



Hace 10 años comenzamos a caminar el sendero que nos trajo hasta aquí, no hubiese sido fácil imaginar un presente como el que hoy estamos viviendo. Todo, quizás, empezó con sueños, esperanza y la necesidad de encontrar un espacio de reflexión y estudio para los problemas cotidianos de nuestra república. En ese contexto creímos necesario generar un lugar en donde el pluralismo y la diversidad tengan un punto de encuentro para la reflexión.

Y así comenzamos, analizando cuestiones jurídicas, vinculando temas de nuestra formación intelectual y nuestras inquietudes profesionales. Y fuimos creciendo y el debate fue enriqueciéndose y recibimos nuevos aportes que dieron lugar a la formalización de un grupo, en una organización de la sociedad civil. Esta asociación sirvió como punto de partida y espacio contenedor para muchos proyectos que se fueron y siguen haciéndolo.

En nuestros comienzos la idea primaria fue generar un espacio de reflexión y análisis académico del derecho, no obstante contábamos con la firme convicción que una visión interdisciplinaria podía enriquecer sustancialmente cualquier aporte. Pero luego nos dimos cuenta que la cuestión jurídica no podía escindirse del ejercicio y la garantía efectiva de los derechos y las obligaciones ciudadanas. Fue como consecuencia de este proceso que comenzamos a ampliar nuestros horizontes y comenzamos a tener como norte la construcción de ciudadanía. Este concepto más dinámico que no se circunscribe solo a la cuestión netamente intelectual, aunque la incluye como base para convertirse en algo más tangible, un pensamiento que en su elaboración se transforma en idea que, con el andamiaje académico apropiado, muta en propuesta para finalmente proyectarse como el fundamento de una política pública planificada.

En la historia argentina es difícil encontrar periodos en que se pensaran políticas públicas a largo plazo. La interrupción continua de la institucionalidad tornó imposible la discusión y planificación de acciones gubernamentales. El periodo reciente ha evidenciado la falta de planificación y desde la recuperación democrática en el año 83 no hemos alcanzado aún estándares mínimos de calidad y respeto institucional.

Así las cosas, en nuestro país hemos afrontado cíclicamente periodos de crisis que se agudizaban por la falta de políticas claras y periodos de crecimiento económico a los cuales no pudimos sacarle el máximo provecho y transformarlos en una plataforma de desarrollo sostenido. En ambos casos observamos la falta de dirección y coherencia en la planificación de políticas de largo plazo.

No obstante, pese a haber comenzado a consolidar el sistema democrático nuestras máximas instituciones no han podido recuperar el crédito perdido. Una a una fueron perdiendo credibilidad, aun aquellas nacidas con posterioridad a la reforma constitucional del año 94. Sin embargo estamos persuadidos que la solución a los interrogantes planteados se da con mas democracia. La consolidación institucional solo puede afianzarse con el respeto a los valores republicanos, una Administración Publica profesional y el compromiso y participación de la sociedad en su conjunto. Complementariamente, entendemos que la fortaleza de la sociedad civil organizada en la promoción de iniciativas que alimenten la cultura de la

legalidad y el espíritu republicano brindan una colaboración inapreciable a la hora de reconstruir y fortalecer las bases de una nueva ciudadanía.

Esta nueva ciudadanía debe reflejarse también en la reconstrucción de la legitimidad de las instituciones de la constitución. El poder ejecutivo y el legislativo han comenzado tímidamente a incorporar mecanismos con un mayor grado de consulta y transparencia en la toma de decisiones. Pero estas instancias se encuentran sujetas a la renovación periódica de sus mandatos y ello, en mayor o menor medida le permite a la ciudadanía plebiscitar cada una de las gestiones. Por el contrario, y en concordancia con su propia naturaleza el Poder judicial, tomándose desde el punto de vista clásico es el único cuyo examen resulta más extraño a la sociedad.

La consolidación del sistema judicial moderno se forjó con las constituciones nacidas al amparo de los valores de la Revolución Francesa y posteriormente el movimiento constitucionalista americano el cual nosotros tomamos como antecedente para nuestra carta magna. En ellos el sistema judicial como parte de la distribución del poder como el límite de los otros poderes y el garante del respeto por las normas. Su diseño se basaba en el principio de la gratuidad e imparcialidad de los jueces como pilares fundamentales para el acceso a la justicia por parte de la ciudadanía.

En la actualidad el debate ha evolucionado y no alcanza con un poder judicial que actúe solamente como contrapeso de otros poderes. Es necesario que tenga un rol más activo ejercido con transparencia y de cara a la sociedad. La modernidad y las nuevas tecnologías han impactado en nuestro modo de vida y en las instituciones, brindando nuevas herramientas de control público y democracia semidirecta.

La democratización del poder y la multiplicidad de actores que se constituyen y comprometen con una profundización de los valores republicanos colocan a las organizaciones no gubernamentales como promotoras de una mejora en la calidad institucional y al mismo tiempo les otorga responsabilidad respecto de cuestiones públicas que requiere un compromiso, seriedad y transparencia en su trabajo cotidiano.

Todo esto nos impulsó a comenzar este recorrido, y son estos motivos los que nos animan a seguir en esta senda. Esta construcción de ciudadanía a la que hacemos referencia se vincula a la concientización de derechos para su ejercicio responsable. Por ello entendemos que la difusión de ideas, propuestas y proyectos no debe circunscribirse a un sector en particular sino que debe estar complementada con acciones y difusión de iniciativas que acerquen estas propuestas a la sociedad en general. La construcción de nuevos paradigmas jurídicos inclusivos que ayuden a la sociedad a modificar su percepción y construir una nueva relación de confianza entre los ciudadanos y las instituciones de forma tal de dotarlas de contenido y vitalidad.

Este espacio interactivo de ideas que hemos construido y día a día continuamos afianzando se nutre con la difu-

sión de actividades académicas generadas como herramientas para la formación académica de nuevos profesionales que se insertan tanto en la administración pública como en la actividad privada. Es necesario contar con funcionarios y empleados estatales altamente capacitados así como profesionales con ejercicio en la actividad privada con compromiso con los valores republicanos y democráticos.

Asimismo, hemos logrado recientemente la publicación de diferentes investigaciones en las que participaron jóvenes investigadores generando desde la asociación el espacio necesarias para la investigación y el marco de difusión de los innovadores aportes.

El mundo se encuentra en constante evolución. La difusión de ideas y pensamientos se ha agilizado a través de las herramientas informáticas disponibles. Esto hizo posible establecer convenios con prestigiosas instituciones educativas para ampliar la colaboración y el intercambio de ideas.

Tenemos la firme convicción que proyectos como el nuestro llevados adelante con compromiso pueden colaborar en la evolución de nuestra sociedad y que los inevitables cambios se den con valores, transparencia y eficiencia.

La profesionalización necesaria en todas las ramas de la Administración requiere entidades que se aboquen a pensar y delinear más allá de la coyuntura. El pensamiento estratégico para la construcción de un modelo de país no solo debe estar en discusión sino que debe ser analizado y debatido con sustento técnico, dando lugar luego al diseño de una política pública que sea susceptible de medición estadística objetivos que permitan la evaluación de su impacto.

La consolidación del sistema democrático para un ejercicio pleno de ciudadanía requiere de instituciones que sean capaces de lograr la legitimidad social y la construcción de una sociedad equilibrada con igualdad de oportunidades e inclusiva que solo se da con el compromiso de todos. ■

# “ Acceso a la Justicia\* ”

*Por Mario I. Álvarez Ledesma*

Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor investigador del Tecnológico de Monterrey Campus Ciudad de México y Director de su Doctorado en Derecho de la Sociedad del Conocimiento. [alvarez.mario@itesm.mx](mailto:alvarez.mario@itesm.mx)



*\*La primera versión de este ensayo apareció publicada en la serie 'Cuadernos de Justicia del Departamento de Derecho del Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México' en el año 2007. Posteriormente, una segunda versión, fue escrita en italiano para ser publicada en los 'Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Antonio Palazzo' y editada por la Universidad de Perugia en el 2009. La cuarta versión que aquí se publica fue ampliada y corregida especialmente para su edición en la 'Revista Urbe et Ius' del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.*

## Introducción

El presente ensayo tiene por objeto proponer, desde una óptica basada principalmente en la teoría de la justicia, un esquema o modelo metodológico para el análisis del problema de aquello que la dogmática y la doctrina jurídicas han dado en llamar acceso a la justicia. Este esquema de naturaleza formal permite, en mi criterio, auxiliar en la comprensión acerca de lo que es la justicia, cómo y cuándo se produce en un sistema u ordenamiento jurídico.

Por supuesto, dicho esquema o modelo metodológico no ignora el debate respecto de los valores o principios que, se supone, constituyen o debieran constituir el contenido de la justicia. Simplemente explica cómo estos valores o principios se comunican con la legalidad y de qué forma operan en los ordenamientos jurídicos. Por ende, dicho modelo es aplicable a cualquier clase de valores o principios que determinen el predicado de la justicia, puesto que su propósito es explicar el modo en que éstos se comportan en relación con la legalidad, y cómo es que se erigen en un elemento paradigmático de validez material para dotar de sentido a esa legalidad, esto es, a la totalidad de las normas que conforman un ordenamiento jurídico.

Empero, el problema del acceso a la justicia, para ser cabalmente comprendido, debe ser estudiado concibiendo el Derecho como un fenómeno que se desenvuelve en un contexto social, cultural, histórico y político que afecta y hasta condiciona su realización. En efecto, el Derecho no es un fenómeno que se verifique en un ámbito atemporal, y jamás se presenta solo o aislado.

Siendo así, nuestro análisis se propone plantear de manera genérica cuáles son los factores ya intrínsecos al Derecho, ya extrínsecos a él, que impiden la realización de la justicia. Es un hecho, según puede suponerse, que los sistemas jurídicos se hallan afectados por ambos factores, las más de las veces. En tal virtud, si no somos capaces de discriminar con la mayor

precisión posible dónde y por qué se dan unos y otros, cómo se generan y caracterizan, resultará prácticamente imposible determinar y, en su momento, implementar las medidas preventivas y correctivas adecuadas para combatirlos. Cuestión que, por cierto, viene a ser muy común cuando se emprenden programas de reforma o transformación cuya pretensión es mejorar los sistemas de justicia en los Estados. Estos programas suelen ser casi siempre parciales, y por ende harto insuficientes, como prueba evidente del desconocimiento del carácter complejo y la naturaleza variada de los factores que afectan el acceso a la justicia.

En atención a lo que precede, los incisos que a continuación se presentan abordan el problema del acceso a la justicia de la siguiente manera:

Para empezar, se llevarán a cabo algunas consideraciones previas que son necesarias para una mejor comprensión del enfoque metodológico, objetivos y alcances concretos de los temas tratados. Posteriormente se explicará, desde un esquema eminentemente formal, cómo es que se produce la justicia; al efecto emplearé mi teoría o tesis del Doble Estándar Valorativo del Derecho (DEV).

Con base en esta teoría se diseñará un esquema formal de la justicia y los factores extrínsecos e intrínsecos que la afectan y que, consecuentemente, explican los diversos óbices que impiden el acceso a la misma.

Sobre esos factores, en particular los extrínsecos, debe decirse que se han elegido y agrupado algunos de ellos, empleado criterios muy genéricos que permiten mostrar, inicialmente, cómo algunos problemas sociales, de cuya existencia existe consenso, afectan el desarrollo de la justicia o el acceso a la misma. Así, por ejemplo, se ponen a prueba el Derecho y su funcionamiento enfrentándolos con los problemas de corrupción, desafortunadamente insoslayables, existentes en toda sociedad humana, y que se manifiestan -en mayor o menor medida- ya en el sistema político en su conjunto, ya en el poder judicial en lo particular. De igual manera, se plantean cuestiones recurrentes y hasta endémicas producto de falta de desarrollo económico y social que están presentes -también en mayor o menor medida- en cualquier país. Problemas de desarrollo que se manifiestan con especial crudeza en aquellos sectores de la población que se encuentran en la llamada línea o umbral de pobreza. Respecto de los cuales, resulta evidente que si dichos sectores enfrentan enormes dificultades para acceder a niveles dignos de sustento, vivienda, salud y trabajo, aún mayores dificultades enfrentarán para tener acceso a la justicia, si ello llega a ser posible..

Huelga decir que estos factores pueden plasmarse de un modo más preciso, ofreciendo al efecto datos empíricos corroborables, los que delatarán con mayor puntualidad cuánto y de qué manera es que efectivamente impactan

el acceso a la justicia. En consecuencia, si resulta posible lograr un acercamiento de sentido común, una especie de approach general respecto de cómo esos factores afectan inicialmente el acceso a la justicia, aplicándose el esquema metodológico propuesto, esta metodología arrojará conclusiones todavía más precisas si se trabaja con datos duros relativos al efectivo nivel de corrupción imperante en un sistema político, de administración e impartición de justicia o, en su caso, el grado de subdesarrollo y pobreza que campean en un país. Este ejercicio es, en efecto, sólo una cuestión de profundidad en el acercamiento.

## 1. Consideraciones previas

El tema del acceso a la justicia -y la problemática que conlleva- pueden ser conceptuados, entendidos y estudiados, al menos, desde una terna de puntos de vista provenientes de otras tantas disciplinas.

El primero podría ser desde la dogmática jurídica en general o el Derecho positivo de los derechos humanos en particular. Es decir, concibiendo el acceso a la justicia como un tipo de derecho humano fundamental recogido por las Constituciones políticas de los Estados y las convenciones o tratados internacionales. En este sentido, podría ser definido como un tipo o clase de derecho humano, a saber: aquella garantía que poseen los gobernados consistente en la facultad de acceder, en forma individual o colectiva, y en condiciones de igualdad, al sistema de medios alternos, jurisdiccionales y no jurisdiccionales por virtud de los cuales las instituciones del Estado prevén, amparan y sancionan, eficazmente, cualesquier actos u omisiones que pudieran vulnerar o vulneren los derechos humanos fundamentales reconocidos por el derecho nacional e internacional.

Esta definición busca establecer los alcances del derecho de acceso a la justicia como uno de carácter complejo y cuya satisfacción queda a cargo del Estado. Es este entendido que requiere de acciones u omisiones que den satisfacción a sus varios componentes.

Para empezar, se trata de un derecho que se consagra en una garantía en tanto estatuto técnico instrumental; es decir, adquiere una forma jurídica específica. Su alcance, por tanto, es mayor que el de un derecho humano, en sentido estricto, plasmado en figuras tales como el derecho subjetivo público o los derechos de la personalidad, pues el derecho de acceso a la justicia ampara a todo tipo de personas jurídicas existentes en un Estado y no sólo a las personas físicas o individuales. Además, puede ser ejercido en forma individual o colectiva, como es el caso de la llamada *class action*, en el Derecho sajón, o las acciones colectivas, precisamente por ello así llamadas, en los sistemas de *impronta iusromanista*.

El acceso a la justicia es un derecho que concretaría la posibilidad real de emplear medios jurídicos de muy diverso tipo –alternativos, jurisdiccionales y no jurisdiccionales– que hagan efectiva la legalidad y, por ende, la seguridad jurídica. Más aún, podría decirse que el acceso a la justicia es condición *sine qua non* de dicha seguridad jurídica, pues sin los medios para hacerla efectiva ésta carece de garantías de realización.

Por cierto, la definición propuesta no alude exclusivamente a los medios de defensa, dicho así en plural, sino al sistema de medios y, de tal guisa, a un conjunto ordenado y articulado de formas de promoción, prevención y protección de distinto tipo, jerarquía y alcance, sin los cuales no puede concretarse un efectivo acceso a la justicia.

Esta concepción del acceso a la justicia pugnaría con la idea de que un solo medio o varios medios asistemáticos sean, precisa y respectivamente, por su carácter singular o por su falta de articulación, una forma adecuada de cumplimiento del derecho de acceso a la justicia. Es decir, que medios de defensa jurídica instrumentados de forma aislada, no jerarquizados –y por tanto no organizados sistemáticamente– que impidan al gobernado prevenir y/o defender por distintas vías una vulneración a sus derechos, no constituyen una garantía eficaz. Dicho de una manera más explícita: un sistema u ordenamiento jurídico cuyo derecho de acceso a la justicia no puede, efectivamente, según sea el caso, prever y por lo tanto evitar la vulneración; resarcir y por lo tanto compensar el daño, o sancionar y por lo tanto disuadir a cualquier potencial violador. Por ello, el acceso a la justicia, cabalmente entendido, permitirá atender los indicios o efectos de actos u omisiones potencial o realmente vulneratorios de derechos fundamentales, o de las garantías otorgadas en favor de todo gobernado.

Cuando se afirma, pues, el carácter complejo del derecho de acceso a la justicia, quiere significarse que su cumplimiento sería equivalente a plantear que un gobernado o un grupo de gobernados se hallan en condiciones de diseñar, en el ámbito de determinado Estado de Derecho, una estrategia de defensa que comprenda un cuadro completo de acciones, ya individuales, ya colectivas, alternas, jurisdiccionales y/o no jurisdiccionales con las cuales puede proteger la totalidad de la esfera jurídica con que queda amparada su vida, su patrimonio y su interacción social. Es en tal virtud, que el acceso a la justicia puede ser considerado un derecho que, con un carácter integral, permite prevenir o amparar, en los términos de la legalidad prevaeciente, las diversas dimensiones y esferas que comporta la personalidad jurídica de los gobernados.

Asimismo, se trata de un derecho cuyo goce está especialmente sujeto al principio de igualdad. Las implicaciones de esta exigencia son múltiples y evidentemente no pueden ser todas tratadas en este espacio, por más que no debe

dejar de subrayarse que la violación al derecho de acceso a la justicia puede partir de formas muy variadas de discriminación –según veremos– social, política, racial, cultural y, por supuesto, económica. En tal virtud, toda forma de discriminación tiene un efecto o consecuencia, directa o indirecta, en el ámbito del acceso a la justicia.

Ahora bien, otro ángulo desde el cual podría enfocarse el acceso a la justicia sería el que se lleva a cabo, según hago aquí, desde un enfoque de teoría de la justicia. Tal consideración podría plantearse de una forma más clara: todo análisis acerca de la problemática sobre acceso a la justicia es una reflexión vinculada con la teoría de la justicia.

Esta precisión resultará menos obvia y adquiere sentido pleno apostillando lo siguiente: la justicia, si bien es un asunto de juristas no es un asunto de su exclusiva incumbencia y escapa a un análisis meramente dogmático. De entrada, éste, el de la justicia, es un asunto que posee implicaciones morales de particular importancia toda vez que tiene que ver o se relaciona con asuntos relativos a la dignidad de las personas, los fines y la misión del Estado, así como la determinación de aquello que se considera valioso para una sociedad, entre otros temas que, como se ve, exceden con mucho cualquier ambición meramente jurídico-dogmática y que pudieran inducir a la tentación de encasillar este tema en esa dimensión exclusivamente.

Los asuntos relativos al acceso a la justicia están indudablemente salpicados de consideraciones propias de los distintos órdenes a los que pertenecen las referencias previas; esto es, morales, axiológicas, de filosofía política, etcétera. Ello significa que desde el punto de vista de la teoría de la justicia será insoslayable un análisis crítico respecto de las políticas públicas que al efecto desarrolla el Estado de los principios de justicia que postula y la manera en que pretende satisfacerlos. De tal suerte, el acceso a la justicia no es un tema que se agota en la legalidad y la pura transformación o el mero perfeccionamiento del ordenamiento jurídico; este sería sólo, según pretendo mostrar, una parte del problema y, al unísono, el origen del que medra la visión reduccionista con que este tema suele tratarse.

Es de acuerdo con lo anterior que para los efectos de este análisis hago mía la idea rawlsiana de que la justicia es un elemento determinante para el funcionamiento de la estructura básica de la sociedad y, por lo tanto, no es la justicia un asunto de estricta moralidad sino más bien una actitud, convicción o disposición de ánimo que facilita el desempeño de las instituciones sociales.

Esta consideración previa me permite coincidir con la afirmación y el argumento de que en el ámbito de la vida pública la justicia constituye, jerárquicamente hablando, la primera virtud de las instituciones sociales. De tal manera, éstas pueden y deben ser juzgadas en su funcionamiento

por el paradigma de la justicia, en tanto medida o rasero que nos permitiría concluir –juzgar– acerca de su buena o mala marcha, instituciones que sirven a los intereses de la sociedad, y que se supone, a ellos deben subordinarse.

Aceptar un concepto de justicia de este tipo implica conceder en su naturaleza referencial o paradigmática, esto es, que las conductas o acciones humanas y el desempeño de las instituciones sociales son justas o injustas porque cumplen o incumplen, según corresponda, con 'algo', es decir, aquello que constituye el contenido de la justicia. Y lo que constituye el contenido de la justicia para tener sentido como paradigma o guía de acciones o conductas de individuos e instituciones, debe ser considerado valioso, útil, correcto o razonable; esto es, un criterio o argumento último para fundar decisiones sociales e institucionales, todavía y con mayor razón, en casos límite o aquellos de los llamados, en teoría de la argumentación, casos difíciles.

Obviamente, es en el análisis de los elementos, valores, criterios de utilidad o razonabilidad, donde el estudio de la justicia transita la metaética, e implica determinar el estatus epistemológico y lógico de aquellos elementos. Empero, dado que el objetivo propuesto en estas páginas es otro, no penetro en el terreno de la metaética y me limito a señalar el esquema operativo de la justicia, no de los contenidos de lo que se aprecie o defina como justo. Sin embargo, considero adecuados y razonables los contenidos de justicia del tipo derechos humanos cuya asunción, en todo caso, en nada afectaría la validez metodológica del esquema de justicia propuesto (Doble Estándar Valorativo) el que, según creo, opera de la misma manera en todos los casos en que nos encontramos ante un sistema jurídico vigente y con capacidad institucional de hacer efectivas sus normas.

Finalmente, es conveniente aclarar que el tema de acceso a la justicia desde un tercer ángulo –en el que no profundizo, por más que lo menciono tangencialmente a lo largo de este análisis– podría ser visto desde la llamada teoría de la democracia. Esto es importante en la medida en que una condición determinante para la conformación de un Estado de Derecho es, precisamente, el del acceso a la justicia en tanto principio, y ya no sólo como un derecho particular sino como criterio rector y definitorio de un Estado de Derecho que merezca o busque merecer tal epíteto. De manera que cuando se está ante la tesitura de calificar o no a un Estado como de Derecho, la eficacia del acceso a la justicia será determinante.

Pasemos ahora al análisis de la teoría o tesis del Doble Estándar Valorativo del Derecho (DEV) mediante la cual creo que es posible explicar cómo y cuando se produce la justicia, y a qué obedece, según comúnmente sucede en la realidad, que existan normas jurídicas legales por más que injustas, sin que por ello dichas normas carezcan de validez jurídica. De esta suerte, formalmente válidas hasta tanto no

sean derogadas o decretadas inconstitucionales, lo que sería otra forma de declararlas injustas, al menos, respecto de los valores o principios predicados paradigmáticamente por la Constitución en turno. Veamos.

## 2. Justicia y Doble Estándar Valorativo del Derecho

Partiremos del siguiente concepto de Derecho: sistema de normas y principios (identificables por una forma de producción y la consecuente pertenencia a un sistema que cuenta con la posibilidad de aplicarse por coacción institucionalizada) vigente en un espacio y tiempo determinados, que regula ciertas conductas sociales y la actuación de la autoridad misma. El Derecho, en cuanto sistema de normas, puede caracterizarse, para conocer y juzgar su funcionamiento, a través de la teoría o tesis del Doble Estándar Valorativo del Derecho (DEV).

Esta tesis sostiene que el Derecho, en cuanto sistema normativo, produce con su aplicación en la vida social una serie de valores que su misma naturaleza comporta. Tales valores, típicamente jurídicos, serían el orden, la seguridad y la igualdad.

Los valores antes referidos se generan con la sola aplicación de un sistema de normas jurídicas. Es decir, que al implementarse una normatividad de las características del Derecho (heterónimo, coactivo, cuyas normas pertenecen al sistema por virtud de una norma fundamental, etc.) se hace posible la sistematización de conductas –previstas en los supuestos de las normas–, lo que trae como consecuencia la producción de un cierto tipo de orden.

De igual forma, la prevención hipotética de conductas punibles y el establecimiento de lo que debe o no hacerse en la vida social, regulado por las prescripciones normativas (leyes, reglamentos, entre otros), permite un cierto grado de certidumbre o seguridad jurídica. Esta certidumbre o seguridad pueden ser mínimas y hasta aberrantes, si se quiere, dado el tipo de autorizaciones o certidumbres que ofrezcan. Piénsese, por ejemplo, en una forma específica de ser ejecutado –en el caso de una persona condenada a la pena capital– y no otra que arbitrariamente determinara la autoridad para hacer más severo un cierto castigo, lo que constituiría, a fin de cuentas, un tipo de garantía jurídica.

Parece claro que la seguridad jurídica otorgada por el Derecho permite saber, con razonable antelación y certeza, qué es lo que un gobernado puede hacer y qué es lo que, a su vez, la autoridad tiene permitido llevar a cabo.

Finalmente, cuando el Derecho dispensa el mismo trato a quienes se encuentren en idéntico supuesto normativo –haciendo abstracción de la situación en que se hallen los destinatarios de la norma en la realidad– puede afirmarse

que el Derecho propicia igualdad. En efecto, la norma iguala a los sujetos normativos en lo que hace a las consecuencias jurídicas a que éstos resultan acreedores al encuadrarse, su conducta u omisión, en la hipótesis del caso. Efectivamente, la igualdad que produce la normatividad jurídica es meramente formal.

Estos tres valores -orden, seguridad e igualdad jurídicas- son típicos de la legalidad (el conjunto de normas, no sólo las leyes de un ordenamiento jurídico) y se producen por el solo hecho de que una normatividad coactiva de las características de la norma jurídica opere con mínima eficiencia en el ámbito de la vida social.

Cuando el Derecho (y esta consideración es de especial importancia) se aplica por vía de su legalidad produce una cierta forma de orden; garantiza un mínimo de certidumbre respecto de las acciones u omisiones debidas jurídicamente -incluso respecto de prohibiciones o castigos-; y otorga en relación con los supuestos de la norma, o sea formalmente, un trato igualitario.

La pregunta obvia es si cualquier orden jurídico puede ser aceptado; si se puede considerar seguridad jurídica el hecho de tener la certeza, verbigracia, de cómo se va a morir -de una forma precisa y no de otra fijada arbitrariamente, según se dijo-, y si se puede hablar razonablemente de igualdad respecto de las formas de castigo o los tratos que pudiéramos considerar, de entrada, inhumanos o degradantes.

En efecto, estas preguntas son insoslayables. La creación y aplicación de normas jurídicas no puede hacerse sin consideración alguna a valores o principios, éstos son inseparables de un análisis acerca de qué es lo que se ordena o asegura, y respecto de qué se iguala. Lo anterior es, en mi criterio, el puente que conduce hacia las consideraciones morales o principios que no pueden quedar desconectados de la idea de legalidad y de los valores formales que produce el Derecho.

En efecto, la legalidad es sólo un Primer Estándar Valorativo del Derecho (PEV) y, por sí mismo, no asegura sino ciertos criterios formales que resultan inseparables de otras consideraciones valorativas. El orden, la seguridad y la igualdad se justifican y conciben respecto de algo y ese algo (valores, principios, aspiraciones sociales, paradigmas) constituyen lo que he denominado Segundo Estándar Valorativo del Derecho (SEV).

La legalidad como Primer Estándar Valorativo está siempre en función del Segundo Estándar Valorativo. El contenido de la legalidad lo determinan fines o criterios valorativo-paradigmáticos que conforman lo que el Derecho con su presencia en sociedad pretende asegurar, respecto de los cuales procura sistematizar y ordenar con-

ductas, y con relación a los cuales busca igualar la aplicación y los consecuentes efectos jurídicos a que dan pautas las normas. Estos principios, valores y/o paradigmas caminan paralelos al Primer Estándar Valorativo y constituyen la razón de ser de éste, lo explican y justifican.

Así, por ejemplo, supongamos una norma que prescriba: "Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro. Esta conducta queda prohibida y se sancionará con pena de 8 a 20 años de prisión". Tal norma está ordenando conductas, asegurando e igualando en función de un principio considerado valioso, a saber, la vida. De manera que parecería justificado que la norma impida o autorice ciertas acciones u omisiones en función de tal valor (ordena); ofrezca el mismo tratamiento a quienes por una parte priven de la vida a alguien, sancionándolos (igualar); y establezca con claridad en qué supuestos (asegura) podrá válidamente actuarse de modo contrario (p.e. los casos de legítima defensa). Esto es, aquellos supuestos donde pudiera, legalmente, realizarse la conducta prohibida, que ahí como excepción, en tanto causa de justificación, deja de ser antijurídica.

Esta forma de funcionamiento del Derecho puede explicar varias cuestiones aparentemente complejas de manera relativamente sencilla:

Un sistema jurídico será justo si el PEV (legalidad) ordena, asegura e iguala los valores o principios perseguidos por el sistema u ordenamiento jurídico (SEV). O sea, que la legalidad -vía su normatividad coactiva- sirve efectivamente para realizar los objetivos últimos para los cuales fue concebida. De modo que si el Derecho, en cuanto instrumento normativo, hace posible la realización de los valores o principios para los cuales fue creado, podrá afirmarse que ese Derecho es justo.

En cambio si la legalidad no ordena, ni asegura, ni iguala respecto de tales valores o principios, la norma o el sistema en cuestión será injusto; lo cual explica eficientemente el cuadro que se presenta, de manera ciertamente recurrente, cuando la ley -formalmente válida- asegura, iguala y ordena conductas contrarias al SEV: estaríamos, entonces, ante una ley válida jurídicamente aunque injusta.

Lo explicado en las líneas anteriores, puede plantearse de manera gráfica para su mejor comprensión en los esquemas A y A.1.

En el esquema A aparece un rectángulo que representa el Derecho como sistema u ordenamiento jurídico. Este rectángulo se divide en dos partes: la primera recibe el nombre de legalidad (y alude a todas las normas producidas por el sistema jurídico, leyes o no) o Primer Estándar Valorativo (PEV). Esta legalidad o PEV hace posible, según ya se ha señalado, tres valores jurídicos por antonomasia, el orden,

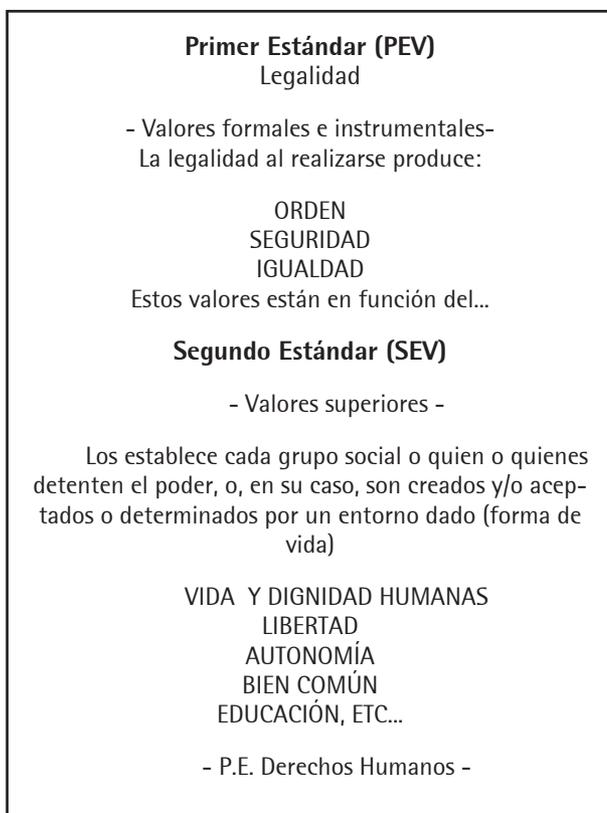
la seguridad y la igualdad. Tales valores están en función del denominado Segundo Estándar Valorativo (SEV), que contiene las aspiraciones o valores superiores que determinan el contenido de la legalidad. El segundo cuadro del esquema A muestra el SEV.

El esquema A.1 sirve para representar cómo es que teórica y formalmente se produce la justicia. Sin embargo, cabe hacer hincapié en que este esquema plasma el Derecho o sistema jurídico en forma estática o ideal, es decir, sin ponerlo todavía en contacto con las condiciones sociales, políticas, históricas y culturales a las que estará sujeto. Por ello, al esquema de referencia se lo califica como estáticamente justo, o sea, sin entrar aún en acción o movimiento, sin quedar todavía sujeto a su realidad histórica, la cual habrá de regular.

Será en los apartados 3 y 4 donde este esquema habrá de someterse a las posibles dificultades extrínsecas e intrínsecas, respectivamente, a las que un sistema jurídico puede estar sujeto, a efecto de saber cómo afectan el acceso a la justicia y, cuál es la causa efectiva de que ésta no pueda realizarse.

#### ■ A. El Derecho en términos de la tesis del Doble estándar Valorativo (DEV)

##### El Derecho como sistema jurídico



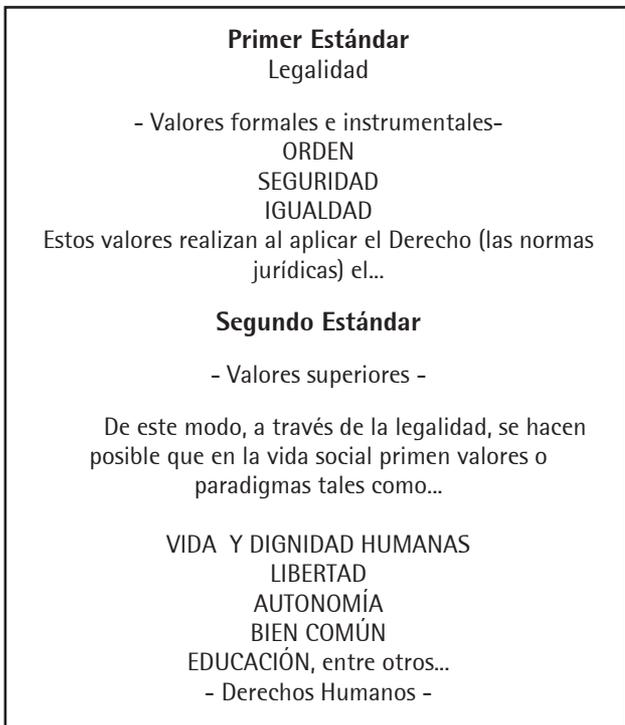
##### A.1 La justicia bajo la tesis del

#### Doble Estándar Valorativo del Derecho (DEV)

##### A.1 Un Derecho es justo (teóricamente)

**cuando el PEV (Legalidad) hace posible, cumple o realiza el SEV (Valores Superiores del sistema, entre otros, por ejemplo, los Derechos Humanos).**

Se trata de un Derecho o Sistema Estáticamente Justo



### 3. El acceso a la justicia y las dificultades extrínsecas (fácticas o extrasistémicas) de su realización

De manera esquemática, he establecido que la justicia se produce cuando la legalidad (PEV) coincide, realiza y/o concreta los paradigmas o valores superiores del ordenamiento jurídico (SEV). En el modelo A.1 esta circunstancia se presenta de modo estático, es decir, al margen de cualquier influencia externa.

Sin embargo, este modelo es sólo teóricamente posible puesto que en la realidad el Derecho no se presenta ni solo, ni aislado, sino en un contexto de influencias sociales, culturales, históricas y políticas que forzosamente impactan, para bien o para mal, su desempeño. Lo cierto, es que todas las circunstancias a que pudieran dar lugar estos cuatro factores afectarán el acceso a la justicia.

A los efectos del presente modelo, me propongo analizar sólo las variables más conocidas o recurrentes provenientes de factores de orden ya sea político, cultural, histórico o social que influyen dicho acceso a la justicia. La ventaja que posee esta forma de proceder, es que permite distinguir cuál es el origen de la variable, qué consecuencias produce y, sobre todo, nos podrá dar buena pauta del tipo de medidas con las que el problema puede ser paliado, administrado o solucionado.

Uno de los objetivos centrales de este esquema consiste en subrayar que los problemas del funcionamiento del Derecho en general, y los particulares referidos al acceso a la justicia, no necesariamente se resuelven, como se piensa erróneamente, modificando la legalidad (cambios constitucionales, derogación y expedición de nuevas y múltiples leyes, etc.). Vía que suele emplearse para enfrentar problemas de acceso a la justicia con resultados prácticamente nulos.

Por lo tanto es fundamental comenzar por discriminar aquellos óbices que tienen que ver con el funcionamiento del sistema jurídico mismo - con la legalidad (PEV)- de aquellos otros que son ajenos a ésta, que se vinculan o generan en relación con los cuatro factores previamente expuestos, alguno en particular o varios al mismo tiempo.

Consideraré, entonces, para efectos del presente análisis como causas extrínsecas aquella problemática que nada tiene que ver con la calidad jurídica del sistema u ordenamiento, conceptualizado como una totalidad ordenada y jerarquizada de normas compatibles y coherentes. Tales causas son totalmente ajenas a los principios o exigencias de plenitud, compatibilidad y coherencia del ordenamiento jurídico mismo.

Al primer modelo de sistema jurídico afectado por causas extrínsecas lo denominaré modelo B y se enunciará de la siguiente manera:

**3.1 Un Derecho no puede ser justo, es decir, no cabe se verifique A.1, pues el acceso a la justicia se ve impedido por causa de:**

*B.1) Un sistema de administración de justicia (el sistema judicial) que padece un grado significativo de corrupción;*

*B.2) Un sistema de administración de justicia (el sistema judicial) que padece altos grados de incompetencia profesional por parte de sus titulares o carece de instrumentos eficaces de defensa (por ejemplo y entre otros múltiples supuestos, de una defensoría de oficio competente para los sectores más marginados de la sociedad o para casos de urgencia);*

*B.3) La incompetencia y/o corrupción por parte de los abogados postulantes (por ejemplo, falta de una colegiación*

*obligatoria que asegure índices mínimos de competencia y ética profesional);*

*B.4) Que operen los tres factores.*

Esquemáticamente, el modelo antes descrito se podría representar de la siguiente manera:

**■ B. Un Derecho no puede ser justo (A.1) (aunque teóricamente existan los elementos -A-) por causa de un sistema de administración de justicia o judicial:**

- CORRUPTO (B.1);
- INCOMPETENTE PROFESIONALMENTE (B.2);
- CON INCOMPETENCIA Y/O FALTA DE ÉTICA DE LOS ABOGADOS POSTULANTES (B.3).
- TODOS ESTOS FACTORES (B.4).

<p><b>Primer Estándar</b> Legalidad</p>
<p>- Valores formales e instrumentales- ORDEN SEGURIDAD IGUALDAD LA LEGALIDAD SE VE IMPEDIDA DE REALIZAR LOS VALORES SUPERIORES DEL SISTEMA O REALIZA OTROS POR CAUSAS TALES COMO LA CORRUPCIÓN, Y/O INCOMPETENCIA PROFESIONAL...</p>
<p><b>Segundo Estándar</b></p>
<p>- Valores superiores -  O sea, hacen posible que en la vida social primen valores o paradigmas tales como... VIDA Y DIGNIDAD HUMANAS LIBERTAD AUTONOMÍA BIEN COMÚN EDUCACIÓN, entre otros... - Derechos Humanos -</p>
<p><b>Excepcionalmente hay acceso a la Justicia</b></p>

De este esquema se derivan algunas conclusiones que parecen evidentes:

En ninguno de los cuatro supuestos (B.1, B.2, B.3 y B.4) lidiamos con problemas vinculados con la legalidad. De tal guisa, cualquier modificación legislativa dirigida a resolver problemas de corrupción o incompetencia profesional, resulta suficiente paliativo. Es por demás obvio que nos hallamos ante dificultades de orden cultural, social y político que requieren un tratamiento de la misma naturaleza, por-

que incluso una modificación para cambiar o incrementar las penalidades en contra de funcionarios y litigantes corruptos, sólo en casos aislados sería efectiva para castigarlos, dado que el sistema, en sí mismo corrupto, difícilmente se autosancionaría manteniendo niveles de impunidad muy altos.

La reforma al sistema habrá de provenir de fuera y ser atacada con la conformación de nuevos cuerpos de funcionarios y abogados dotados de una ética y formación profesional sólidas. Buena parte de la solución se encuentra en la labor que deben realizar las escuelas y facultades de Derecho, los institutos de capacitación de los poderes judiciales a los que queda encomendada la tarea de formar, respectivamente, nuevos cuadros de abogados y funcionarios judiciales forjados en la cultura de la legalidad y el respeto a los derechos humanos, los que repudian la subcultura de la corrupción.

Es también claro que en este esquema la legalidad se ve impedida de realizar sus valores dado que éstos se ven constantemente deformados o tergiversados como producto de la ineptitud o la corrupción, cuyos intereses alternativos se promoverían al margen o más allá de los valores que teóricamente debería realizar el sistema.

En este caso el SEV sólo se verificaría cuando excepcionalmente, quien tenga acceso a la justicia, se tope de modo circunstancial con jueces y abogados litigantes honestos y/o capaces.

El acceso a la justicia en este caso es pues, también, excepcional.

Un segundo modelo de sistema jurídico afectado por causas extrínsecas lo denominaré modelo C y queda enunciado en estos términos:

### **3.2 Un Derecho no puede ser justo, es decir, no puede verificarse A.1), dado que, el acceso a la justicia se ve impedido porque:**

*C.1) El sistema político, considerado en su conjunto, padece un significativo grado de corrupción;*

*C.2) El sistema político, considerado en su conjunto, carece de voluntad política en favor de la justicia.*

En este esquema los factores anteriores darían lugar a una serie de acciones típicas de C.1 y C.2, a saber:

Los jueces actúan bajo la consigna o "línea" del poder predominante, sea el legislativo, sea el ejecutivo; no se asignan al sistema de justicia (poder judicial) los recursos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, etcétera.

Este modelo puede, esquemáticamente, mostrarse así:

#### **■ C. Un Derecho no puede ser justo (A.1) (aunque teóricamente existan los elementos -A-) por causa de un sistema político que sea**

- CORRUPTO (C.1)
- y/o CAREZCA DE VOLUNTAD POLÍTICA EN FAVOR DE LA JUSTICIA (C.2),

lo que se traduciría, entre otras acciones, en las siguientes:

- consigna o "línea" para influir u orientar las decisiones de los jueces por dependencia respecto de otro poder ya el legislativo, ya el ejecutivo (C.2.1);
- no asignación de recursos económicos al poder judicial u otras áreas administrativas de impartición de justicia (C.2.2).

**La legalidad se ve impedida de realizar los valores superiores del sistema o realiza otros por causas de un sistema político que induce la CORRUPCIÓN del aparato de justicia, o condiciona sus decisiones a intereses espurios ("políticos")...**

<b>Primer Estándar</b> Legalidad
- Valores formales e instrumentales- ORDEN SEGURIDAD IGUALDAD
<b>Segundo Estándar</b>
- Valores superiores -  De este modo, a través de la legalidad, se hacen posible que en la vida social primen valores o paradigmas tales como...  VIDA Y DIGNIDAD HUMANAS LIBERTAD AUTONOMÍA BIEN COMÚN EDUCACIÓN, entre otros... - Derechos Humanos -  <b>Sólo excepcional o selectivamente se realizará el acceso a la Justicia</b>

Este modelo, al igual que el modelo B), impide el acceso a la justicia por una deformación o manipulación de la legalidad misma. O sea, que partiendo del supuesto de contar con un sistema jurídico técnicamente adecuado y que refleje los valores aceptados por la mayoría de los gobernados, tales valores se ven imposibilitados de concretar-

se puesto que la politización del sistema deforma tanto la legalidad como el SEV. El acceso a la justicia será, también en este caso, excepcional o fortuito.

De este modelo resulta menester destacar que cualquiera modificación a la legalidad resultará completamente inútil para hacer posible la justicia. Nos encontramos ante un modelo que podría implicar, para su solución, según la naturaleza del actor, ya la acción revolucionaria para derrocar a quien se asienta en el poder, ya una transición democrática con reforma del Estado que transforme la estructura misma de éste. Es evidente estamos frente a un modelo en donde el problema es de naturaleza político-histórica.

A un tercer modelo de sistema jurídico afectado por causas extrínsecas lo denominaré modelo D y se enunciará así:

**3.3 Un Derecho no puede ser justo, es decir, no puede verificarse A.1 dado que el acceso a la justicia se ve impedido por cuestiones culturales y/o socioeconómicas que darían lugar a los siguientes casos:**

*D.1) Que el Estado asuma como propia una religión y, en consecuencia, no sea capaz de distinguir entre exigencias religiosas y jurídicas, entre pecado y delito. Esta confusión sería propia de un Estado ético o perfeccionista, el cual se consideraría legitimado para prescribir legalmente la asunción de cierta moral religiosa tanto para la vida pública como privada de los miembros de la sociedad. Este supuesto se da en el caso de ciertos Estados -ahí está el ejemplo típico de lo sucedido en su momento en Afganistán, entre otros- con efectos negativos contundentes para el acceso a la justicia y los derechos humanos;*

*D.2) Que en amplios sectores de la población se padezcan grados de pobreza y marginación que impidan conocer o acceder a las vías jurisdiccionales y no jurisdiccionales de justicia o contratar servicios jurídicos eficientes y honestos que puedan defender adecuadamente los derechos e intereses de tales sectores, sobre todo cuando el Estado no posee un sistema de defensores de oficio competentes (modelo B.2).*

En este esquema las razones que impiden el acceso a la justicia prácticamente nada tienen que ver con el Derecho; o sea, la génesis del problema es de orden cultural o socioeconómico.

Por lo que hace a las dificultades culturales, en mi criterio, los Estados éticos no han hecho sino positivizar cierto tipo de moral confundiendo el Derecho con ésta, lo cual da como resultado un sistema jurídico premoderno que confunde la justicia con la legalidad: si la norma jurídica no prescribe lo señalado por la moral religiosa ni siquiera posee el estatus de norma jurídica.

En este tipo de Estados se producen circunstancias de injusticia especialmente graves para su población, puesto que sus gobiernos suelen ser groseramente intolerantes. Esta forma de objetivismo moral religioso acepta una fe única y en consecuencia un solo Derecho válido. No son de extrañar medidas discriminatorias contra grupos minoritarios, marginados o desfavorecidos (niños, mujeres, migrantes, extranjeros, seguidores de otras religiones, pobres, homosexuales, enfermos de SIDA, minusválidos, etc.), medidas que afectan la dignidad o la autonomía de estas personas (prohibición legal-religiosa respecto del consumo de bebidas alcohólicas, prácticas o preferencias sexuales, etc.).

Por lo que hace a D.2, la génesis está en razones de orden socioeconómicas y el problema de acceso a la justicia nada tiene que ver ni con la legalidad en particular ni con el Derecho en general. Este es un problema que excede y antecede al Derecho, puesto que ciertos grados de subdesarrollo y marginación hacen del acceso a la justicia un lujo absolutamente inalcanzable para los sectores más desfavorecidos.

Este modelo de injusticia socioeconómica da lugar al surgimiento de modos de autocomposición ilegales o "alternativos" al sistema jurídico, toda vez que a éste no tienen acceso, por las razones expuestas, sectores de la población que resuelven sus cuitas y disputas personales al margen de la legalidad y hasta en contra de ella: ley del talión, ley del más fuerte, mafias, grupos de choque, pandillerismo, pistolización de la población, etc. Todas estas formas de descomposición social se reflejan afectando la calidad de vida del resto de la población.

En este esquema ni siquiera hay acceso a la legalidad, y la justicia es, prácticamente, imposible. Dicho esquema se muestra así:

**■ D. Un Derecho no puede ser justo (A.1) (aunque teóricamente existan los elementos -A-) por causas culturales y/o socioeconómicas:**

- un ESTADO ÉTICO O PERFECCIONISTA (D.1)
- y/o UNA POBLACIÓN O AMPLIOS SECTORES DE ELLA CARENTES DE RECURSOS ECONÓMICOS, O DE INFORMACIÓN PARA CONOCER O ACCEDER A LAS VÍAS LEGALES DE SOLUCIÓN A SU PROBLEMÁTICA LEGAL O PARA CONTRATAR SERVICIOS JURÍDICOS (D.2).

<b>Ni siquiera hay acceso a la Legalidad o sea, no puede darse el</b>
<b>Primer Estándar</b> Legalidad
- Valores formales e instrumentales- ORDEN SEGURIDAD IGUALDAD
<b>Segundo Estándar</b>
Es de imposible realización en este esquema o supuesto...
- Valores superiores - VIDA Y DIGNIDAD HUMANAS LIBERTAD AUTONOMÍA BIEN COMÚN EDUCACIÓN, entre otros... - Derechos Humanos -
<b>La justicia es prácticamente imposible.</b>

#### 4. El acceso a la justicia y las dificultades intrínsecas (sistémicas) de su realización

Toca ahora el turno a los problemas de acceso a la justicia provocados ya no por factores externos sino por aquellos que hallan su origen en el sistema u ordenamiento jurídico mismo. Es decir, que devienen de causas de naturaleza intrínseca imputables a distintos defectos propios del ordenamiento jurídico. Veamos.

Estamos ante un cuarto modelo de sistema jurídico afectado por causas sistémicas y al que denominaremos modelo E, que puede ser planteado en los siguientes términos:

**4.1 Un Derecho no puede ser justo, es decir, no puede verificarse A.1) en tanto que el acceso a la justicia se ve impedido porque el ordenamiento jurídico en cuestión es técnicamente defectuoso. Ello se reflejaría en los supuestos básicos:**

*E.1) El ordenamiento jurídico está plagado de antinomias o contradicciones; o sea, la incoherencia de sus normas afecta seriamente la legalidad al vulnerar dos de sus valores centrales, el orden y la seguridad jurídicas;*

*E.2) El ordenamiento jurídico incumple con el principio de plenitud; es decir, está plagado de "lagunas" y no ofrece soluciones de integración adecuadas. Una vez más se ven vulnerados los valores de orden y seguridad jurídicas;*

*E.3) El ordenamiento jurídico padece de un formalismo-legalismo excesivo y hace cumplir la ley a cualquier costo (la ley es la ley, cúmplase la ley aunque se caiga el cielo) sacrificando, en aras de una supuesta seguridad jurídica, los valores superiores del sistema;*

*E.4) El ordenamiento jurídico está compuesto de normas técnicamente mal redactadas que impiden conocer el sentido de la ley o la voluntad del legislador, y dificultan una interpretación, incluso la meramente lógico-sistemática;*

*E.5) El ordenamiento jurídico no es expedito, contiene procedimientos tortuosos, alambicados, barrocos (kafkianos);*

*E.6) El ordenamiento jurídico es de enorme complejidad técnica, de acceso limitado incluso para los juristas e inaccesible para la población.*

En todos los supuestos anteriores es la legalidad la que se convierte en el principal obstáculo del acceso a la justicia. En tales supuestos resultarían menester emprender reformas o cambios a la normatividad misma, a efecto de que ésta sea capaz de cumplir con las exigencias técnicas que un ordenamiento jurídico necesita satisfacer. Esquemáticamente, el modelo antes analizado se podría representar así:

■ **E. Un Derecho no puede ser justo (A.1) porque el ordenamiento jurídico (el sistema jurídico) es técnicamente defectuoso:**

- con antinomias o contradicciones (E.1);
- plagado de "lagunas" y sin ofrecer soluciones de integración adecuadas (E.2);
- formalista-legalista en exceso -"la ley es la ley"- (E.3);
- con normas técnicamente mal redactadas que impiden conocer el sentido de la ley o la voluntad del legislador (E.4);
- con normas de difícil o imposible realización y procedimientos tortuosos (E.5);
- de enorme complejidad técnica (E.6).

<b>Primer Estándar</b> Legalidad
- Valores formales e instrumentales- ORDEN SEGURIDAD IGUALDAD
<b>La legalidad se convierte en un obstáculo.</b>
<b>Segundo Estándar</b>
Excepcional o circunstancialmente puede hacerse posible que en la vida social primen valores o paradigmas tales como... VIDA Y DIGNIDAD HUMANAS LIBERTAD AUTONOMÍA BIEN COMÚN EDUCACIÓN, entre otros... - Derechos Humanos - Revista URBE et IUS, Buenos Aires, Número 13, Invierno 2014

Finalmente, procede analizar un quinto modelo de sistema jurídico afectado por causas intrínsecas, al cual le será asignada la letra F y se enunciará así:

Un Derecho no puede ser justo, es decir, no puede verificarse A.1), toda vez que el acceso a la justicia se ve impedido porque los valores superiores o los principios de justicia del ordenamiento jurídico son vistos como incorrectos, éticamente irrelevantes o injustos por no reflejar la moralidad, las costumbres o creencias de la mayoría de la población, o por ser en sí mismos inválidos.

*F.1) El ordenamiento jurídico presentaría una serie de problemas que se conocen en la teoría como antinomias de valoración o principio.*

Aquí, el acceso a la justicia no está reñido con la legalidad, más bien la legalidad aparece como un medio para la realización de una serie de valores o principios que son vistos como inválidos o injustos. En este caso, dada la falta de aceptación y reconocimiento a las normas jurídicas por parte de sus destinatarios, resulta necesario que el sistema jurídico, para hacer efectivas sus decisiones, tenga que acudir de manera recurrente a la coacción.

En efecto, el problema central que se deriva de este modelo es el de la obediencia al Derecho, pues el cumplimiento de la ley se explicaría por razones prudenciales o temor al castigo y, en consecuencia, los casos de desobediencia al derecho, de fraude a la ley, de desobediencia civil y hasta de objeción de conciencia resultarían más comunes.

En efecto, en este modelo los supuestos que impiden el acceso a la justicia pueden ser de dos tipos aunque participan ambos de la misma naturaleza; en otras palabras, la diferencia entrambos es de grado, tiene que ver, principalmente, con el nivel de ilegitimidad que se impute al sistema jurídico.

En el primer supuesto, los destinatarios de las normas consideran que sólo un grupo de ellas o algunas de ellas en particular son injustas, con lo cual se aceptaría que en su conjunto el sistema jurídico es básicamente justo. Los problemas a que daría lugar este supuesto podrían solucionarse, por ejemplo, por vía de la implementación de medios de control de la constitucionalidad o el establecimiento del referéndum para la aprobación de ciertas leyes. De esta manera, sería posible establecer instrumentos que permitieran rectificar las normas que ocasional y/o aisladamente traicionen los valores o principios de justicia del sistema, o incorporar a él aquellas que efectivamente sean vistas como justas.

En el segundo supuesto, los destinatarios del Derecho consideran que la mayoría de las normas del sistema son injustas, en la medida que dichos destinatarios rechazan o

cuestionan la validez material de los valores que comportan tales normas y que a través de ellas tratan de hacerse efectivos. En suma, el sistema jurídico es visto como injusto en su totalidad; la legalidad sólo podrá hacerse valer por vía de la coacción.

Nos encontramos, pues, ante un modelo de acceso a la justicia en el que encuadrarían los Estados totalitarios que sólo logran imponer sus decisiones por vía de la fuerza y la constante amenaza o represión.

En ambos supuestos, el obstáculo que impide el acceso a la justicia se encuentra en uno o varios valores o principios del SEV; o, de plano, en todo el sistema. Por lo tanto, lo que se afecta directamente es la obediencia al Derecho.

En conclusión: este esquema nos permite identificar el lugar y el momento en el que convergen justicia y legitimidad, Derecho y política, ciencia jurídica con ciencia política.

Lo anteriormente expuesto puede plasmarse en el siguiente esquema:

■ **F. Un Derecho no puede ser justo (A.1) porque el ordenamiento jurídico (el sistema jurídico) es visto como injusto: con antinomias de principio y/o valoración (F.1)**

<b>Primer Estándar</b> Legalidad
- Valores formales e instrumentales- ORDEN SEGURIDAD IGUALDAD  <b>La legalidad es sólo un medio de la injusticia.</b>
<b>Segundo Estándar</b>
- Valores superiores -  Se rechazan uno, varios o todos los valores o principios del sistema. El SEGUNDO ESTANDAR VALORATIVO es obstáculo del acceso a la justicia.  <b>-Justicia y legitimidad política se encuentran -</b>

### Conclusiones

1.- El concepto de justicia y su realización son fenómenos de carácter complejo. El hecho de no comprender ni discriminar los distintos factores que afectan dicha realización impide o disminuye las posibilidades de combatirlos. Esta circunstancia tiene consecuencias directas en la praxis social y la vida cotidiana. No se trata de una cuestión cu-

los efectos puedan circunscribirse exclusivamente al orden teórico o metodológico. Una de las consecuencias más evidentes de la incompreensión de la naturaleza compleja de dichos fenómenos, es la de impedir que los programas de reforma, transformación o mejora de los sistemas de justicia suelen ser -dada la carencia de una visión global del problema-, parciales y normalmente insuficientes e ineficaces para alcanzar sus propósitos.

2.- El acceso a la justicia es un tema de naturaleza multifactorial y, como la realización de la justicia misma, se ve necesariamente afectado por factores de orden jurídico y no jurídico o, dicho de otro modo, intrínsecos y extrínsecos al Derecho.

3.- La problemática de naturaleza multifactorial que conlleva el acceso a la justicia puede ser entendida y estudiada, al menos, desde una terna de puntos de vista metodológicos, a saber:

3.1) Desde la dogmática jurídica o, más precisamente, desde el Derecho positivo de los derechos humanos; 3.2) desde la teoría de la justicia; y, 3.3) desde la teoría de la democracia.

4.- Desde la dogmática jurídica o el Derecho positivo de los derechos humanos, el acceso a la justicia puede ser concebido como un tipo de derecho humano fundamental, de carácter complejo, al estar conformado por un sistema de

medios de protección, de cuya realización depende, en buena medida, la efectiva seguridad jurídica que debe propiciar un Estado de Derecho. Es en esa virtud que el acceso a la justicia puede ser definido como aquella garantía que poseen los gobernados consistente en la facultad de acceder, en forma individual o colectiva y en condiciones de igualdad, al sistema de medios alternos, jurisdiccionales y no jurisdiccionales por virtud de los cuales las instituciones del Estado prevén, amparan y sancionan, eficazmente, cualesquier actos u omisiones que pudieran vulnerar o vulneren los derechos humanos fundamentales reconocidos por el derecho nacional e internacional.

5.- El estudio del acceso a la justicia debe pasar, de modo insoslayable, por un análisis crítico de teoría de la justicia respecto de la acción del Estado, de los principios de justicia que postula y la manera en que pretende satisfacerlos.

6.- El acceso a la justicia es también un tema que puede ser estudiado desde la teoría de la democracia, en la medida en que uno de los elementos básicos de aquélla es la existencia de un efectivo Estado de Derecho. Y dado que no hay Estado de Derecho sin acceso a la justicia, éste constituye por ende una condición necesaria e imprescindible de toda democracia. En suma, que no hay democracia ni Estado de Derecho sin un efectivo acceso a la justicia.

7.- Un esquema teórico para estudiar y analizar el acceso a la justicia requiere de una concepción previa de lo que por aquélla se entiende. En tal virtud, la justicia viene a ser, en su sentido rawlsiano, un elemento determinante para el funcionamiento de la estructura básica de la sociedad. Además, la justicia no ha de ser concebida como un asunto de estricta moralidad sino antes bien, una actitud, convicción o disposición de ánimo que facilite el desempeño de las instituciones sociales.

8.- La justicia, en tanto primera virtud de las instituciones sociales, cumple una función referencial o paradigmática para determinar la corrección o incorrección de conductas o acciones humanas y el desempeño de las instituciones sociales.

9.- La Teoría o tesis del Doble Estándar Valorativo del Derecho (DEV) constituye un método para conceptualizar y establecer cómo y cuándo se produce la justicia. Dicha tesis parte del presupuesto de que todo sistema normativo denominado Derecho produce siempre, por su sola presencia en sociedad y a través de la legalidad, al menos una terna de valores formales e instrumentales: orden, seguridad e igualdad jurídicas. Estos constituyen el Primer Estándar Valorativo del Derecho (PEV). Los valores jurídicos adquieren sentido cuando sirven para realizar los valores o principios superiores que cada Derecho persigue y que constituyen su Segundo Estándar Valorativo (SEV).

10.- Un sistema jurídico será justo si el PEV (legalidad) ordena, asegura e iguala los valores o principios perseguidos por el sistema u ordenamiento jurídico (SEV). O sea, que la legalidad -vía su normatividad coactiva- sirve para realizar los objetivos últimos para los cuales fue concebida. De modo que si el Derecho en cuanto instrumento hace posible la realización de los valores o principios para los cuales fue creado, podrá afirmarse que ese Derecho es justo. En cambio, si la legalidad no ordena, asegura, ni iguala respecto de tales valores o principios, la norma o el sistema en cuestión será injusto; lo cual explica que cuando la ley -formalmente válida- asegura, iguala y ordena conductas contrarias al SEV, estaremos en presencia de una ley válida jurídicamente, por más que injusta.

11.- El esquema de justicia presentado en la conclusión 10 representa al Derecho o sistema jurídico en forma estática o ideal, sin ponerlo en contacto con las condiciones sociales, políticas, históricas y culturales a las que necesariamente habrá de quedar sujeto. Por lo tanto, estamos ante un esquema que alude a un Derecho estáticamente justo.

12.- Con base en el esquema anterior el acceso a la justicia puede verse impedido por dificultades extrínsecas, fácticas o extrasistémicas. Es decir, ajenas al sistema jurídico. De igual manera, el acceso a la justicia puede verse influido

por causas imputables al sistema jurídico mismo, o sea, sistémicas. En la realidad ambas causas aparecen confundidas aunque sea necesaria su discriminación e identificación para la adopción de las medidas que hagan posible dicho acceso a la justicia.

13.- Las causas extrínsecas que impiden o dificultan el acceso a la justicia se pueden agrupar, por razones de método, en tres esquemas. Para los efectos de este ensayo tales causas y sus respectivos esquemas son: B. La existencia de un sistema de administración de justicia o judicial con servidores públicos y abogados postulantes corruptos y/o incompetentes profesionalmente; C. La existencia de un sistema político corrupto y/o que carezca de voluntad política en favor de la justicia; D. La existencia de un Estado ético o perfeccionista y/o las condiciones de miseria e ignorancia en que se encuentran amplios sectores de la población. En todos estos esquemas la conclusión obvia es que la justicia se produce sólo excepcional y hasta accidentalmente. Es obvio que las medidas para corregir los orígenes de estas causas nada tienen que ver con el Derecho como sistema. Por lo tanto, la reforma o cambio de la legislación sólo coadyuvaría tangencial y secundariamente a la solución de los problemas que impiden o hasta hacen nugatorio el acceso a la justicia.

14.- Las causas intrínsecas o que tienen su origen en defectos del sistema jurídico mismo, se pueden agrupar, por razones de método, en dos esquemas. Para los efectos de este ensayo tales causas y sus respectivos esquemas son: E. La existencia de un ordenamiento jurídico, a nivel de su legalidad, técnicamente defectuoso; F. La existencia de un ordenamiento jurídico que es visto en algunas de sus normas o en su totalidad como injusto. En ambos casos, los errores del sistema jurídico son respectivamente de carácter formal y material y se dan, en el primero y segundo, estándares valorativos del Derecho. En cuanto a E la solución está en la técnica jurídica que mejore la calidad del ordenamiento jurídico. En cuanto a F la solución está en hacer efectiva la obediencia al Derecho, buscando que justicia y legitimidad política coincidan en favor de la sociedad. ■

## Bibliografía

Acceso a la justicia y equidad. "Estudio en siete países de América Latina" (José Thompson, Coordinador Académico). San José de Costa Rica, Banco Interamericano de Desarrollo y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos: 1a. Edición, 2000.

- ÁLVAREZ, Mario I., "Introducción al Derecho". 2a. ed., México, McGraw-Hill, 2010.

- BOBBIO, Norberto, "Teoría dell'ordinamento giuridico"; Torino, G. Giappichelli-Editore, 1960.

- ELSTER, John, "Justicia Local -De qué modo las instituciones distribuyen bienes escasos y cargas necesarias-" (Trad. Elena Alterman). Barcelona, Gedisa editorial, 1994.

- HOERSTER, Norbert, "En defensa del positivismo jurídico" (Trad. Jorge M. Seña). Barcelona, Editorial Gedisa, 1992.

- ISONOMÍA, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. Número 10, México, ITAM, abril de 1999.

- RODRIGO MUÑOZ, Serafín, "Acceso a la Justicia"; en Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica (Mario I. Álvarez Ledesma y Roberto Cippitani, Coordinadores); ISEG Roma-Perugia-México, 2013.

- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, "Derecho y moral", en Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo. (Rodolfo Vázquez, compilador). Barcelona, Gedisa editorial, 1998.

- PAREJO ALFONSO, Luciano, "Constitución y valores del ordenamiento". Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

- RABASA, Emilio, "La teoría de la consolidación democrática" en Jurípolis. Revista de Derecho y Política del Departamento de Derecho. Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México, México, Diciembre, 2005,

- RAWLS, John, "A Theory of Justice". Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University, 1980.

- Liberalismo Político (Trad. Sergio René Madero Báez). México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

- TOMASINI, Alejandro, "Fe", en Nuevos Ensayos de Filosofía de la Religión. México, JHG Editores, 1999.

- WALZER, Michael, "Las esferas de la Justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad" (Trad. Heriberto Rubio). México, Fondo de Cultura Económica, 1997.

# Clasicismo y modernidad del Derecho Administrativo como vínculo entre la acción administrativa y el derecho

Por Tomás Hutchinson

Abogado. UBA.



## 1. Preliminar

El objeto de la presente colaboración consiste en realizar un análisis aformal del Derecho administrativo<sup>1</sup> argentino actual, a la simple luz de la experiencia que proporciona una larga vida –gracias a Dios– de funcionario judicial, abogado, docente y, por cierto, de ciudadano. El propósito es analizar algunos de los lugares comunes más enraizados en nuestra doctrina y jurisprudencia, proporcionando así una visión relativamente crítica del Derecho administrativo y el papel que realmente juega en la sociedad, así como de los condicionamientos que distorsionan su aspiración básica, de ser útil a las exigencias de un país en transformación.

Nada de lo que digo es absolutamente nuevo, muchas de las cosas que planteo las he leído, escuchado, dicho o escrito en mi periplo “administrativo” que empezó hace muchos años y que me ha llevado hasta aquí. Es decir, lo que digo no es original ni deja de pertenecer al dominio público de la literatura jurídica y no jurídica. En el mejor de los casos lo que con este análisis pretendo es cristalizar un estado de opinión que puede que comparta alguna parte de los que se dedican a esta disciplina.

El Derecho administrativo argentino está emergiendo de la dura prueba del “Estado portaliano”<sup>2</sup> que contrajo su espíritu al orden, la supervigilancia y el control (Silva Cimma). Los grandes cambios de pensamiento ocurridos han dejado atrás las construcciones clásicas, que no le permitirán volver a encarnarse en el Estado constitucional, el Estado liberal individualista, el Estado social, el Daseinsvor-sorge (Forsthoff) dentro del Estado existencial o en el Estado neoliberal de los 90 del siglo pasado. En nuestra materia en Latinoamérica, son conocidos los esfuerzos pioneros de Rafael Bielsa, en nuestro país; Sayagués Laso en Uruguay y Nuñez Borja en Perú, por citar sólo algunos. Luego, les han seguido muchos.

1. El Derecho administrativo tiene que ver con la manera en que se relacionan la Administración y el Derecho. Al respecto, podrían señalarse tres tipos de relaciones: a) una de total independencia (aquella no sería *tocada* por el Derecho, se regiría por *normas de buena administración*: de *eficiencia* y *eficacia*). De algún modo, ello se habría dado en Prusia en el s.XVIII, época de la *Fikustheorie* o vinculación privatista del príncipe; teoría que tiene sus orígenes en el Derecho romano; b) otra, al modo de las relaciones de las personas naturales con el Derecho (un ámbito de *libertad plena*, pero limitado por éste, para que su actividad no viole el ordenamiento jurídico normativo). Se da mucho en las visiones estatistas; y, c) aquella en que el Derecho configura, estructura y condiciona la Administración. Ocurre cuando se considera al Estado sujeto del Derecho y regido por éste. Ocurre cuando el Estado se convierte en persona jurídica.

2. Derivación del nombre del gran jurista francés Jean Étienne-Marie Portalis (uno de los redactores del Código Civil francés). Con esa calificación quiere señalarse que la convicción de los hombres de 1810 veían en la ley la expresión original de la voluntad colectiva, traducida en mandatos obligatorios y coactivos, y en la administración y la justicia como meras formas de ejecución de esa voluntad hacia la comunidad.

## 2. La historia y el Derecho Administrativo

El Derecho Administrativo no puede desvincularse de la historia y, muy especialmente, de la historia política; en ella encuentra su verdadero fundamento y de ella recibe su filosofía y trazos característicos<sup>3</sup>. No se trata de recordar el pasado, sino, por el contrario, de conocer el suelo del que el Derecho Administrativo ha extraído la savia con la aún hoy en día se nutre<sup>4</sup>. Esta materia, como disciplina jurídica<sup>5</sup> se

3. El Derecho Administrativo nació del Estado de Derecho y de la tradición occidental. Antes, los gobernantes usaban el poder en su beneficio o en de sus allegados y no cobró mucho vuelo por las vallas creadas por el Derecho que elaboró la Revolución Francesa de acuerdo con los intereses de la clase que triunfó, por lo cual ciertas esferas de acción del Estado en la sociedad era un coto vedado al cual él no podía llegar. La cultura occidental se reconoce heredera de la antigüedad clásica: de Grecia en lo que es la democracia; de Roma, lo que es el Estado y el Derecho, desde las *Dodici Tabule* hasta el *Corpus Iuris Civilis*, que desde el s. XI con Irnedio (Universidad de Bolonia) se proyecta al resto de Europa donde alcanza el carácter de derecho común. El derecho romano, recepcionado por Europa, fue el derecho justinianeo. Las grandes revoluciones libertarias de EEUU y Francia impusieron en el mundo europeo, y luego, en el latinoamericano, los grandes principios políticos del mundo moderno. Frente al Estado absoluto, reivindicaron la individualidad y exaltaron la libertad y la propiedad. La familia jurídica europea continental tuvo dos grandes fuentes históricas: el Digesto y el Código Civil francés, en una cosmovisión que recorrió el mundo con la pandectística alemana (Gerber; Laband; Georg Jellinek) liberando el derecho positivo de cualquier contaminante metajurídico. La cohesión filosófica del derecho occidental permite que presente parámetros comunes: libertad personal; propiedad y seguridad individuales, elementos comunes que permiten hablar de un sentido culturalmente unitario, pero en su aplicación a cada país ha adquirido dimensiones diferentes, originando dos grandes culturas jurídicas: la del derecho romano justinianeo y el *common law* basado en el derecho romano clásico, anterior al derecho imperial.

4. La pandectística habría de influir en la escuela de Viena, que llegó a asimilar el Estado al Derecho. Dentro del campo del Derecho público, el Derecho Administrativo recogió esa concepción formal. Así, Giannini y Zanobini han señalado que aquél nació en la vida jurídica el 16 de febrero de 1800, cuando entró en vigencia en Francia la primera ley relativa a la Administración Pública. Pero, de lo que no cabe duda, es que el Derecho administrativo es un producto cultural de la Europa continental. Según esa cosmovisión jurídica, el ordenamiento está conformado por dos esferas del derecho: el *ius civile* (derecho del hombre, dominado por la autonomía de la voluntad) y la del *ius publicum* (derecho de la autoridad, dominada por el principio de la legalidad).

5. Algunas disciplinas jurídicas remontan su origen a un pasado más o menos remoto, lo que no ocurre con el Derecho Administrativo. Esto es llamativo si se tiene en cuenta que es razonable suponer que las normas administrativas (es decir, aquellas que son objeto de análisis por esta disciplina) son muy antiguas. Y es lícito pensar que sean las normas más antiguas, pues al constituirse una sociedad política, casi seguramente se regularon las relaciones de ella con sus miembros, antes que las de estos entre sí. No se puede hablar del Derecho Administrativo como disciplina científica coordinada, con puntos de vista propios y especiales, para apreciar los múltiples actos jurídicos de la administración del Estado o la vinculación de éste con los súbditos en la época del Estado policía. Había en éste, sin ninguna duda, normas que regulaban sobre organización administrativa, prestación de servicios y tributaciones, e incluso, tribunales (ver nota 6), pero todo derivaba de la potestad del príncipe y, por lo tanto, él le podía poner fin en cualquier momento. Por eso no podía constituir una rama especial del derecho; se trataba de un objeto y conocido que no fue estudiado durante mucho tiempo y ello recién ocurrió cuando advino el Estado de Derecho, caracterizado por la misión de las autoridades y los particu-

remonta a la segunda mitad del siglo XIX<sup>6</sup> y ha experimentado desde entonces una rápida evolución. Cada etapa superada lo ha marcado en forma indeleble y puede hablarse de la cuestión evocando una imagen geológica: a cada edad pertenece una capa diferente y el Derecho Administrativo actual posee elementos que corresponden a otras épocas y que son expresivos de concepciones muy diversas. Comprender este fenómeno es esencial para el que quiera conocer esta disciplina y entender sus problemas fundamentales.

Sólo cuando el Estado se hizo cargo de muchos problemas, cuya solución era confiada a la iniciativa particular o de servicios prestados a la comunidad, que antes lo proporcionaban entes privados<sup>7</sup>, el Derecho administrativo cobra relieve y personalidad inconfundible en el campo jurídico y se agiganta la figura del Estado<sup>8</sup> –uno de los sujetos de este Derecho–.

Antes del derecho administrativo, los derechos y obligaciones que servían a los fines públicos no estaban separados de los que servían a los intereses privados. Con el nuevo derecho del s. XIX, el Estado deja de ser considerado como un vínculo entre individuos, utilizado para fines e intereses individuales, y se le reconoce el carácter de ente común: una institución elevada por encima de los individuos y puesta al servicio de los intereses colectivos superiores y generales (no son la mera suma de los intereses individuales).

El Derecho Administrativo intentó ser una respuesta

lares a la ley y con la consagración de acciones jurisdiccionales a favor de los particulares (Consejo de Estado francés). Por eso se ha dicho que para que exista Derecho Administrativo es indispensable la división de poderes (Sandulli, D'Alessio; Bodda; Treves) o la aceptación de la teoría de las diferentes autonomías funcionales (Jellinek). El primer libro de Derecho Administrativo alemán es de 1896 (Otto Mayer).

6. Es una fecha en cierto modo arbitraria, pues lógicamente, no nació espontáneamente en un determinado momento. La Revolución francesa impone la regla de Derecho a la Administración jerárquica y centralizada, que Napoleón toma de la monarquía desaparecida. Para Silva Cimma puede hablarse de Derecho Administrativo como rama del Derecho, cuando se consagran las acciones jurisdiccionales en favor del particular –al comenzar la grandiosa creación jurídica alcanzada por el Consejo de Estado francés y el Tribunal de Conflictos desde 1870 en adelante– (Pantoja Bauzá).

Cabe decir que en el derecho alemán, el *ius privatum* era el único medio de protección jurisdiccional del individuo por medio del artificio del fisco. Ello explica el desarrollo del Derecho Administrativo alemán sobre bases privatistas.

7. Para los “liberales” del s. XIX, la Administración no tenía contenido intrínseco: la acción de *ejecución de las leyes* estaba comprendida íntegramente, ella encontraba su principio y fin en la ley. Lo que ha ganado el “administrado” con esta concepción es evidente; ella fundó el Estado de Derecho, limitada por la ley y después, gracias a la obra del juez administrativo, interpretando ampliamente el principio de legalidad, por la regla jurídica en general, la Administración dejó de ser arbitraria.

8. Según la concepción liberal, la acción administrativa hubiera podido hacer suyo, hasta una época reciente, el lema de la *Maison d'Orange*: “yo mantendré”. Mantener el orden; mantener el Estado, son fines que subsisten, pero ellos ya no son suficientes para definir una acción que pretende promover, remodelar y modificar las estructuras, sustituir el desorden nacido del juego natural de las libertades individuales por un orden racional: urbanismo, planificación económica; políticas de ingresos; sanitaria y social, son algunas de las grandes tareas de la Administración actual (ver §10).

de técnica jurídica –y de técnica sustancial, no solamente formal– a una nueva situación: el reconocimiento de la existencia de intereses colectivos. La evolución posterior del Derecho Administrativo va a girar sobre esos dos polos, que son los que van a explicar la posición de ese derecho en cada época<sup>9</sup>.

### 3. La existencia del Derecho Administrativo es un milagro

La existencia de esta rama jurídica es, en cierto modo, sobrenatural. Porque en el caso de los particulares, tanto su actividad como sus relaciones, están reguladas por normas que se les impone desde el exterior y el respeto de los derechos y obligaciones que lleva consigo está bajo la autoridad y la sanción de un poder externo y superior: el del Estado. Pero resulta asombroso que el Estado acepte voluntariamente considerarse obligado por la ley. Está en la naturaleza de las cosas el que un Estado crea, de buena fe, estar investido de poder para decidir discrecionalmente sobre el contenido y las exigencias del interés general. Es necesario que se sujete a sí mismo para considerarse obligado a permanecer en los cauces de un derecho que le dicta determinadas formas de conducta y le prohíbe otras.

También es en cierto modo milagroso que se haya regulado y el gobierno aceptado que sus decisiones tengan que someterse a la censura de un juez. ¿Por qué razón

este último, irresponsable<sup>10</sup>, es menos susceptible de equivocación que aquél que ocupa el lugar de mando y que es responsable de sus actos? Hoy día estamos, ciertamente, acostumbrados a ver que el Estado está limitado por el Derecho y sometido al control judicial. Pero, para apreciar en su exacta medida el valor de este estado de cosas, es necesario que de vez en cuando se produzca una reacción gubernamental que se desvíe, que se salga de lo habitual<sup>11</sup>. Es imprescindible, por otra parte, no olvidar las lecciones de la Historia, la conquista del Estado por el Derecho es relativamente reciente y no está aún universalmente alcanzada<sup>12</sup>. La “razón de estado” no capitula de un día para el otro y no hace mucho que el Estado de Derecho ha reemplazado al Estado policía<sup>13</sup>.

### 4. Es un derecho ligado a la función administrativa

El Derecho administrativo, en su acepción más amplia e inmediatamente perceptible, es el conjunto de reglas y principios definidores de los derechos y obligaciones de la Administración, es decir, del aparato administrativo cuando ejerce la función administrativa. Este rasgo fundamental, tan ligado a las bases constitucionales, no debe pasarse por alto si es que quiere entenderse la materia. Por eso es un derecho que no es, ni puede ser, como los restantes; puede decirse, siguiendo a Villar Palasí, que lo administrativo está transido de politicidad, por ser instrumento, medio y cauce de la política que cambiará según lo haga el Estado y, en definitiva, la sociedad. En todo caso, sus reglas, conceptos e instituciones no pueden ser comprendidos con nitidez si se utilizan las pautas interpretativas normalmente utilizadas en el Derecho Civil.

La inaplicabilidad del derecho privado no tiene siempre un sentido de incremento de los derechos de la Administración, sino que muchas veces implica su reducción<sup>14</sup>.

9. En el continente europeo, el Derecho Administrativo va a configurarse como una serie de medidas teleológicamente enderezadas con el interés colectivo (lo que refleja la naturaleza autoritaria del Estado –basta recordar que salvo brevísimos paréntesis revolucionarios, Francia y Alemania eran países autoritarios–) pero que ofrece una garantía particularizada en ciertos derechos e intereses mediante la impugnación ante los tribunales. Así, aparecen éstos como defensores de la libertad y la propiedad. Como ello iba en contra del dogma inicial, la Revolución francesa excluye la intervención de los tribunales judiciales, pero sigue concediendo la defensa jurisdiccional encubierta bajo el manto de protección a todos los ciudadanos. A fines del s XIX el apogeo del liberalismo exacerbó la evolución y se produjo la inhibición del Estado cuando se acercaba a los negocios de la clase dominante. Abandonó el interés colectivo por los derechos de los particulares. A comienzos del s XX la cuestión no cambió hasta la aparición de Duguit (un jurista socialista no marxista) que denuncia en el derecho administrativo francés, el desplazamiento del centro de gravedad del Derecho Administrativo desde la persecución de los intereses colectivos a la defensa de los derechos individuales. Y para restablecer el equilibrio (ese es el secreto) que contrapesa insiste en el fortalecimiento de los servicios públicos. Las ideas de Duguit duraron lo que un lirio. La ideología liberal encontró en el Derecho Administrativo un baluarte y la mayoría de los que se han dedicado a la materia han sido quienes (a sabiendas o no) mejor han dominado la técnica de paralizar el Estado. El pensamiento de Duguit influyó años después en Forsthoﬀ (profesor de indiscutido prestigio, aunque en momentos críticos no pudo resistir la tentación ideológica que asoló su país: Alemania) que vuelve a hablar del interés colectivo (Daseinsvorsorge) al expresar que el hombre ha perdido su autonomía y se encuentra en un mundo que se le escapa (la economía, el trabajo, los servicios, etc.). El individuo no puede subsistir por sí mismo ni dominar el medio del que depende. Es el Estado el que debe asumir la responsabilidad de que ese ambiente ajeno permita la vida humana; la atención de los intereses colectivos es lo que permite la supervivencia de cada uno (ver § 10).

10. Desde el punto de vista jurídico, no está regulada entre nosotros la responsabilidad del juez por su actividad judicial.

11. Por ejemplo, en nuestro caso, repasemos aquellos supuestos, por todos conocidos, en los que el Gobierno no ha cumplido ciertas sentencias de la Corte Federal.

12. Las relaciones entre la Administración y el Derecho fueron, y aún hoy lo son en gran parte, de subordinación. Durante mucho tiempo dueña de sus actos, la Administración debe insertarlos en el marco de la legalidad. Si se aparta de la regla, el interesado puede oponerle ante un juez su derecho o, incluso, el Derecho. La ideología liberal se encuentra en el origen de esta transformación, pero esa solución ha sobrepasado la esfera del mundo liberal. El primado de la legalidad socialista, cuando primaba en los países del este europeo, se imponía a sus administraciones y la presencia del procurador, en cada escalón de la jerarquía de las colectividades soviéticas, era el símbolo de la sumisión al derecho.

13. En la historia de la humanidad, la sumisión de la Administración al Derecho es reciente y frágil. Por más acuerdo que al respecto exista en el mundo contemporáneo, el tiempo que este principio ha tardado en imponerse (y no totalmente) basta para demostrar que no cae de su peso. Por cierto, esa sumisión debe respetar el papel de la Administración y entonces deberá estar sometido a un derecho hecho a la medida de su actividad. Es contrario a la realidad de las cosas someterla a un derecho de los simples particulares.

14. Aunque algunos no demasiado advertidos crean que el Derecho administrativo estudia las prerrogativas del poder, lo que pretende es

Los particulares escogen libremente a sus empleados y contratantes, la Administración está sometida a reglas severas para la selección de los agentes públicos<sup>15</sup> y la elección de sus contratistas. Junto a la "Administración imperativa" existe la "Administración obligada"; junto al "poder público", la "servidumbre pública".

Los particulares escogen libremente sus fines, la Administración está obligada a procurar el cumplimiento del interés general y, aún más estrictamente, en muchos casos, el cumplimiento de un fin preciso señalado por la ley a cada tipo de poder. Tiene sus raíces en problemas tan fundamentales de las ciencias políticas como son las relaciones del Estado con el ciudadano, la autoridad con la libertad, la sociedad con el individuo. La anulación de una decisión administrativa no tiene ningún punto de contacto con la de un contrato pactado entre particulares o con la de un acto civil.

Suele argumentarse que la separación de poderes no es, esencialmente, una distinción de funciones que se corresponda con una división de trabajo, sino un reparto de atribuciones de poder inherente a la soberanía interna del Estado. De esos tres poderes, es el gobierno quien, indudablemente, se ha beneficiado en el reparto con la mejor parte: es el único que directamente dispone de la fuerza pública, en la acepción más amplia del término; es el llamado a tomar las innumerables decisiones que exige la labor diaria del Estado; es, por último, el que más se ha beneficiado de la extensión que ha experimentado aquél en sus atribuciones y competencias, porque el intervencionismo económico y el incremento del poder de policía apenas si han modificado el repertorio de atribuciones de los otros dos poderes.

Como vimos, milagrosamente nacido, el Derecho Administrativo subsiste gracias a un prodigio diariamente renovado. No sólo sería difícil, contra su voluntad, obligar materialmente al gobierno a someterse a la norma jurídica y a la sentencia del juez, sino que el Estado podría, al menos en teoría, poner fin en el momento que lo desee a la autolimitación que ha consentido. Son varias las condiciones que tienen que darse para que el milagro se reproduzca y dure, estando todas en conexión íntima con la forma del Estado, el prestigio del derecho y de los jueces, el espíritu del momento y la base democrática de la sociedad.

Así, el Gobierno está sometido al derecho y al control judicial no solamente en su relación con los otros poderes –lo que es estudiado por el Derecho constitucional– sino también en la marcha del inmenso aparato administrativo que tiene a su disposición para hacer prevalecer su voluntad en el orden interno. La sumisión de la Administración al derecho no puede presentarse en los mismos términos según se tenga en vista las estructuras administrativas o la acción de la Administración. El derecho administrativo organizati-

---

estudiar las limitaciones que el poder tiene en el caso. Por otra parte, es una realidad que es un subsistema jurídico que debe encajar perfectamente dentro del sistema general que rige las cuestiones jurídicas.

15. Comprenderá Ud. lector que no vivo en el limbo. Hablo de la teoría; en la práctica en nuestro país no se ingresa ni se asciende por concurso y la forma de nombramiento es tanto o más libre que en una empresa privada.

vo (Prelot) responde a una necesidad que se ha manifestado desde un principio<sup>16</sup>. Para determinar las prerrogativas de los cuerpos, los actos jurídicos son necesarios (aunque más no sea para fundar la autoridad del agente). Bajo formas distintas, la existencia de reglas jurídicas define las estructuras de los órganos. La sumisión de la acción administrativa a la regla del derecho provoca otros problemas. Puede parecer que el objeto y la finalidad del poder administrador se oponen a toda regla previa. En la época liberal, la soberanía de la ley reduce la Administración a una función subordinada: la ejecución de las leyes. Sin embargo, durante mucho tiempo amplios sectores de la acción administrativa quedaron sustraídos a la influencia del derecho<sup>17</sup>.

¿Es que una actividad totalmente orientada hacia la solución de problemas situados en el tiempo y en el espacio puede plegarse a una norma abstracta por naturaleza? La flexibilidad que requiere la acción ¿puede acomodarse a la rigidez inherente a la regla? ¿Su generalidad es compatible con la diversidad de casos a tratar? Eran las preguntas de los que entendían que el respeto al derecho era incompatible con los imperativos de la acción. No obstante, la sumisión de la acción al derecho ha terminado por imponerse.

Existe un vínculo necesario e inescindible entre el modelo político y constitucional y el Derecho Administrativo, pues es la rama del Derecho que debe adaptarse a las políticas públicas definidas a través de los procesos políticos y constitucionales

## 5. Sumisión al derecho. ¿Pero a qué derecho?

Este es un debate que dividió los países del *Common law* y los que proceden del sistema romano-germánico. La tradición de aquellos se aferra a la lógica de la sumisión de la Administración al derecho. El derecho es uno: el *Common law*. Someter la Administración al derecho equivale a someterlo al *Common law* y al control del juez, como están sometidos los particulares<sup>18</sup>.

Los Estados continentales europeos niegan esta lógica. La Administración debe acomodarse a la sumisión al derecho, pero depositaria del interés general y para hacerlo pre-

---

16. Por lo que al derecho administrativo se refiere, no parece dudoso que el proceso de su creación y aplicación se inicia fundamentalmente a través de la organización estatal.

17. Por ejemplo, la responsabilidad del Estado por los perjuicios que causa. Hubo que esperar a 1883 en Francia; 1922 en Bélgica; 1946 en Gran Bretaña y 1947 en EEUU.

18. La índole especial del pensamiento inglés, tal como aparece, sobre todo por el influjo decisivo de FRANCIS BACON, puede caracterizarse por las palabras "empirismo" e "inducción". El pensamiento inglés no estriba en violentar los hechos por la razón, sino que busca la razón en las cosas; para él, razón es "la naturaleza de la cosa". La peculiaridad del sentido del derecho inglés es que no está orientado hacia un derecho ideal, hacia una justicia superpositiva, sino, por el contrario, hacia el derecho inglés vigente. La cultura del *common law* nació en la Edad Media en Inglaterra. Por ese se ha dicho que el derecho común inglés es el monumento más sorprendente de la jurisprudencia medioeval (Davis).

valecer sobre la resistencia de los intereses privados, debe conservar las prerrogativas del poder público. El derecho común, derecho de las relaciones entre voluntades iguales, no se adapta a las relaciones necesariamente desiguales entre los particulares y la Administración. El único derecho susceptible de limitar útilmente el poder público debe proceder, no de su negación, sino de su reconocimiento.

Con el tiempo se ha demostrado que las dos soluciones no son irreductibles; entre uno y otro hay una gama de soluciones intermedias que han servido de transición, de manera que la frontera que supuestamente los separaba se ha diluido en una zona incierta<sup>19</sup>.

De todos modos, es preciso señalar en este estado que lo que caracteriza a un sistema normativo no sólo es lo que se aplica sino también lo que se inaplica (Nieto). Para eso basta analizar el número de normas que duerme en los anaqueles del Boletín Oficial y, por cierto, analizar las causas.

## 6. ¿El derecho es un límite o un instrumento para la Administración?

La relación que el liberalismo esperaba establecer entre la Administración y el Derecho se ha invertido; sometida al derecho, la Administración, procede a una especie de reconquista. Sometiéndose a la regla con la cual se la pensaba dominar, modelándola en función de los imperativos de su acción, obtiene antes que la disminución de su poder, un aumento del mismo<sup>20</sup>.

¿Así, el derecho es un límite o un instrumento para la Administración? Cuando la ley refleja auténticamente la voluntad de la mayoría del país, los principios fundamentales extraídos por el juez conservan su función original de protección del particular por una limitación ponderada de la arbitrariedad administrativa. El derecho que la Administración elabora o inspira, al contrario, se reduce a un reglamento que tiende a reforzar la autoridad del poder administrativo.

El Derecho administrativo es, como se vio en el punto

19. La cierto es que hay en esencia, una diferenciación formal más que sustancial. Hasta comienzos del siglo XIX, las decisiones de las autoridades investidas de poderes administrativos ingleses creaban, de a poco, un cuerpo de derecho sobre materias de la Administración, que iban concentrando en los archivos. Esto forjó una nueva entidad jurídica, en cuanto comenzó a apreciarse el valor de los precedentes almacenados en los archivos -territoriales y ministeriales- que jugaron un relevante papel, porque el *State Paper Office* estaba organizado desde 1578. Esos precedentes daban continuidad y unidad a la actividad administrativa y eran casi la única garantía de los súbditos frente a la arbitrariedad de las autoridades. En un principio, tales precedentes no formaban -tampoco en un primer momento en Alemania o Francia- un cuerpo de derecho que se diferenciase del resto de las normas jurídicas. No formaron un específico Derecho administrativo, sino *un complejo de normas especiales* que se integraban en el derecho común.

20. Grecia, vencida, conquistó a su feroz vencedor; asimismo la Administración, sometida al derecho, ha logrado, de alguna manera, poner el derecho a su servicio. El incremento de la potestad reglamentaria es buena prueba de ello.

4, un instrumento jurídico del Estado para cumplir sus fines. ¿Pero es verdaderamente un refuerzo? El poder administrador, como poder público, no es fuerte y eficaz hasta que es aceptado. La proliferación de los reglamentos, su tenacidad, su complejidad burocrática, no facilitan esta aceptación. Suscitan la invitación y el desprecio de una regla juzgada abusiva. No sirviéndose de ella, la Administración tiene muchas posibilidades de obtener de la masa de la ciudadanía su adhesión, sin la cual no es una autoridad verdadera.

## 7. Las influencias externas

¿Cuál es el resultado formal del proceso de producción del derecho objetivo? El Boletín Oficial demuestra una maraña informativa donde predominan los intereses de unos determinados grupos políticos o económicos, lo que resulta fácil de demostrar. Pero ocurre que el Derecho no se agota en el momento formal en el que aparece en el Boletín Oficial, sino también en lo que se aplica en los tribunales.

Conviene aclarar, de todas maneras, que el Derecho Administrativo real no es el de los Boletines Oficiales ni tampoco el de los repertorios jurisprudenciales. Lo fundamental es la Administración en marcha o, mejor, la actividad jurídica de la Administración. Cuando ésta actúa puede colisionar con los intereses de grupos que interactúan con el Estado. En esos casos, éstos acudirán a la protección judicial, recabando para ello el auxilio de los abogados. Y acá se produce una consecuencia curiosa (que mucho tiene que ver con la creación del derecho administrativo -sea directa o indirectamente-). El comentario de los fallos (sea que se consideren acertados o no) sienta doctrina. Por eso, lo que ordinariamente se entiende como defensa del ciudadano, muchas veces es la defensa del cliente y el Derecho Administrativo, en gran parte, se ha convertido en una disciplina del cliente<sup>21</sup>.

Los grupos de intereses, que nunca se han visto frenados por la majestad metafísica del Estado, se han visto menos aún por los funcionarios concretos, a los que presionan con todos los resortes económicos y no económicos de su poder con visibles resultados. La burocracia, aunque pueda resistir determinadas presiones de carácter individual, salvo casos muy raros de excepción, está al servicio del sistema político dominante, lo influye en el Derecho Administrativo vigente.

## 8. El control del gobierno no puede ser la única preocupación del Derecho Administrativo

Cabe señalar que el control del gobierno no puede ser la única preocupación del Derecho Administrativo, que

21. Esto, de manera alguna, tiende a menoscabar la función de los abogados como defensores del cliente y como doctrinarios. Son, además, la mejor defensa contra los abusos del poder. Pero, tampoco hay que negar la influencia que tienen en el quehacer del Derecho Administrativo y cabe señalar que, al revés de lo que figura en el decálogo del comerciante, no siempre el cliente tiene razón. No siempre la solución favorable al particular es la más justa.

debe preocuparse también de asegurar los medios con los que cumplir sus fines a la administración. Sumisión de la Administración al Derecho, pero sumisión a un Derecho que le permita cumplir plenamente su misión de interés general.

La evolución permanente del Derecho Administrativo es una consecuencia necesaria de su naturaleza de fenómeno social. Cada sociedad se expresa en un determinado Derecho y las transformaciones sociales arrastran inevitablemente una alteración de la superestructura jurídica; aunque, como puede suponerse, el proceso de arrastre o influencia no es mecánico, sino sutil. Dicho con otras palabras: ¿cuáles son los avatares de ese largo proceso circular de creación y aplicación del Derecho, que arranca de la sociedad y que hasta que vuelve a terminar en ella se va articulando en los eslabones del Estado, la Administración (incluyendo la burocracia) y los Tribunales? Pero, ¿quién es el señor del Estado? Desde luego, no lo son todos los habitantes; ni siquiera todos los ciudadanos. En cualquier caso, para nuestros efectos, el resultado es el mismo: ya no es la sociedad entera, sino sólo una de sus partes o ciertos grupos –los dominantes– los que, a través del Estado, producirán el Derecho<sup>22</sup>.

En lo que se refiere al Derecho administrativo, parece obvio que el proceso se inicia fundamentalmente a través de la organización estatal. Lo que significa que la relación sociedad-Derecho no es directa: aquél no emana de forma inmediata de la sociedad, sino del Estado, y, por ende, será señor del Derecho el que resulte ser señor del Estado. En un principio lo eran los propietarios, pero esa afirmación, válida en nuestro país para principios del 19 y el siglo XX, no parece totalmente válida ahora<sup>23</sup>. Los administrativistas solemos hablar de un modelo de sociedad pluralista compuesta por múltiples grupos y fracciones, que asedian el Estado y participan en él de diversas maneras, sin llegar nunca a dominarlo por completo. Más aún: el auténtico papel del Estado sería precisamente el de árbitro y componedor de todos estos grupos e intereses contrapuestos, actuando el Derecho administrativo como su instrumento equilibrador<sup>24</sup>.

El control del gobierno es una misión indiscutible y por tanto muy positiva, pero también es cierto que parece lógico exigirle siempre al juzgador una parte de prudencia, lo que resulta más notorio, en mayor medida, cuando se trata de enjuiciar a quien cuida los intereses generales. El papel de los jueces respecto a la Administración suele, a veces, alcanzar un protagonismo primordial porque los poderes del juez, si no se contienen, si no son incluso autocontentidos, pueden adquirir una enorme incidencia y –hay que decirlo con claridad– no siempre es positiva para la cosa pública, si no se tiene una visión muy ajustada de todo el conjunto de consecuencias de su decisorio.

Es fácil observar cómo dentro de las varias soluciones posibles, son muchos los que apuntan a pautas de interferencia judicial exacerbada a la hora de articular los controles. Lo que puede resultar, en muchos casos, que el juez no sólo vigile o controle, sino que interfiera, se inmiscuya y adopte decisiones que reclaman una amplia ponderación de circunstancias que no siempre un juez está en condiciones de reunir. No sólo en los tribunales contencioso administrativos asistimos a un proceso creciente y muy marcado en que cualquier tribunal incide radicalmente en sus decisiones en la actividad administrativa, proyectándose sobre ésta un sutil tejido de mandatos judiciales que, con frecuencia, llegan a dificultar enormemente el normal desempeño de las competencias administrativas<sup>25</sup>. Creo que es este uno de los datos más vivos de la actualidad administrativa, que es enormemente preocupante. También ocurre que, a veces, los jueces responden a intereses políticos y, consecuentemente llevan a tal control a las autoridades de signo político distinto que impiden o dificultan su accionar.

No es infrecuente que se extrapolen los aplausos y que cualquier decisión judicial que contenga o paralice la actuación administrativa sea coreada como positiva o de avanzada. Hay medidas de contención oportunas. Si bien nunca hay que bajar la guardia, no estamos ante un modelo inalterable y granítico de Estado y, en concreto, de Adminis-

22. El Derecho Administrativo, a veces, ha cobijado (con o sin tapujos) entre sus principios, normas e instituciones, grandes bolsones de autoritarismo (no puede confundirse con autoridad) y, en otras, ha sido útil al interés de las corporaciones de cualquier signo y no ha apoyado al bien común.

23. El sufragio universal, los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones comunitarias, etcétera; han roto, al parecer, el monopolio burgués, y el Estado, en efecto, se encuentra (o debería encontrarse) en el centro de todos los sectores, por encima de todos los egoísmos particularistas.

24. El Derecho Administrativo debe desarrollar principios e instituciones que garanticen el equilibrio entre el cumplimiento del interés público real y el respeto de los derechos de todos. No sólo el de los clientes de los abogados que litigan y suelen formar doctrina y jurisprudencia, sino también de aquellos que no podrían gozar de los derechos de la Constitución si no es por la intervención del Estado. Ante los problemas sociales (concentración de poderes, marginación social, crisis económicas y financieras globales, el fenómeno de la globalización e integración regional, el cambio climático, etc.) ya no basta con pensar el Derecho Administrativo como un límite ante el poder. Debe ser un equilibrador de los derechos civiles y políticos, y de los económicos, sociales y de la tercera generación. Estos derechos, sin la intervención del Estado, no llegarán a ciertos grupos minoritarios o

desplazados (ver § 9).

25. En muchos casos, la Administración actúa mal por simple imposibilidad técnica. El ordenamiento es imperfecto y la sumisión al mismo implicaría la casi imposibilidad de prestar un servicio público (recuerde lector, si los empleados trabajan a "reglamento" la prestación del servicio se transforma en un suplicio para el usuario). En ocasiones el respeto riguroso a la legalidad presupuestaria o la ilegalidad a secas, perjudica y, en ciertos casos casi imposibilita, el funcionamiento normal de los servicios públicos. Exagerando un poco –pero no tanto– diré que el funcionario conciente infringe cada día el ordenamiento administrativo (y quizás, también el penal: las malversaciones indirectas son habituales, sin que exista asomo de culpabilidad por el actor; antes, al contrario puede existir un cierto celo por cumplir con el usuario). En otros casos, tiene mucho que ver con la irregularidad administrativa la ignorancia administrativa. El manejo del Derecho requiere una técnica refinada y difícil que no siempre está al alcance del agente público. Desde hace años la política de personal de la Administración fomenta la *ineptocracia*. Muchos están interesados en que la Administración sea débil o tolerante, según los casos. La sociedad de nuestros días está de acuerdo (muchos sin entenderlo) en ser cicatera con los juristas del Estado, con los profesores universitarios y ni qué decir con los agentes de menor nivel. Los sueldos bajos, la sospecha de corrupción que pende sobre los funcionarios, ayuda a la situación.

tración pública, sino ante uno con una legitimación precisa, que busca unos fines señalados y se caracteriza por hacerlo desde unos medios pautados.

Mientras las cosas discurren por ahí, es positivo, e incluso beneficioso, que la Administración actúe, y bueno es por lo mismo que no se la interfiera por principio y, sobre todo, que no es correcto generalizar simplistamente, pues el complejo universo de necesidades a las que tienen que atender las administraciones públicas demanda técnicas y remedios enormemente diferenciados unos de otros. La cuidadosísima formación del juez en relación con la Administración Pública -y no para hacer trato de excepción pero sí para tener una sólida visión de conjunto- pasa a ser hoy un presupuesto indispensable para poder acceder a tan calificada labor, no digamos si se trata de los que van a tener que controlar por sistema a la Administración.

## 9. El interés público

El interés público<sup>26</sup> o colectivo -que tiene, obviamente, una esencia pluralista- no es un concepto vago que el Estado puede definir de cualquier modo, sino que está formado, en última instancia, por los derechos de las personas (Escolla; CIDH, OC 5/1985). Pues el bien común es en bien de todas las personas (CSJN, "ALITT"), de allí que las prerrogativas le están conferidas al Estado para la defensa y satisfacción de los derechos individuales, sociales o colectivos. Si esto es así, cuando reconoce unos derechos necesariamente restringe otros derechos. Por eso, es labor del Estado perseguir el equilibrio entre derechos y, en su caso, resolver el conflicto entre derechos en términos de equidad e inviolabilidad de las personas y respecto de la autonomía individual.

Como ejemplifica Bielsa, la oposición entre el interés público y los derechos individuales se presenta, en el ejercicio del poder de policía, cuando se decide entre la libertad individual y la seguridad pública. Impone un proceso de preferencia (discriminación) de valores, aparentemente en oposición, aunque siempre haya una unidad conceptual hacia la cual convergen los dos órdenes de intereses y derechos (in medio veritas)<sup>27</sup>.

El modo de hacer efectivos ciertos derechos es, indefectiblemente, restringiendo otros, lo que lleva a un conflicto básico: ¿Qué derechos deben satisfacerse y cuáles no? ¿Qué derecho debe restringirse? ¿Cuál es el límite de esas restricciones? ¿Cuál es el contenido de los derechos? ¿Cómo satisfacerlos? Esto será elegido por el Estado. ¿Hay jerarquía de derechos?<sup>28</sup> Desde luego, surgirá la pregunta:

26. El interés público y su alcance está limitado por el ordenamiento jurídico vigente, particularmente, los derechos y garantías.

27. La solución dada en la concepción liberal diferirá de la elegida en la socialista. Más aún dentro de aquella, no sería igual si se sigue la línea liberal igualitaria (Rawls) o la conservadora (Nozick - que propugna un *Estado mínimo* que proteja al individuo y haga que se cumplan los contratos). Y todavía, dentro del mismo sistema, las circunstancias influirán en la valoración del método interpretativo (Bielsa).

28. Recuerdo ahora escritos de Bidart Campos y Ekmedjian discutiendo si había jerarquía de derechos y cuál era.

¿qué Estado? Escribo estas reflexiones pensando, sólo, en uno democrático<sup>29</sup>.

## 10. El Derecho Administrativo en el Estado Social Democrático de Derecho

Vimos que el Derecho Administrativo se construyó desde dos bases: las prerrogativas de la administración y los derechos individuales, que funcionaron como dos términos de una ecuación: autoridad-libertad (Gordillo) a los que se intentaba llevar al equilibrio. No es posible pensar el Derecho Administrativo actual sólo desde el campo de los derechos individuales, sino que es necesario pensar ese término en forma de derechos sociales y colectivos<sup>30</sup>.

En nuestro país, recién en los últimos años, el Derecho Administrativo comenzó a interesarse por los derechos sociales e incorporar los derechos de tercera generación (ambiente derecho de los consumidores y los usuarios) con motivo de su expresa regulación constitucional (1994).

No obstante ello, el Derecho administrativo actual, en el marco de lo que aspiramos: un Estado social y democrático del Derecho, deja unas zonas cuya cobertura jurídica es capital para los individuos. La tecnología y la masificación han desbordado al individuo, que sólo sobrevive gracias a ciertos servicios y unas organizaciones cuya dirección ha perdido por completo. Pero ocurre que los mecanismos jurídicos que existen actualmente para atender esas necesidades son imperfectos, ya que el control de su operatividad sigue basado en la intervención de los tribunales<sup>31</sup>.

La relación jurídica administrativa entre la Administración y los particulares conlleva las comunicaciones<sup>32</sup> entre dichos sujetos. En la acción administrativa es importante la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Ello importa retos a la dogmática jurídica que es necesario abordar por el Derecho Administrativo, elaborando un marco normativo adecuado que contemple las singularidades que impliquen la utilización de esas tecnologías. Lo propio cabe decir del acceso a la documentación y la transparencia de la actividad administrativa y la búsqueda del "buen gobierno".

29. En esta actualidad nuestra, la democracia presupone el Estado y el Estado presupone la democracia; o sea que la decisión que responda la pregunta debe ser tomada por la mayoría en un proceso deliberativo de participación, discusión y respeto por los sectores minoritarios.

30. Como vimos que nació (ver nota 9).

31. La ideología liberal atrae a los juristas por ser buena y honesta y defender a los individuos que es uno de los objetivos primordiales del Derecho, pero no hay que olvidar a los sujetos que no tienen acceso a la justicia ni los intereses de la colectividad. Ahí comienza la insuficiencia del liberalismo y la necesidad de su superación, la que puede encarnarse en el Estado democrático social del Derecho.

32. Para darse una idea del cambio en el área de las comunicaciones, recordemos que las comunicaciones entre España y las Filipinas tardaban en el s. XVI dieciocho meses; Napoleón III, en 1867, tardó tres semanas en saber que su ejército había sido derrotado en México. Hoy en día, las comunicaciones son instantáneas, en tiempo real.

## 11. El problema actual de la "globalización", la democracia y el Derecho Administrativo

Un factor de profunda transformación del Derecho Administrativo es el fenómeno de la globalización económica (Auby). Por él, el Estado-nación está perdiendo progresivamente su tradicional poder de decisión política y regulación jurídica a favor de dos grandes tipos de sujetos de ámbito supraestatal, uno, de carácter privado: las grandes empresas transnacionales<sup>33</sup>; el otro público: las organizaciones internacionales o supranacionales. La pérdida de poder político de aquél frente a las grandes corporaciones privadas parece fuera de toda discusión<sup>34</sup>. Estas no sólo elaboran las normas que, de facto regirán sus relaciones comerciales, al margen de los ordenamientos nacionales, (la llamada *lex mercatoria*) y someten sus disputas a órganos no estatales de resolución de conflictos (árbitros), sino que sobre todo se encuentran en condiciones de ejercer una gran influencia sobre los legisladores nacionales, exigiéndoles la continua adaptación del ordenamiento jurídico a sus intereses empresariales, bajo la amenaza de invertir su capital en otro país más atento a sus peticiones<sup>35</sup>. Así, los Estados en general no dudan en adaptar sus legislaciones a las exigencias empresariales, generándose una auténtica competencia entre los ordenamientos jurídicos nacionales (la llamada *regulatory competition*).

Desde una perspectiva relacionada con la reforma del Estado, alguna literatura jurídico-publicista avanza en los conceptos de "Estado coordinador y cooperativo", "Estado centralizador" y "Estado simplificador". Estado coordinador en el sentido de creador de representaciones organizativas y métodos racionalizadores que, además de asegurar la cooperación entre distintas administraciones, abren vías a la simplificación de la comunicación entre el Estado y los ciudadanos. "Estado contractualizador" (y no "Estado estatutario") que asegura relaciones contractuales con los titulares de sus órganos, funcionarios y agentes, a semejanza del sector privado, valorando el elemento humano, la formación y la gestión activa del personal ("nuevo trabajo público")<sup>36</sup>.

33. En 1998 había 40.000 empresas matrices de ese carácter (más 250.000 filiales) que constituían el elemento dominante de la economía al acaparar las 2/3 partes del comercio mundial de bienes y servicios. Según Cassese en el 2002, 145.000 empresas eran multinacionales.

34. De los 100 organismos económicos más grandes del mundo, 51 son empresas y 49 son Estados. El volumen del negocio de la General Motors es superior al producto interno bruto de países como Arabia Saudita, Turquía y Polonia; los ingresos de General Electric son comparables a los de Israel y los de IBM superiores a los de Egipto; en el año 2000 el valor en bolsa de Nokia era el doble del producto interior bruto finlandés.

35. La supresión de barreras de todo tipo a la circulación de bienes, servicios y capitales permite que estas empresas puedan operar a escala planetaria y trasladar con enorme facilidad y rapidez su capital e instalaciones comerciales e industriales de un lugar a otro del globo.

36. Resulta fácil advertir que los adjetivos del Estado no son (por lo menos en gran parte de los casos) más que calificaciones denominadoras de nuevas tareas del Estado. Algunos de estos adjetivos (Estado-garantizador, Estado económico) revelan que algunas de las dimensiones de la política se transmiten a la ejecución de las políticas públicas situadas en los ámbitos gubernamental-administrativos e implementadas en términos de *governanza*. Algunas construcciones

En nombre de un verdadero "Estado descentralizador", se apunta a la transmisión a favor de comunidades regionales y locales (en el sentido de creación de "nuevas regiones"), de tareas de interés público con la consecuente transferencia de instrumentos y facultades.

Asistimos hoy a un proceso de transformación en cuanto al análisis jurídico-científico del desarrollo de la Constitución y del Derecho constitucional, íntimamente ligado a la dinámica de supranación. El problema de la democracia está fuertemente vinculado a la transformación del Estado, que asume hoy, simultáneamente, tareas nuevas y distintas, relacionadas con la organización estatal y la actividad económica. En este nuevo escenario mundial de un Estado que se intenta garantizar y regulador<sup>37</sup>, el modelo de legitimación de la democracia residirá, no tanto en derivaciones legitimadoras, sino en procesos de creación del derecho y en estructuras de reconocimiento recíproco, interacción y división de responsabilidades.

La cuestión es esta: ¿el concepto de democracia es el mismo en todas estas manifestaciones de Estado? ¿La democracia del Estado político-representativo es la misma que soporta el modelo de "administración garante" en el que no es raro que la definición de "política" se acerque a un género de *negotiated rule-making*? Para el pensamiento dominante la democracia presupone el Estado y el Estado presupone la democracia. Pero ¿qué democracia? ¿Qué Estado? Porque el Estado de derecho no coincide necesariamente con la democracia. Implica la sumisión de todas las autoridades públicas a una regla que las vincula, pero no necesariamente la elaboración de la norma por los ciudadanos o sus representantes elegidos según la exigencia que entendemos democrática.

La administración del "Estado garantizador-regulador" se revela como una "administración implementación". La implementación significa, en rigor, establecer modelos político-decisionarios de políticas públicas. El gobierno-dirección de estas políticas reclama legitimación democrática, lo que explica que el nuevo derecho administrativo se deba ocupar de diseñar las dimensiones de esta legitimación. Concretamente: se debe procurar imprimir un "carácter atento y dinámico a la democracia", de modo que el modelo clásico de legitimación no neutralice el recorte del modelo legitimador de una "administración plural y diferenciada", propia de las constelaciones políticas contemporáneas. El Derecho administrativo debe avanzar hacia una comprensión del principio democrático dinámico y abierto al futuro. En ri-

conceptuales, como las de "estatalidad abierta", "implementación de políticas públicas", aliadas al modelo de Estado activador y cooperativo, primordialmente estructurado con base en un derecho administrativo de cooperación, insinúan que la verdadera *ciencia de dirección* ya no es el Derecho constitucional con sus dogmas democrático-legitimadores de las decisiones político-legislativas, y sí el Derecho administrativo, ahora convertido en instancia políticamente decisorio-ejecutiva.

37. El Estado actual, no sólo pierde protagonismo a favor de organismos supranacionales (vertical), sino que está perdiendo protagonismo horizontalmente, en beneficio del mercado. En los últimos años, ha habido una verdadera reformulación del papel del Estado y sus funciones, lo que configura un nuevo equilibrio entre Estado y sociedad.

gor, no puede ser intención de la disciplina soslayarse a la comprensión normativo-institucional de la democracia, ni tampoco ubicar el problema de la legitimación en un plano infraconstitucional.

## 12. Alguna recomendación

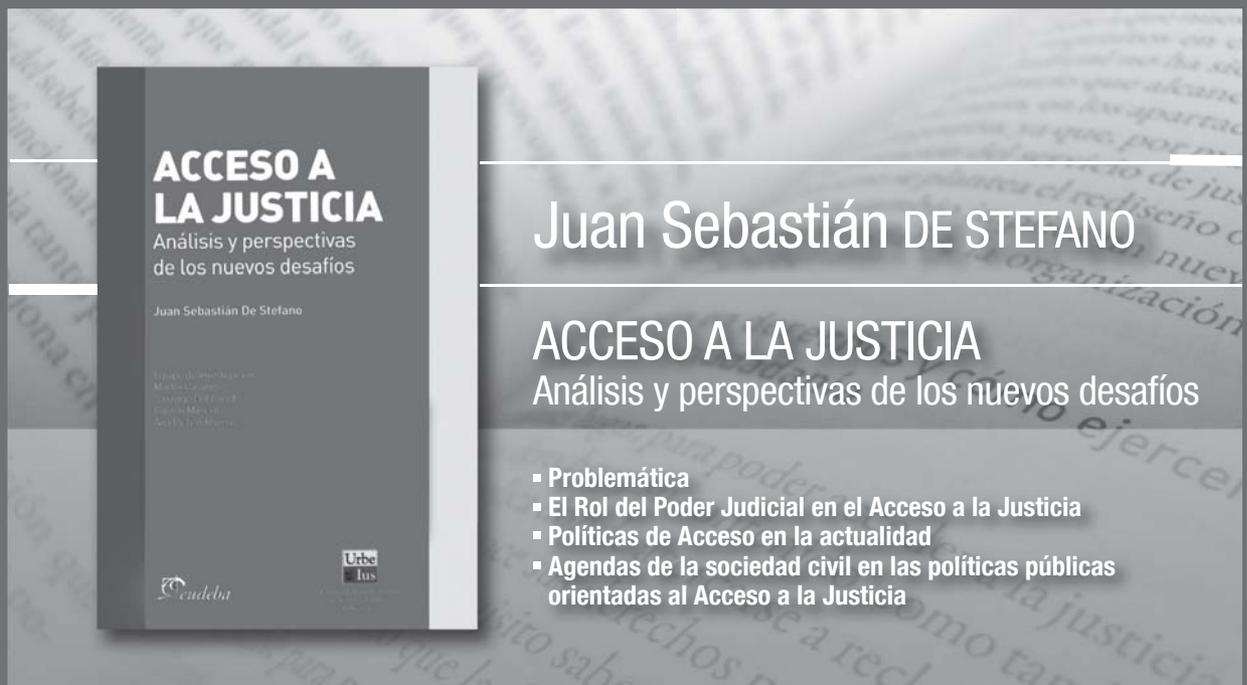
Dado este panorama y pensando que la globalización vino para quedarse, hay que hacer esfuerzos para tener la mayor cantidad de políticas públicas propias. En nuestra materia, lo que tendría que realizarse en el campo de la Administración Pública consistiría en: asumir los esfuerzos que infunde la democracia para confirmar sus valores, el involucramiento cívico y la participación ciudadana Reconocer los nuevos roles que juega la ciudadanía democrática con respecto de lo público; desarrollar más formas democráticas de organización y gestión. Por otra parte, se requiere fortalecer la capacidad institucional, ya que en los Estados débiles el agujero negro es la Administración Pública. Se ha dicho que son cuatro los elementos que se deben abordar dentro de la estatalidad:

a) diseño y gestión de la organización (tarea que le corresponde a la Administración Pública);

b) diseño del sistema político (pertenece al campo de las ciencias políticas);

c) base de legitimación (se relaciona con el diseño institucional sistémico pero también comprende la dimensión normativa). Las sociedades deben legitimar democráticamente las instituciones, y;

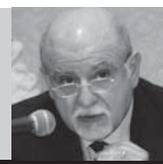
d) factores culturales y estructurales- de carácter subpolítico, que comprende, cultura, normas y valores-.



# “ El Papa Francisco y la Iglesia Latinoamericana ”

Por Rodolfo C. Barra

Abogado. Universidad Católica Argentina.  
Ex Ministro de la Corte Suprema de Justicia  
de la Nación.



*(En homenaje al aniversario de la ascensión del Cardenal Jorge Bergoglio como Sumo Pontífice y en recuerdo del ilustre canonista mexicano Dr. Alberto Pacheco Escobedo. Clase dictada en la Universidad de Georgetown y reseñada en el Suplemento de Actualidad "La Ley" del 18/03/2014)*

## Introducción

La renuncia del hoy Papa emérito Benedicto XVI a la sede pontificia fue un hecho casi inédito en la historia de la Iglesia<sup>1</sup>, pese a que el instituto de la renuncia pontificia se encuentra contemplado en el canon (c.) 332 del Código de Derecho Canónico (CIC). La dimisión papal impactó y conmocionó no sólo a los católicos, incluso por la no menor circunstancia de la presencia de "dos Papas" viviendo a escasos metros de distancia dentro del mismo territorio vaticano<sup>2</sup>. No causó menor conmoción la elección como Sumo Pontífice, por parte del Colegio de Cardenales, de un Obispo latinoamericano, el Arzobispo de Buenos Aires Jorge Bergoglio, ahora Papa Francisco, venido del "fin del mundo", como él mismo lo señaló

1. Con certeza, sólo deberían ser computados los casos de Benedicto IX, en 1045, Celestino V en 1294 y Gregorio XII en 1415.

2. En sentido estricto no se trata de "dos Papas", si consideramos el *oficio* pontificio tanto desde un punto de vista jurídico como eclesiológico. Benedicto XVI es hoy Papa emérito y Obispo emérito de Roma, así como, por ejemplo, cualquier obispo diocesano (ver texto) que haya renunciado a tenor de lo dispuesto en los cc. 401 y 402 del CIC es obispo emérito de su antigua diócesis (cfr. c. 402, §1). El Obispo que renuncia no pierde la *potestad de orden* propia del orden episcopal, salvo la relativa al ejercicio legítimo del suministro del sacramento de la consagración (no así de su ejercicio válido), pero sí pierde la potestad de régimen, gobierno o jurisdicción y la potestad magisterial, salvo permiso por parte del Obispo diocesano, para esta última. Claro que el Obispo de Roma es el Sumo Pontífice, de ahí que el Obispo emérito de Roma sea también Papa emérito. Hay otras diferencias con respecto a la situación de otros Obispos diocesanos. Estos pueden ser invitados a renunciar al superar los 75 años de edad (ver c. 401, §1, cit.) o ser sometidos a la remoción de su oficio diocesano (cfr. c. 416; aunque nunca de su calidad de Obispo consagrado) lo que no ocurre con el Obispo de Roma. Este pierde su oficio de Obispo de la diócesis de Roma-Papa sólo por la muerte o la renuncia voluntaria a cualquier edad (ambos son supuestos de "sede vacante"; cfr. Constitución Apostólica *Universi Dominici Gregis*, ns. 3 y 77), sin que sea claro que pueda perderlo por enfermedad. La denominada "sede totalmente impedida" (c. 335; no puede ejercer el oficio por un hecho exterior –el Papa es tomado prisionero por un ejército invasor, como pudo ocurrir durante la Segunda Guerra Mundial– o por enfermedad, no supone la pérdida del oficio sino simplemente la discontinuidad de su ejercicio, hasta tanto el impedimento sea superado (no existe hasta el momento una regulación específica para el supuesto de la sede pontificia "totalmente impedida"). Sobre los conceptos aquí utilizados, ver mi "Derecho Público Canónico", Marcial Pons, Buenos Aires, 2011). El Papa Francisco, en una entrevista publicada por La Nación de Buenos Aires y Corriere de la Sera de Roma el 5/3/14, se ha referido a la figura del Papa emérito como "una institución", como la del Obispo emérito, destacando, para el caso concreto de Benedicto, su "sabiduría (que) es un don de Dios, y su aptitud para dar consejos".

con el buen humor que caracteriza a sus signos pastorales<sup>3</sup>. El Papa Francisco es en sí mismo una sorpresa, una especie de "campanazo" pastoral que, más que aturdir, convoca a una atención superlativa. Si la Iglesia es, teológicamente, un Misterio inserto en el Misterio de la encarnación, muerte y resurrección del Hijo de Dios, Francisco se nos muestra también, fundamentalmente en la acción pastoral<sup>4</sup>, como un signo visible de ese Misterio de la Iglesia peregrina en la diáspora terrena, tal como lo recordó el Concilio Vaticano II en la Constitución Dogmática *Lumen Gentium* (LG)<sup>5</sup>. Esto a los católicos no debería, sin embargo, sorprendernos, convencidos como estamos de que en la elección del Papa interviene de alguna manera y a través de medios humanos, el Espíritu Santo.

El título de este artículo indica dos objetos de análisis: el Papa Francisco, por un lado, y la Iglesia latinoamericana por el otro. Esto también tiene que abarcar, naturalmente, a la vinculación entre ambos objetos, si es que tal vinculación no fuese meramente casual, lo que desde ya rechazo. Así entonces debemos tratar estos tres temas aunque con las limitaciones de una mera reflexión que está lejos, siquiera, de un ensayo.

Pero antes debemos recordar algunos conceptos básicos sobre la organización y el gobierno de la Iglesia, que nos serán de utilidad para comprender mejor nuestro tema principal<sup>6</sup>.

## I. La Iglesia

Existe una "Iglesia latinoamericana", pero sólo porque existe una Iglesia universal. Esta es la asamblea (que, como sabemos, es el significado del término "iglesia" en griego) del Pueblo de Dios, pueblo que amén de su realidad temporal –una unión "global" de "vecinos" en la fe– expresa también una realidad supratemporal, espiritual: es el Cuerpo Místico de Cristo, como lo definió San Pablo<sup>7</sup>, uno de los grandes fundadores –después de Cristo mismo– de esta extraordinaria institución bimilenaria, que tanto ha influido

en la historia de la humanidad<sup>8</sup>.

Se trata de la Iglesia católica apostólica romana, como habitualmente se la conoce, aunque ésta, estrictamente, no sea una denominación oficial<sup>9</sup>.

■ **I.a.** Es Iglesia porque, como vimos, es asamblea<sup>10</sup> del pueblo, a la vez que es Católica y esto es universal, no sujeta a límites nacionales, culturas determinadas, ni orígenes raciales. Es la asamblea de todos los pueblos en un solo Pueblo, lo que no significa la confusión de los primeros, el sincretismo de las culturas, sino la universalización de las diversas realidades populares. Universo: lo uno en la diversidad, generado por un principio unificador esencial que a cada diverso pertenece como parte de su propia naturaleza. Precisamente, recordemos, la palabra "católico" proviene del griego y significa tanto "conformidad con el todo" como "universal", ya que es la conformidad de lo diverso con el principio de unidad que les otorga, a cada parte, la esencia inteligible.

■ **I.b.** Es apostólica, tanto porque es sucesora o continuadora de los apóstoles, como porque su misión principal es el apostolado para la salud de las almas. Así el c. 336 CIC declara que en el Colegio Episcopal –el cuerpo de gobierno de la Iglesia<sup>11</sup> siempre con el Papa (que es Obispo de Roma) – "continuamente persevera" (cc. 330 y 336) el colegio apostólico original, es decir el de los originales apóstoles con Pedro. Apóstol significa "enviado" y la Iglesia es enviada por Jesús (LG, I.8) –su fundador histórico, al que se lo considera siempre presente en la Iglesia– para enseñar a todas las personas lo que Él mismo había enseñado a los discípulos. Claro que esta misión magisterial no es un fin en sí misma, sino que tiene un propósito determinante: la salvación de las almas.

■ **I.c.** Es romana, porque su punto último de autoridad, por tanto de unión, es el Obispo de Roma, lo que tiene un sentido eclesiológico (filosofía y teología de la Iglesia) así como histórico. Notemos que cuando Francisco se menciona a sí mismo como Obispo de Roma, y no como Sumo Pontífice,

3. Ya veremos más abajo que, al momento, un tema central de su magisterio es la *alegría evangélica*, la que es parte –y verdadero fundamento – de la también "franciscana" alegría vital.

4. La acción pastoral es, precisamente, activa, pragmática. El pastor, para apacentar a su rebaño, *camina* a su lado, como lo remarcó el mismo Francisco en el Consistorio cardenalicio del 22/2/14: "Cuando con los cardenales hemos celebrado juntos la primera misa en la Capilla Sixtina 'caminar' fue la primera palabra que el Señor nos propuso: caminar, y después construir y confesar. Hoy vuelve esta palabra, pero como un acto, como una acción de Jesús que continúa: 'Jesús caminaba...' Nos llama la atención esto en los evangelios: Jesús camina mucho e instruye a los suyos a lo largo del camino. Esto es importante. Jesús no ha venido a enseñar una filosofía, un ideología..., sino una 'vía', una senda para recorrerla con Él, y la senda se aprende haciéndola, caminando."

5. LG, I.1: "...la Iglesia es en Cristo como un sacramento, o sea signo e instrumento de la unión íntima con Dios y de la unidad de todo el género humano..."

6. Quienes se encuentren familiarizados con las cuestiones relativas a la Constitución y organización de la Iglesia pueden ahorrarse la lectura de los párrafos que siguen, hasta el número III.

7. Primera carta a los Corintios, 12,27; también carta a los Efesios, 1,22

8. Y ciertamente lo continúa haciendo, de lo que es ejemplo, precisamente, la resonancia pública de la designación y, sobre todo, del desempeño pastoral del Papa Francisco.

9. Es el caso de nuestro art. 2 de la Constitución Nacional –"El Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano"– si bien para calificar e individualizar al "culto" y no a la Iglesia. Claro está que tal culto es el practicado por la Iglesia Católica. Por su parte, el art. 33,3º del Código Civil, se refiere simplemente a la "Iglesia Católica" para reconocerle su personalidad jurídica pública; sin embargo el Concordato del 10 de octubre de 1966 entre la República Argentina y la Santa Sede establece en su art. 1 que el "El Estado Argentino reconoce y garantiza a la Iglesia Católica Apostólica Romana...", lo que muestra que en el ordenamiento jurídico internacional la misma Santa Sede (es ésta, y no la Iglesia, el sujeto de derecho internacional público) denomina de aquella manera a la institución que gobierna.

10. La LG I.6 enumera y comenta las "distintas imágenes de la Iglesia", siempre desde una perspectiva eclesiológica.

11. El Colegio Episcopal "cuya cabeza es el Sumo Pontífice" es "también, en unión con su cabeza y nunca sin esa cabeza, sujeto de la potestad suprema y plena sobre toda la Iglesia" (c. 336, CIC). Cabe señalar que el Papa, aún sin el Colegio, ejerce la "potestad ordinaria...suprema, plena, inmediata y universal en la Iglesia" la que "puede siempre ejercer libremente" (c. 331).

está diciendo dos cosas: que es obispo como los demás obispos y que, a la vez, goza de la mayor autoridad y responsabilidad sobre toda la Iglesia (cfr. c. 331).

## II. Iglesia universal e iglesias particulares.

La Iglesia tiene una organización principalmente territorial, aún cuando existen también formas organizativas personales, es decir, basadas en la calidad de las personas y no en el territorio.

Toda la Iglesia es la denominada Iglesia Universal. Como hemos visto, se encuentra gobernada por el Papa y por el Colegio Episcopal con el Papa (sin el Papa, no hay Colegio). El Papa puede tomar decisiones por sí solo, asistido o no por sus "ministros", los presidentes de los dicasterios que conforman la Curia vaticana. Aclaremos que el Colegio de los cardenales no es un órgano de gobierno, salvo durante la sede vacante. Durante la vida del Papa es un órgano consultivo. A su muerte, administra y elige al nuevo Pontífice.

Desde esta perspectiva la Iglesia se asemeja a un sistema unitario, ya que el Papa puede tomar decisiones sobre cualquiera de las jurisdicciones en que se divide la Iglesia universal. Pero es a la vez federal porque cada una de esas jurisdicciones tiene un gobierno y competencias propias, sin perjuicio, cabe reiterar, de la potestad de gobierno inmediata del Papa y, en su caso, del Colegio Episcopal con el Papa.

La jurisdicción territorial por excelencia es la diócesis –aunque existen otras, territoriales y personales a la que el fiel pertenece en razón del domicilio. Su gobierno y autoridad máxima es el Obispo diocesano, sólo sometido al Papa y al Colegio Episcopal con el Papa. La diócesis solo existe en la comunión con la Iglesia universal mientras que la Iglesia universal vive plenamente en cada diócesis (cfr. c. 368).

Dentro de un mismo Estado nacional existen diversas diócesis, normalmente con jurisdicciones territoriales coincidentes con las de las divisiones territoriales (estados locales-provincias) del propio Estado. Para coordinar la acción pastoral de todas la diócesis de un mismo Estado nacional, se han creado las Conferencias Episcopales, con limitadas potestades con respecto a cada una de las diócesis que la integran (recordemos que el Obispo es la máxima autoridad de la diócesis) pero que tienen una gran importancia hacia fuera de la propia Iglesia por expresar la voz de la que podemos denominar impropia "iglesia nacional", o conjunto de todas las diócesis de una determinada nación (cfr. cc.447 y 448,1)<sup>12</sup>.

De la misma forma, se han creado conferencias regio-

nales o territoriales de obispos (cfr, Exhortación Apostólica Pastores Gregis, 63), por ejemplo, la Conferencia Episcopal para Latinoamérica y el Caribe, o CELAM<sup>13</sup>.

Estas conferencias regionales tampoco gozan de potestades de gobierno, ni con respecto a las Conferencias nacionales ni, menos, con relación a cada una de las diócesis que las integran. Pero ello no disminuye su importancia: además de la tarea de coordinación pastoral, expresan la voz unida de la Iglesia de una determinada región, y sus problemas comunes.

## III. Francisco y Latinoamérica.

Así, entonces, si queremos aproximarnos a la Iglesia latinoamericana es conveniente escuchar la opinión de sus obispos reunidos en estas conferencias regionales que ya llevan el número de cinco. En la Vª, celebrada en mayo de 2007 en la ciudad brasileña de Aparecida, se emitió un importante documento (se cree que, en su redacción, tuvo una determinante participación el entonces Cardenal Bergoglio) con reflexiones socio-pastorales sobre las que luego volveremos.

Aparecida analiza la situación de Latinoamérica<sup>14</sup>, con un reconocimiento muy importante, que nos puede servir de ligamen entre la cuestión de la Iglesia latinoamericana y la designación de Bergoglio como Papa: "Para la Iglesia Católica, América Latina y El Caribe son de gran importancia, por su dinamismo eclesial, por su creatividad y porque el 43% de todo sus feligreses vive en ellas..." (100.a<sup>15</sup>). Sin embargo hay signos de debilitamiento en la Iglesia latinoamericana, tanto en la acción pastoral del clero como (y es su consecuencia) en la vida cristiana de la población (100, b).

Si Latinoamérica es trascendente para el futuro de la Iglesia, ésta debe ofrecer un rostro, y una conducción, más latinoamericana. Bergoglio es latinoamericano –aunque de apellido y ascendencia italiana, lo que ayuda a que la transición desde una conducción "europeo-céntrica" a una conducción extracomunitaria sea algo más suave– lo que podría haber sido tenido en cuenta por el Consistorio de Cardenales, atendiendo a la realidad cuantitativa – ¿también cualitativa?– de la Iglesia Latinoamericana. En 1978 la Iglesia sorprendió al mundo eligiendo a un Papa de la "periferia" europea, especialmente por ser Polonia todavía comunista, oficialmente atea y bajo la égida soviética. Un poco más de 10 años después caía el comunismo, el muro

12. El Documento Conclusivo de la reunión del CELAM en Aparecida (Aparecida) destaca la importancia de las Conferencias Episcopales tanto desde un punto de vista eclesiológico y místico –"El Pueblo de Dios se construye como una comunión de Iglesias particulares...especialmente por las más cercanas"– como también de unión entre los pueblos, particularmente a través del intercambio cultural, de cual las Conferencias, tanto nacionales como regionales, son un precioso vehículo (ver n° 182).

13. Sobre el CELAM ver también Barra, Derecho Público Canónico, ob. cit. 155 y ss. Aparecida, 183, señala que "El CELAM es un organismo eclesial de fraterna ayuda episcopal, cuya preocupación fundamental es colaborar para la evangelización del continente...(generando) una sentida fraternidad entre los Obispos del Continente y una reflexión teológica y un lenguaje pastoral común que favorece la comunión y el intercambio entre las Iglesias".

14. Me refiero a "Latinoamérica", a los pueblos latinoamericanos o a las necesidades y problemas de Latinoamérica, siempre con relación a Latinoamérica y el Caribe.

15. Salvo aclaración, las citas corresponden al "Documento Conclusivo" y su numeración de párrafos.

y el imperio soviético, implosión generada por muchas razones, entre ellas el Papa y el movimiento de los obreros polacos "Solidaridad". Con la muerte de Juan Pablo, fue elegido para la silla pontificia Benedicto XVI, quien, aunque ya miembro de la Curia Vaticana, en cierta manera también llegaba de una periferia católica europea, si no geográfica, política o económica (todo lo contrario) si desde la perspectiva de la conformidad con Roma, tal como lo es Alemania. Se trató de un Papa con imagen pública de académico antes que pastoral (había influido bastante sobre Juan Pablo II, aunque no tanto como muchos piensan) pero que resultó extraordinariamente pragmático: es quien produjo una gran revolución en la vida de la Iglesia al renunciar a su calidad Obispo de Roma y Sumo Pontífice ¿quizás con el fin de apurar los tiempos de la nueva perspectiva latinoamericana?

Es que la situación social latinoamericana no puede reducirse sólo a los problemas organizativos –políticos, económicos– aunque también importen mucho. La cuestión, como lo subraya Aparecida, es estructural. No se trata sólo de limitar los excesos tanto del intervencionismo estatal como del descontrol del mercado. Aquí, en Latinoamérica se debe poner el acento en la superación de la exclusión, de la marginalidad y del narcotráfico. Estos son problemas de estructuras, y la primera estructura que hay que considerar es la vinculada con la espiritualidad del hombre latinoamericano, y de aquí la necesidad de adecuar también las estructuras orientadas a la acción pastoral.

En el aspecto interno de la organización eclesial, cabe destacar que Bergoglio no era ni es hombre de la Curia, aunque tiene suficiente flexibilidad o habilidad política para convivir con ella y aprovechar sus tantos aspectos positivos mientras la reforma en pos de un gobierno universal más colegiado y expedito. Es ortodoxo en el dogma y en la cuestión de los valores. También es jesuita, lo que lo hace un experto en Latinoamérica y en la inculturación de la fe sin alterar la cultura del medio, en definitiva, la realización del bien posible sin que ello suponga abandonar el compromiso de "manifestar el bien deseable", como lo enseña el n° 168 de la *Evangelii gaudium*, que luego analizaremos. Además, lo demostró en Buenos Aires, es un "pastor con olor a oveja", en la feliz expresión que él mismo ha popularizado.

Francisco: si el nombre, como decía Marechal es signo y es destino<sup>16</sup>, Bergoglio será el Papa de la humildad, la misericordia y la naturaleza. Un nombre que rinde homenaje a aquel santo un poco hippie que salvó la Iglesia en un momento muy difícil, aunque también gracias a la sabiduría de la jerarquía, que lo supo comprender y aprovechar su energía pastoral y transformadora.

Francisco nos ha dado un anticipo de su pensamiento en un documento, la Exhortación Apostólica *Evangelii gaudium*, La alegría del Evangelio, dirigido a los obispos, clero, los consagrados y los fieles laicos, que en muchos aspectos

es como una continuación de Aparecida.

#### IV. El Discurso Inaugural de Benedicto XVI y el Documento Conclusivo de la Conferencia de Aparecida.

■ 1.- En su Discurso Inaugural de la Conferencia de Aparecida ("Discurso") Benedicto XVI destacó el gran influjo que el catolicismo ha tenido en la formación de Latinoamérica y el Caribe –claro está que "con luces y sombras"– sin que ello significara la pérdida de las propias identidades de los pueblos originarios y de los africanos traídos como esclavos (esto más que sombra es una gran obscuridad, la obscuridad de la abominación) en número de tan grande importancia que hoy también configura una de las características demográficas de nuestra región. A estos se sumaron –con incidencia diversa según los países– las culturas de los inmigrantes asiáticos y especialmente europeos, que, por lo demás, tuvieron una rápida integración en los medios locales. Esta gran construcción cultural, fundamentalmente de esencia cristiana, se encuentra hoy en peligro, cuestión que ha sido el gran tema de toda la reunión del CELAM y el mensaje papal.

El gran catalizador cristiano ayudó a generar la unidad en la diversidad, sin graves manifestaciones de racismo (que nunca fue oficial) si bien no se debe olvidar el componente de discriminación racial en el fenómeno de la marginalidad, el más grave de los problemas latinoamericanos.

Latinoamérica ofrece una religiosidad popular muy rica que no contradice el magisterio de la Iglesia y que es fermento del desarrollo humanista y la integración de la región. Así Benedicto XVI señaló muy bien ("Discurso", 1) que volver a las culturas y la religiosidad precolombinas sería un lamentable retroceso<sup>17</sup>.

■ 2.- La globalización, entendida como "un entramado de relaciones a nivel planetario", tiene grandes resultados positivos; en definitiva "es un logro de la gran familia humana y una señal de su profunda aspiración a la unidad" ("Discurso", 2). Sus efectos positivos también se hacen sentir en Latinoamérica, sin perjuicio de que con ella puede avanzar (como en Troya) el poder de los grandes monopolios económicos (que en la región siempre fueron factores de influencia política negativa, generalmente antidemocrática) y un clima social que considera al lucro como valor supremo. Es un gran desafío de la Iglesia en nuestro continente fomentar y ayudar a que la globalización se rija "también por la ética, poniendo todo al servicio de la persona humana, creada a imagen y semejanza de Dios" (ibíd.).

■ 3.- El Papa destacó ("Discurso", 2) la evolución de las naciones latinoamericanas hacia la democracia, pero también la preocupación ante el simultáneo avance –den-

16. Marechal, Leopoldo, "Heptamerón", Sudamericana, Buenos Aires, 1966, (Didáctica de la Patria, Canto 6): "El nombre de tu Patria viene de *argentum*. ¡Mira que al recibir un nombre se recibe un destino!..."

17. A propósito de lo indicado en el texto, no es inoportuno advertir contra una suerte de indigenismo ingenuo (o quizás mal intencionado) que rechaza como "colonialista" a la cultura postcolombina, en algunos casos hasta con necias manifestaciones iconoclastas.

tro de la misma democracia, corrompiéndola- de "formas de gobierno autoritarias o sujetas a ciertas ideologías, que se creían ya superadas, que no se corresponden con la visión cristiana del hombre y de la sociedad. Por otro lado Latinoamérica no logra despegarse, continúa el "Discurso", de formas de liberalismo económico de "exclusión" (una especie de "capitalismo" salvaje de nueva impronta<sup>18</sup>) con graves manifestaciones de inequidad en la distribución de la riqueza y aumento de la cantidad de familias en situación de marginalidad.

Se previene, entonces, a nuestros pueblos sobre dos posturas desequilibradas con relación al justo medio. Por un lado, populismos asistencialistas –el Documento Conclusivo, 74, habla de "regresión autoritaria por vía democrática que, en ciertas ocasiones, derivan en regímenes de corte neopopulista"- en sí mismos incapaces de promover reformas estructurales en beneficio de un desarrollo sostenido, lo que los conduce también hacia el autoritarismo político. Por otro lado, el liberalismo económico que no encuentra la forma (o en algún caso, no le interesa encontrarla) de acelerar el proceso de inclusión de los marginales o bien se dirige o ayuda al mantenimiento o profundización de las situaciones de injusticia y subdesarrollo.

Ambas situaciones aportan igualmente al "debilitamiento de la vida cristiana en el conjunto de la sociedad", lo que se expresa en el secularismo, el hedonismo, el indiferentismo, amén del avance de sectas y otras expresiones seudoreligiosas, de gran proselitismo sobre todo entre los marginados y desencantados (cfr. "Discurso", 2).

■ 4.- La recomposición de esta situación no puede ser solo espiritual, ni mucho menos introspectiva o "intimista", como una fuga "hacia el individualismo religioso con abandono de la realidad urgente de los grandes problemas económicos, sociales y políticos de América Latina y del mundo", es decir "una fuga de la realidad hacia un mundo espiritual" ("Discurso", 3). El Papa frente al CELAM reiteró así una afirmación tradicional del catolicismo: el hombre fue creado en cuerpo y alma. Como continuando con el lema benedictino de "ora et labora"<sup>19</sup>, la sociedad cristiana tiene que ser una sociedad justa, que realice el bien común y que al realizarlo lo distribuya, sin olvidar que no hay justicia sin caridad<sup>20</sup>.

18. En la encíclica "Centesimus annus", de 1991 –en el centenario de la encíclica *Rerum novarum* de Leon XIII- Juan Pablo II se preguntaba si es hacia el capitalismo donde se deben dirigir los pueblos recién liberados del comunismo y los países del tercer mundo. La respuesta que da la encíclica en su n° 42 es positiva, si se entiende por capitalismo a la "economía de empresa" o de "mercado" o "libre". "Pero –continúa- si por 'capitalismo' se entiende un sistema en el cual la libertad, en el ámbito económico, no está encuadrada en un sólido contexto jurídico que la ponga al servicio de la libertad humana integral y la considere como una particular dimensión de la misma, cuyo centro es ético y religioso, entonces la respuesta es absolutamente negativa" (ver también, *Centesimus annus*, 40)

19. ¿Es exagerado decir que los benedictinos han sido para Europa lo que los jesuitas para Latinoamérica?

20. Este es el gran tema de la encíclica "social" de Benedicto XVI, "*Caritas in veritate*" (La caridad en la verdad). Ver, entre otros, su n° 6: "... No puedo darle (gratuitamente) al otro de lo mío, sin haberle dado en

■ 5.- El catolicismo debe ser vivido en la realidad. La realidad no es la que pretenden el marxismo y el capitalismo, que la amputan de Dios ("Discurso", 3). Esta aproximación a la realidad supone una concepción antropológica abierta a la trascendencia en Dios y, por y con Dios, a los otros. Es el "realismo de la fe", cuya expresión comunitaria, pero siempre cristológica, es la "opción preferencial por los pobres". Y este es un mensaje muy importante para América Latina.

■ 6.- Benedicto insta a los obispos latinoamericanos a profundizar la catequesis, pero no solo la religiosa. Junto con ella, y como producto de ella, se encuentra la "catequesis social", según los principios de la denominada doctrina social de la Iglesia ("Discurso", 3 in fine). "La vida cristiana –recuerda el Papa en el mismo lugar- no se expresa solamente en las virtudes personales, sino también en las virtudes sociales y políticas". Estas virtudes sociales integran también lo que la Iglesia denomina "la cultura de la vida", que es vida con inclusión, sin marginalidad. ¡En qué gran medida, sobre todo en Latinoamérica, el aborto es consecuencia directa o indirecta de la marginalidad, de la pobreza con exclusión!

■ 7.- En su n° 4, el "Discurso" insiste en proclamar que la cultura de la vida reclama un cambio de las estructuras predominantes en Latinoamérica: "...las estructuras justas son una condición sin la cual no es posible un orden justo en la sociedad". Tanto el marxismo como el capitalismo fallaron en eso. Ya sabemos cómo y por qué falló el marxismo, el que adoleció de un vicio, en definitiva común con el capitalismo: la creencia que ciertas estructuras podrían funcionar aisladas, generando, por sí solas situaciones de justicia, como es el caso (en el capitalismo) del funcionamiento del mercado sin un marco jurídico apropiado. El marxismo ha oprimido las almas, afirma el "Discurso", pero lo mismo está ocurriendo en los sistemas capitalistas "...donde crece constantemente la distancia entre pobres y ricos, y se produce una inquietante degradación de la dignidad personal con la droga, el alcohol y los sutiles espejismos de la felicidad". La búsqueda de las estructuras justas debe hacerse, no por medio de las ideologías, sino con la ayuda de la recta razón (ibid.). Pero es necesario recordar que tales estructuras nunca serán definitivas, deberán ser siempre renovadas aunque con fidelidad a "un ethos político y humano".

■ 8.- El Documento Conclusivo de Aparecida ("Aparecida") vuelve sobre la cuestión de la globalización como realidad a escala mundial del fenómeno humano (35), una gran revolución informativa (36) aunque caracterizada por una fragmentación y unilateralidad de los mensajes que conduce a la pérdida de la unidad, del sentido del conocimiento de los acontecimientos, e incluso de nosotros mismos. Darle a ese "rompecabezas" global informativo un sentido de unidad solo será posible mediante la religación de sus elementos, para lo cual un aporte inestimable será,

primer lugar aquello que le corresponde según la justicia...La justicia es la primera vía de la caridad, o, como decía Paulo VI, 'la medida mínima' de aquella...Por otra parte, la caridad supera a la justicia y la completa en la lógica del don y del perdón".

precisamente, el religioso. A la pluri o multiculturalidad debe dársele un significado unitario ("Aparecida", 42) propio de la naturaleza humana, donde convergen "la variedad de los significados en una única vocación de sentido", como lo expresa la profunda concepción antropológica del documento (Ibid.). "A las personas no les asusta la diversidad. Lo que les asusta, más bien, es no lograr reunir el conjunto de todos estos significados de la realidad en una comprensión unitaria que le permita ejercer su libertad con discernimiento y responsabilidad" (Ibid.). Es desde la verdad del ser de la persona, a cuya búsqueda esta nunca renuncia, como se puede iluminar la realidad, una realidad tal que en ella la persona se desenvuelva "con libertad y alegría, con gozo y esperanza" (Ibid.). Hoy no se encuentra en peligro la diversidad, sino el sentido de unidad que proyecte al hombre, en particular al latinoamericano, a un "destino histórico común" (43).

■ 9.- El Documento no rechaza la acción propia del mercado, que, en palabras de Juan Pablo II es el mejor instrumento para la asignación de los recursos<sup>21</sup>. Pero en el mismo lugar, el Papa advierte que tal instrumentalización vale solo para los bienes transables, y no para aquello que hace a la dignidad humana, lo que "es debido al hombre porque es hombre". Y aún sobre aquellos bienes transables, el correcto funcionamiento del mercado requiere un marco jurídico apropiado y coherente. En el mundo de hoy, y particularmente en Latinoamérica, es posible advertir un funcionamiento distorsionado del mercado e incluso de éste en sí mismo: "la avaricia del mercado" ("Aparecida"<sup>50</sup>, destacado agregado) que "descontrola el deseo de niños, jóvenes y adultos" con la ilusión de una falsa felicidad a la que se pretende (en vano) alcanzar sólo "con bienestar económico y satisfacción hedonista"<sup>22</sup>. Podríamos denominar a esta deformación como "mercadismo", más que una ideología una forma de vida<sup>23</sup> caracterizada por la búsqueda del lucro por cualquier medio y sin limitación alguna, por el consumismo<sup>24</sup>. Se trata, en definitiva, de una forma de egoísmo –un "individualismo pragmático y narcisista" ("Aparecida", 51)– de los que más tienen en medio de una sociedad donde hay cada vez mayor marginación. La cultura "mercadista" afecta también gravemente a los marginados –por el sentido de frustración que les genera– y a una clase especial de excluidos del sentido de la vida: los más jóvenes. Estos son llevados al padecimiento de "una nueva adicción por las sensaciones y crecen, en una gran mayoría, sin tener referencias de los valores y las instancias religiosas" (Ibid.). El "mercadismo", como el marxismo y el comunismo, o las bur-

das caricaturas socialistas del populismo latinoamericano, engaña a los jóvenes con falsas sensaciones, a menudo con la gran tristeza frustrante de la droga y el alcohol, mientras que los aleja de la verdadera alegría de la cultura de la vida, que es "la alegría de la buena noticia del Reino de Dios" ("Aparecida", 28 y 29)<sup>25</sup>.

■ 10.- En este marco, "Aparecida" aclara que la ciencia y la técnica no pueden ser solo puestas al servicio del mercado (45), "con los únicos criterios de la eficacia, la rentabilidad y lo funcional", lo que ayuda a distorsionar la realidad y, a veces también, a contrariar las exigencias de la dignidad de la persona. Esta advertencia es especialmente dirigida a los "medios de comunicación de masas" (ibid.) cuando, consciente o inconscientemente, impulsan "una especie de nueva colonización cultural" (46) artificial, homogénea, individualista, que afirma exasperadamente derechos individuales y subjetivos "sin un esfuerzo semejante para garantizar los derechos sociales, culturales y solidarios", perjudicando así especialmente a "los más pobres y vulnerables" (47). Aún así, no se ha perdido en Latinoamérica el reconocimiento de la sencillez y de lo "débil y lo pequeño" (52), como destello de la humildad bienaventurada según el grado superior de la justicia enseñada por Jesús en el Sermón de la Montaña<sup>26</sup>

■ 11.- El mercado, como hemos visto al recorrer el Discurso Inaugural, no debe ser reducido a una visión unilateral, al que parecen empujarlo ciertas tendencias generadas en la globalización<sup>27</sup> en "su cara más extendida y exitosa... su dimensión económica" (61). Es unilateral la concepción que se detiene en "la eficacia y la productividad como valores reguladores de todas las relaciones humanas" (61), lo que convierte a la globalización en "un proceso promotor de inequidades e injusticias múltiples" (61) dejando de lado "valores objetivos que se encuentran más allá del mercado y que constituyen lo más importante de la vida humana: la verdad, la justicia, el amor, y muy especialmente, la dignidad y los derechos de todos, aún de aquellos que viven al margen del propio mercado". La competencia despiadada y la búsqueda obsesiva del lucro (cfr. 62), ambos practicados de manera desorbitada, llevan a "una dinámica de concentración de poder y riqueza en manos de pocos" especialmente en lo que hace al conocimiento. "La pobreza hoy es pobreza de conocimiento y del uso y acceso de nuevas tecnologías" (62, ver nota 27). Pero notemos que el documento muestra su realismo al hacer un llamado a los empresarios para "que asuman su responsabilidad de crear más fuentes de

21. *Centesimus annus*, 34

22. Naturalmente el CELAM no rechaza el bienestar económico, que es precisamente lo que falta en Latinoamérica, sino que previene con respecto a la *visión unilateral* del bienestar económico, que es necesariamente hedonista. En la cultura de la vida, que es la cultura de la persona, el bienestar económico equitativo es un elemento indispensable (no el único ni el sólo importante) para el desarrollo integral del ser humano, tal como lo enseñó el Papa Paulo VI en la Encíclica *Populorum progressio*, sobre el progreso de los pueblos.

23. La "idolatría del mercado", según el n° 40 de la *Centesimus annus*.

24. También *Centesimus annus*, 36, donde se identifica el *consumismo* como una amenaza que pesa especialmente sobre las economías más avanzadas.

25. Como veremos en seguida, el tema de la alegría evangélica es como un estandarte en la pastoral iniciada por el Papa Francisco.

26. Mateo 5, 3-12

27. "Conducida por una tendencia que privilegia el lucro y estimula la competencia, la globalización sigue una dinámica de concentración del poder y riquezas en manos de pocos, no sólo de los recursos físicos y monetarios, sino sobre todo de la información y los recursos humanos, lo que produce la exclusión de todos aquellos no suficientemente capacitados e informados, aumentando las desigualdades que marcan tristemente nuestro continente y que mantienen en la pobreza a una multitud de personas. La pobreza hoy es pobreza de conocimiento y del uso y acceso a nuevas tecnologías" (Aparecida, 62). El texto hace recordar la afirmación de Juan Pablo II en la *Centesimus annus* acerca de que el conocimiento es la nueva "riqueza de las naciones" (cfr. 32 y ss.)

trabajo y de invertir en la superación de esa nueva pobreza" (62). Este compromiso empresario sólo puede ser requerido en una economía de mercado inserta en un marco jurídico adecuado (no "mercadista"). En este marco, "la empresa está llamada a prestar una contribución mayor en la sociedad", dice Aparecida (69) haciendo un llamado a la "responsabilidad social-empresaria" y al desenvolvimiento de formas neutralizadoras de los instrumentos de concentración de la riqueza –los grandes monopolios– como son las pequeñas y medianas empresas, que pueden ayudar muchísimo al desarrollo económico con desarrollo humano (cfr., 63).

■ 12.- Esta alternancia entre la crítica de la ideología del mercado o "mercadismo" y el reconocimiento del papel de la iniciativa privada –por ejemplo el ya mencionado reconocimiento del importante papel económico-social de la "pequeña y mediana empresa"– se explica desde la perspectiva también global de la necesidad de "promover una globalización diferente que esté marcada por la solidaridad, la justicia y el respeto a los derechos humanos, haciendo de América Latina y El Caribe no sólo el Continente de la esperanza, sino también el Continente del amor...". Precisamente con respecto a la concreta situación latinoamericana, donde "Una globalización sin solidaridad afecta negativamente a los sectores más pobres...", Aparecida lanza su denuncia tal vez más angustiosa en contra del flagelo de la exclusión social: "Ya no se trata simplemente del fenómeno de la explotación y la opresión, sino de algo nuevo: la exclusión social... Los excluidos no son solamente 'explotados' sino 'sobrantes' y desechables" (65).

■ 13.- De allí la crítica que en el n° 66 Aparecida hace a las instituciones financieras<sup>28</sup> y empresas transnacionales cuando subordinan las economías locales y debilitan los Estados hasta tornarlos "impotentes para llevar adelante proyectos de desarrollo al servicio de sus poblaciones"; también las industrias extractivas y la agroindustria, cuando no actúan con previsiones para evitar el daño ecológico (cfr., 66). En lo estrictamente regional, el Documento llama a que los Tratados de Libre Comercio entre países con economías asimétricas tengan en cuenta las necesidades de la parte más pobre. Se destaca la exigencia de adecuar con racionalidad los derechos de propiedad intelectual (66 y 67), los requerimientos de estas naciones más sufrientes, con la vista en el bien supremo de la vida y la salud.

■ 14.- Aparecida no deja de advertir sobre algunas –quizás las más importantes– de las causas de atraso de nuestros países, y también sobre elementos generadores de exclusión. Se trata de defectos o vicios que vienen desde dentro (culpa propia) y muchas veces fomentados des-

de fuera (claro que gracias a un clima propicio interno) y que se retroalimentan como una bola nieve. Entre ellos se destacan la corrupción, tanto pública como privada (70), el alarmante progreso del narcotráfico (70), y como corolario de ellos, el desempleo, subempleo y el trabajo informal, que ya alcanza a la mitad de la población (71).

■ 15.- Los obispos latinoamericanos declararon también su confianza en la "Sociedad Civil"<sup>29</sup> (75), indispensable ámbito de desarrollo humano libre y personalizador, lo que no excluye la necesaria intervención estatal, no sólo en la definición de las reglas jurídicas adecuadas, sino como impulsor de "políticas públicas en los campos de la salud, educación, seguridad alimentaria, previsión social, acceso a la tierra y a la vivienda, promoción eficaz de la economía para la creación de empleos y leyes que favorecen las organizaciones solidarias" (76). La "democracia verdadera y estable" necesita de ese marco, ya que no puede sobrevivir sin justicia social, sin Estado de Derecho y sin división de poderes (cfr. 76). También necesita de las organizaciones sociales cuya actuación "está fortaleciendo la democracia participativa" (75). No puede haber democracia verdadera con un Estado debilitado –advierte sobre los "ajustes estructurales de la economía" (76)– y la ausencia de aquellas instituciones y valores. Por supuesto, la corrupción que recrudece tanto en el Estado como en la sociedad (77) es un factor de atraso, de desencanto y de retroceso democrático. También llama la atención por el recrudecimiento de la violencia, por delitos comunes, pero fundamentalmente por el crimen organizado, el narcotráfico, los grupos paramilitares, el terrorismo, la violencia de grupos juveniles y la violencia familiar (78). Todos ellos son causa y producto (en una retroalimentación malvada) del subdesarrollo, la exclusión, la corrupción y la pérdida de valores.

■ 16.- Otra situación de peligro que amenaza a Latinoamérica es la que, en general, puede denominarse como "destrucción ecológica". América Latina, dice el n° 83, es el Continente de la biodiversidad (su flora y fauna) y, en lo humano, de la "socio diversidad representada por sus pueblos y culturas". Estas diversidades deben ser respetadas y protegidas<sup>30</sup>. En tal sentido "Aparecida" señala la situación de peligro que sufre la Amazonia –sobre cuya internacionalización, al servicio de los "intereses económicos de las corporaciones transnacionales" (86) advierte– y los hielos del Ártico y de la Antártida (ibid.)

■ 17.- Aparecida no deja de subrayar el gran aporte que para nuestros pueblos significa "la globalización de la justicia en materia de derechos humanos y de los crímenes contra la humanidad"<sup>31</sup> (82). Un lugar destacado en ese sentido lo ocupan los acuerdos de integración regional, que se

28. El Documento de Aparecida es particularmente severo en relación al sistema financiero: "La actual concentración de la renta y la riqueza de principalmente los mecanismos del sistema financiero. La libertad concedida a las inversiones financieras favorecen el capital especulativo, que no tiene incentivos para hacer inversiones productivas de largo aliento, sino que busca el lucro inmediato en los negocios con títulos públicos, monedas y derivados" en contradicción con la verdadera finalidad de la economía, que es la creación de la riqueza orientada "al desarrollo global y solidario del hombre y la sociedad en la que vive y trabaja" (Cita del Compendio de Doctrina Social de la Iglesia, n° 334).

29. Centesimus annus insiste en los ns. 13 y 49 sobre el concepto de la "sujetividad de la sociedad".

30. Así la protección frente a la "apropiación intelectual ilícita" sobre el valor medicinal de plantas y organismos que, en perjuicio de los agricultores, son patentados por industrias farmacéuticas y de biogenética (83).

31. Como lo destaca Aparecida, este es un positivo elemento de inclusión, en tanto que "a todos permitirá vivir progresivamente bajo iguales normas llamadas a proteger su dignidad, su integridad y su vida" (82).

están fortificando en el Continente (con algunas debilidades a ser corregidas) y que deberían integrar no sólo a los mercados, sino a las "instituciones civiles y sobre todo a las personas" (82)<sup>32</sup>.

■ 18.- También el CELAM hace, en "Aparecida", un llamado a la difusión y la aplicación de la Doctrina Social de la Iglesia (99; 82) que es una forma de dar "la buena nueva de la dignidad humana" (Cap. 3°) que se integra con la buena nueva de la vida, la familia, el trabajo, el destino universal de bienes y la ecología, tanto de la naturaleza como la humana, conceptos todos que van necesariamente unidos<sup>33</sup>.

## V. La Exhortación Apostólica *Evangelii gaudium* (La Alegría del Evangelio; EG).

■ 1.- En el primer documento orgánico de su pontificado, el Papa Francisco nos brindó este anuncio que es, para los cristianos, una nueva (en realidad, de siempre, pero a veces olvidada) llamada en la vida de la fe, y una novedad cultural para el mundo moderno en general: la alegría evangélica (que Francisco tanto ejemplifica con sus gestos). Esta alegría se destaca frente a la "tristeza individualista", egoísta, que aplasta a la persona aún en medio de la "múltiple y abrumadora oferta de consumo" (EG, 2) muchas veces inútil. Es una alegría cósmica -"La creación entera participa de esta alegría..." (4)- que, como la alegría de San Francisco, "se vive en medio de las pequeñas cosas de la vida cotidiana". Es un llamado destinado a conmover a este mundo banal y triste, pero también a ciertos cristianos "cuya opción parece ser la de una Cuaresma sin Pascua" (6), la Pasión sin Resurrección. Esta alegría es necesariamente comunicativa, ya que "el bien siempre tiende a comunicarse" (II.9). En definitiva, comunicar la alegría es un acto de justicia -dar al otro el bien que le corresponde- pero también de caridad o amor fraterno: reconocer al otro en su dignidad y, por ello, buscar su bien.

■ 2.- Francisco plantea la necesidad de una nueva evangelización (14)<sup>34</sup> a la manera de aquel que compartiendo una alegría "ofrece un banquete deseable", no proselitista, sino simplemente "atractivo" (14). Una evangelización que "primera"<sup>35</sup> ya que toma la iniciativa, "acompaña" a la humanidad en su peregrinaje de gozos y sufrimientos, con "aguante"<sup>36</sup> apostólico y pastoral con "olor a oveja", y que también "festeja" con todos cada pequeña victoria en la obra común de la evangelización (24).

■ 3.- El Papa sueña "con una gran opción misionera capaz de transformarlo todo", costumbres, estilos, horarios, lenguaje y, sobre todo, la estructura eclesial, comenzando por la parroquia y las iglesias particulares (27-30). La actitud de primerear y de aguantar es también una "actitud de salida" (27), de búsqueda de invitados para el banquete. En esta dinámica pastoral, la "actitud de salida" llama a la transformación de las Conferencias Episcopales, para que gocen de "atribuciones concretas" y "alguna auténtica autoridad doctrinal" (32). Pero como, nos dice, "estoy llamado a vivir lo que pido a los demás", Francisco también sueña con una "conversión del papado" (32) y de las estructuras centrales de la Iglesia, ya que "una excesiva centralización, más que ayudar, complica la vida de la Iglesia y su dinámica misionera" (ibid.). La colegialidad, tan querida por el Concilio Vaticano II, parece ser un punto clave en el pensamiento del nuevo pontífice.

■ 4.- El tema principal de la EG -y seguramente del pontificado de Francisco- es el pastoral y misionero, lo que no podría ser distinto en un sacerdote formado con los jesuitas y formador de jesuitas. Por eso Francisco exhorta a comunicar el Evangelio con "un objetivo pastoral y un estilo misionero" (35) sin caer en la obsesión "por la transmisión desarticulada de una multitud de doctrinas que se intenta imponer a fuerza de insistencia" (ibid.). El mensaje debe ser apto para llegar a todos, concentrado en "lo esencial" de la Buena Nueva, "que es lo más bello, lo más grande, lo más atractivo y al mismo tiempo lo más necesario. Lo esencial es primero en el "orden y jerarquía (que existe) en las verdades de la doctrina católica", estructura jerárquica que rige tanto para los dogmas de fe, como para el resto de las enseñanzas de la Iglesia, incluso en el orden moral (36). En tal "núcleo fundamental" de todas las verdades reveladas, "lo que resplandece es la belleza del amor salvífico de Dios manifestado en Jesucristo muerto y resucitado" (ibid., destacado en el original). Dios es misericordia y así entonces la EG recuerda las enseñanzas de Santo Tomás en cuanto a que en el obrar exterior "la misericordia es la mayor de todas las virtudes" (37). También en esta afirmación es posible advertir la impronta pastoral -con "olor a oveja"- y misionera de la labor del Papa Bergoglio.

■ 5.- La "inculturación" a la que EG se refiere en el n° 116 es un elemento pastoral y misionero de primordial importancia para Latinoamérica. La inculturación no es un avance de una manifestación histórica específica de la cultura cristiana -la europea- en los pueblos latinoamericanos, lo que sería una forma de imperialismo cultural, sino el camino inverso. En la inculturación, dice el Papa en el lugar antes mencionado (con cita de Juan Pablo II), la Iglesia "introduce a los pueblos con sus culturas en su misma comunidad", ya que cada cultura es un aporte enriquecedor de la "manera de anunciar, concebir y vivir el Evangelio" (ibid.). La evangelización es inculturación (122) en una concepción dinámica de la cultura "que un pueblo recrea permanentemente", lo que supone igualmente una concepción dinámica de la evangelización: "el pueblo se evangeliza continuamente a sí mismo", afirma citando a Puebla y Aparecida (122). De ahí que los pastores deben afrontar el desafío de "una prédica inculturada" que permita evange-

32. En la Argentina, la reforma constitucional de 1994 tuvo muy especialmente en cuenta esta realidad institucional y cultural, en el art. 75, incs. 22 y 24, de la Constitución Nacional.

33. "La mejor forma de respetar la naturaleza es promover una ecología humana..." ("Aparecida", 126).

34. Siguiendo las huellas del CELAM en Aparecida, pero esta vez para la Iglesia Universal, conforme lo discutido en la XIII Asamblea General Ordinaria del Sínodo de los Obispos, que cita.

35. El Papa utiliza un neologismo muy argentino, que indica una actitud de anticipación, de ganar por ser primero.

36. Es otra expresión muy usada en la Argentina, que señala acompañamiento, apoyo, tanto físico como moral.

lizar la síntesis (143), como en el caso de Latinoamérica. Y así, en este proceso de inculturación de la evangelización –o de una evangelización "inculturada"– se destaca la participación del Pueblo de Dios en la obra misionera, de todos los fieles, aún, o principalmente, los laicos, que gozan del "sensus fidei", del "instinto de la fe", que "los ayuda a discernir lo que viene realmente de Dios" (119). Se trata de una visión popular de la fe para el rebaño, pero también desde el rebaño, que es, enseña la EG "infalible 'in credendo'", esto es, "que cuando cree no se equivoca, aunque no encuentre palabras para explicar su fe" (119). Es que el pueblo latinoamericano es creyente, a veces con exteriorizaciones que recuerdan raíces de culturas originarias o africanas, pero es creyente en Nuestro Señor, y en la Virgen, que en su advocación de Guadalupe simboliza y abraza a toda la fe cristiana de Latinoamérica.

■ 6.- Los pastores con "olor a oveja" deben conducir el rebaño hacia los mejores pastos, hacia el "bien deseable" (168) en su clásica tríada de lo bueno, lo bello y lo verdadero (167). De esas tres manifestaciones del bien sobresale (según la perspectiva) la belleza, que es un camino hacia el bien (168), porque el bien es sobre todas las cosas algo hermoso y así deseable. Este es también un bien practicable, aún con las limitaciones o dificultades que puedan acarrear las circunstancias de cada uno. En el orden moral el bien debe ser realizado y promovido con paciencia (171), señalando el mal objetivo sin condenar a la persona, a la que hay que ayudar a corregirse y crecer en el camino del bien (172). Los pastores, más que "detectólogos" de las desviaciones y caídas, tienen que comportarse como "alegres mensajeros de propuestas superadoras, custodios del bien y la belleza que resplandecen en una vida fiel al Evangelio" (168). Pareciera que en la enseñanza de Francisco los atributos del bien no fuesen cuatro sino cinco: el bien es alegre con la alegría, precisamente de lo bueno. El mal –el egoísmo, la falta de caridad para con el otro y para con uno mismo (no quererse como hay que querer al prójimo), como ocurre con el consumo de drogas, o con la corrupción en todas sus manifestaciones– es ausencia de bien, por lo tanto es ausencia de alegría. El mal es triste, doloroso y aburrido.

■ 7.- La evangelización presenta, necesariamente, una dimensión social, ya que debe ser redimida tanto la persona individual como sus relaciones sociales (178) según también lo enseña –y es su razón de ser– la Doctrina Social de la Iglesia. El anuncio del Evangelio tiene que provocar consecuencias sociales (180), porque "Dios quiere la felicidad de sus hijos también en esta tierra" (182). El Evangelio no es un opiáceo, es terriblemente transformador también aquí y ahora. "De ahí que –afirma citando a Juan Pablo II– la conversión cristiana exija revisar especialmente todo lo que pertenece al orden social y a la obtención del bien común" (182). Hay un llamado a una evangelización –social– militante: la religión no puede ser relegada a "la intimidad secreta de las personas". "Una auténtica fe –que nunca es cómoda e individualista– siempre implica un enorme deseo de cambiar el mundo" (183). Por eso exhorta a los fieles –laicos y clérigos– a profundizar el estudio y la reflexión del "pensamiento social de la Iglesia" que no es condenatorio, sino principalmente "positivo y propositivo, y así orienta

hacia una acción transformadora como un signo de esperanza que brota del corazón amante de Jesucristo" (183).

■ 8.- Como en el caso de Aparecida, la gran preocupación de la EG se centra en la "inclusión social de los pobres" de cuyo "clamor" participa (186 y 187). La solidaridad, la función social de la propiedad y el destino universal de los bienes –los tres esencialmente unidos y prioritarios en relación a "la apropiación de los bienes por parte de algunos" (188)– son valores eminentes de efectos inclusivos (188/89). La propiedad privada es de gestión, cuidado, acrecentamiento de los bienes en beneficio del bien común (189). El pobre posee un gravamen sobre tales bienes en cuanto acreedor a sus frutos<sup>37</sup> (189). El título de tal crédito: la calidad de ser humano, lo que es debido al hombre porque es hombre (Juan Pablo II). La devolución principal de lo debido al hombre es en trabajo, porque es el bien que más se corresponde con la dignidad humana (192). La sociedad actual –Latinoamérica en particular– es una deudora morosa, incumplidora, que ha instalado una cultura del desperdicio de los bienes (191) y del patrimonio común de la humanidad: la naturaleza. Es la cultura del individualismo hedonista, en definitiva, no evangélico, pagano (193 y 195).

■ 9.- Francisco anuncia la buena nueva de la inclusión, y nos pide ser apóstoles de ella. Esta es una gran responsabilidad de los fieles, que como los primeros discípulos, tenemos que ayudar a Cristo en la distribución del pan y los peces a la multitud con hambre. Trabajar por la inclusión es, para la Iglesia Pueblo de Dios, fruto de "la opción preferencial por los pobres", la que es "una categoría teológica antes que cultural, sociológica, política o filosófica" (198). "Quiero una Iglesia pobre para los pobres" –clama el Papa que tomó el nombre del poverello de Asís– porque los pobres "en sus propios dolores conocen al Cristo sufriente" (198).

■ 10.- Aquella es la perspectiva con que el Papa analiza el problema de la economía y la distribución del ingreso. Siguiendo la línea de Aparecida, llama a renunciar a la "autonomía absoluta de los mercados y de la especulación financiera" y combatir "las causas estructurales de la inequidad", que es "la raíz de todos los males sociales" (202).

■ 11.- La complejidad de la economía globalizada, su determinismo sobre las economías más débiles (cfr. 206) y la gravedad a la que ha llegado la exclusión, particularmente en Latinoamérica, son circunstancias que impiden confiar en la "mano invisible del mercado", o que el mero crecimiento económico suponga mayor equidad (204). Esta es una condición necesaria, pero no suficiente. La reforma de las estructuras de inequidad exige que los gobiernos,

37. Es esta una doctrina superadora de la muy liberal del "derrame". El bien común –cuyo elemento esencial es la inclusión social– no vive de las sobras, de lo que se derrama del vaso lleno, un vaso que amplía más rápidamente su capacidad de contener, que su posibilidad de derramar. El bien común es acreedor de los frutos de la riqueza apropiada –en la medida en que lo establezca la ley prudente y razonable– porque, por encima de la apropiación, la riqueza es para todos. La apropiación sólo es lícita cuando es así orientada, cuando es útil para fructificar en bien de todos, especialmente de los más necesitados (cfr., *Centesimus annus*, 43).

responsables de la ley que orienta hacia el bien común, establezcan el marco jurídico de los sistemas económicos. Tal marco jurídico es fruto de la política, que en su sentido propio, "es una de las formas más preciosas de la caridad" (205). La lucha contra la inequidad (contra la exclusión) requiere del crecimiento con justa distribución del ingreso, con creación de fuentes de trabajo, de "una promoción integral de los pobres que supere el mero asistencialismo" (204). Una suerte de tercera posición entre el capitalismo y, no ya el fenecido comunismo, sino el "populismo irresponsable" (204) que tanto se extiende en nuestra Latinoamérica, como un verdadero opio popular que neutraliza la transformación de las estructuras de inequidad en estructuras de justicia social.

■ 12.- La construcción de la justicia social debe tener en cuenta las "tensiones bipolares propias de toda realidad social" (221). Estas tensiones, a diferencia de lo que pregonan ciertas doctrinas neomarxistas (con poco de marxismo serio y mucho de intelectualismo de café) deben ser enfrentadas con voluntad superadora en pos del "desarrollo de la convivencia social y la construcción de un pueblo donde las diferencias se armonicen en un proyecto común" (221). Con tal finalidad, Francisco propone, como "genuino camino hacia la paz dentro de cada nación y en el mundo entero" (ibid.), cuatro principios de orientación para la convivencia social (221 y ss), cuya mención sirve de colofón a esta apretada introducción a ciertos (muy pocos) aspectos de las recientes enseñanzas del Papa Francisco:

- "El tiempo es superior al espacio" (221), o la plenitud del tiempo supera el límite del momento: Los constructores sociales –como los pastores de la grey espiritual que es la Iglesia (cfr. 225)- deben "trabajar a largo plazo, sin obsesionarse por los resultados inmediatos" (223). "Nada de ansiedad, pero sí convicciones claras y tenacidad", continúa la EG, 223, para generación de procesos "que construyan pueblo" (224).

- La unidad prevalece sobre el conflicto. El conflicto no nos debe dejar indiferentes, pero tampoco debemos convertirnos en sus prisioneros (cfr. 227). Es preciso saber "sufrir el conflicto" pero para resolverlo y "transformarlo en el eslabón de un nuevo proceso" (ibid.), en una construcción de síntesis que tenga como cimiento la "comunidad en las diferencias" (228). El Papa nos propone "hacer la historia" desde la solidaridad. No una paz negociada, sino una diversidad reconciliada (230) en una unidad que no deja de ser "pluriforme" y capaz de engendrar "nueva vida" (228).

- La realidad es más importante que la idea (231 y ss.): No debemos quedarnos en la "tensión bipolar entre la idea y la realidad", porque, en definitiva, "la realidad simplemente es, la idea que se elabora" (231). La realidad es superior a la idea porque ésta existe en función de aquella, y sólo así, a partir de su comprensión, la segunda puede conducir a la primera (cfr. 232). Entre las dos debe existir un diálogo constante, evitando caer tanto en "los purismos angélicos" como en "los totalitarismos de lo relativo" y otras formas de "intelectualismos sin sabiduría" (231). "La realidad iluminada por el razonamiento" (232) tiene que ser el principio convocante de los pastores y constructores sociales con

"olor a oveja", que es olor a pueblo.

- El todo es superior a la parte (234): La EG recuerda el principio tomista acerca de que el "todo es más que la parte, y también es más que la mera suma de ellas" (235). Este principio ayuda a resolver la tensión entre lo global y lo local, evitando, tanto los extremos de un "universalismo abstracto y globalizante" –con daño a la identidad local sobre la que tanto insiste Aparecida- como el del folklorismo de "ermitaños localistas", vicio que puede afectar la economía y la política, pero también la evangelización, cuando el fiel es incapaz "de dejarse interpelar por el diferente y de valorar la belleza que Dios derrama" (234) también fuera de los límites de la propia confesión, aun cuando sea profesada como la verdadera. El principio es, claro está, aplicable a la acción del Estado, al que le "compete el cuidado y la promoción del bien común de la sociedad"<sup>38</sup> (240) pero siempre con respeto a la exigencias de la subsidiariedad y la solidaridad (240), que son los dos grandes principios de la organización de toda comunidad humana.

La EG finaliza con una invocación a María, como lo hace también Aparecida (cfr. n° 553) para un Continente especialmente mariano. María es la "*Madre del Evangelio viviente*" (287), "*que sabe transformar una cueva de animales en la casa de Jesús, con unos pobres pañales y una montaña de ternura*" (286) y cuyo rostro –que nos mostró a todos los latinoamericanos por intermedio del indio San Juan Diego Cuauhtlatoatzin- nos hace volver a creer en "lo revolucionario de la ternura y del cariño".

De la hermosa plegaria que cierra el documento, me permito transcribir la siguiente estrofa en la que Francisco le ruega, y le canta, a María: "*Consíguenos ahora un nuevo ardor de resucitados/ para llevar a todos el Evangelio de la vida/ que vence a la muerte. / Danos la santa audacia de buscar nuevos caminos/ para que llegue a todos/ el don de la belleza que no se apaga*". ■

38. Nuevamente la distinción entre Estado y Sociedad, que vimos más arriba.

# “Papel de los jueces en la aplicación de los derechos de origen transnacional”

Por Roberto Cippitani

Catedrático Jean Monnet, Investigador de Derecho privado, Università degli Studi di Perugia.



## 1. Los jueces y la aplicación del derecho internacional

Los jueces, incluso los nacionales, desempeñan un papel muy importante en la aplicación del derecho transnacional.

Desde el punto de vista del derecho internacional tradicional, que regla principalmente las relaciones entre Estados<sup>1</sup>, los jueces no aplican directamente las normas establecidas por los tratados, sino reglas internas.

Las normas internas son aplicables no sólo a los ciudadanos, sino también a los extranjeros en las relaciones sujetas a la legislación interna del Estado de acogida.

Aunque la relación jurídica interese a los extranjeros y tenga una conexión dos o más sistemas jurídicos, el juez aplica el denominado «derecho internacional privado», es decir, un conjunto de criterios nacionales para la resolución de los posibles conflictos entre las normas.

El derecho internacional es una especie de «derecho de coordinación»<sup>2</sup> entre los Estados, que establece las competencias respectivas y las obligaciones mutuas, pero deja el cumplimiento de esas obligaciones a la voluntad de la partes. Pero son las disposiciones nacionales las que otorgan eficacia jurídica a la norma internacional en el derecho interno, como sucede con algunas normas constitucionales<sup>3</sup>.

Esta situación no admite excepción alguna, ni siquiera en el caso de las normas internacionales que se definen como «*self-executing*», ni tampoco las que se consideran pertenecientes al «*ius cogens*»<sup>4</sup>.

Tanto las disposiciones de aplicación directa, como el «*ius cogens*» afectan principalmente las relaciones entre los Estados y no serían directamente aplicables en el derecho nacional si los Estados no estuvieran de acuerdo.

Sin duda, los tribunales internacionales apoyan la aplicación del derecho internacional, lo que puede servir para

1. Véase, por ejemplo, la definición de CONFORTI, B., *Diritto internazionale*, Napoli, 2010, p. 3 y sigs. y la de ROSSEAU, C., *Derecho internacional público*, Ariel, Barcelona, 1966, p. 1 y sigs.

2. PIZZOLO, C., *Derecho e integración regional*, Ediar, Buenos Aires, 2010, p. 5.

3. Véase el artículo 10 de la Constitución Italiana de 1948, que establece que el ordenamiento jurídico italiano tiene que conformarse con las reglas de derecho internacional generalmente reconocidas, incluyendo así también las normas consuetudinarias. El preámbulo de la Constitución francesa de 27 de octubre 1946 establece que «*La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international*». En la Ley Fundamental alemana se establece que las normas generales del derecho internacional forman parte integrante del Derecho federal (véase el artículo 25).

4. La norma que pertenece al *ius cogens*, de acuerdo con el artículo 53 de la Convención de Viena, se podría definir como la «aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter».

establecer o aclarar el sentido de las disposiciones internacionales<sup>5</sup>.

Sin embargo, la actividad de estos tribunales tiene varios problemas. En particular, normalmente los particulares no pueden recurrir a dichos tribunales o tienen que pasar a través de un filtro controlado por los Estados<sup>6</sup>.

Además, incluso en presencia de los tribunales internacionales, el incumplimiento de las obligaciones derivadas del derecho internacional puede dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado, no a la aplicación directa en el derecho interno<sup>7</sup>.

La situación se ha modificado después de la segunda mitad del siglo XX cuando, junto con la constitucionalización de los derechos de la persona, se produjo el fenómeno jurídico de la «internacionalización de los derechos». En esa época, se afirmó la idea de que una protección efectiva de los derechos humanos sólo puede ser lograda a nivel internacional<sup>8</sup>. Por lo tanto, durante las últimas décadas, la protección de los derechos de las personas no es sólo un problema confinado dentro de las fronteras nacionales, sino que tiene que ser abordado desde el punto de vista de un «constitucionalismo mundial»<sup>9</sup> o un «constitucionalismo multinivel», como necesaria evolución de las constituciones nacionales<sup>10</sup>. Junto con el establecimiento de las organizaciones y tratados internacionales vinculados al tema económico, los Estados han estipulado acuerdos internacionales relacionados con el reconocimiento y la salvaguardia de los derechos de los seres humanos.

No obstante, este tipo de protección no es absolutamente nueva<sup>11</sup>, lo que es típico de nuestra época es el enorme desarrollo de los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos. Estos instrumentos pueden ser implementados en un contexto donde el derecho interna-

cional se caracteriza por una tendencia a la «legalización» de las relaciones transnacionales<sup>12</sup>, debido, sobre todo, al crecimiento de la importancia de las instituciones internacionales<sup>13</sup>.

En este ámbito, cabe destacar en particular el rol de la Organización de las Naciones Unidas, que en su Carta de 1945 y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 1948 establece el marco jurídico universal para la protección de los derechos de la persona<sup>14</sup>, que constituye el ejemplo más importante del *ius cogens*.

Según Luigi Ferrajoli, dichos instrumentos internacionales representan la transición desde una norma internacional basada en las relaciones bilaterales entre los Estados, hasta un sistema jurídico internacional verdadero<sup>15</sup>, en el cual no sólo los Estados, sino también las personas se convierten en sujetos.

Hoy en día, en general se acepta que esas fuentes de derecho internacional, su aplicación e interpretación, identifiquen un «*corpus iuris* de los derechos humanos» que interactúe con los sistemas jurídicos nacionales y esté protegido por el principio de la responsabilidad internacional de los Estados<sup>16</sup>. Varios sistemas jurídicos internos proporcionan un compromiso más fuerte con respecto a la aplicación del derecho internacional general en el ámbito de los derechos humanos. Este es el caso de la Constitución Española de 1978 (artículo 10.1), que establece que «Las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España»<sup>17</sup>.

Para ilustrar esto está el British Human Rights Act de 2000 que autoriza a los tribunales británicos para aplicar directamente la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

5. Véase GUZMAN, A.T., *How International Law Works. A Rational Choice Theory*, ob.cit., p. 68; A. DANNER, *When Courts Make Law: How the International Criminal Tribunals Recast the Laws of War*, *Vanderbilt Law Review*, 2006, 59, pp. 1-65.

7. PIZZOLO, C., *Derecho e integración regional*, ob.cit., p. 17, que hace referencia a la jurisprudencia de los tribunales arbitrales internacionales, como el asunto Alabama de 1872, Reino Unido contra EEUU, decidido por el Tribunal Arbitral establecido en Ginebra; véase también el caso Chorzów, Alemania contra Polonia, decidido por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional el 13 de septiembre de 1928.

8. El establecimiento de las organizaciones internacionales como instrumentos para lograr la paz se encuentra, por ejemplo, en BOBBIO, N., *Il problema della guerra e le vie della pace*, Il Mulino, Bologna, 1984.

9. Véase ESPINOSA DE LOS MONTEROS SÁNCHEZ, J.E., "Constitucionalismo global", *Diccionario Histórico Judicial de México, Ideas e Instituciones*, México, 2010, Tomo I, p. 236.

10. PERNICE, I., "Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution Making Revisited", *Common Market Law Review*, 1999, 703 y sigs.; HÄBERLE, P., "Dallo Stato nazionale all'Unione europea: evoluzioni dello Stato costituzionale", *Dir. pubbl. comp.eur.*, 2002, 455 y sigs.; CARDONE, A., "Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)", *Enc.dir., Annali IV*, 2011.

11. J.L. Goldsmith y E.A. Posner (*The Limits of International Law*, Oxford University Press, New York, 2005, p. 117) citan el ejemplo de la Paz de Westphalia (1648), que se ocupó de la libertad religiosa.

12. GOLDSTEIN, J., KAHLER, M., KEOHANE, R. O., SLAGHTER, A. M., "Introduction: Legalization and World Politics", *International Organization*, 2000, Vol. 54, No. 3, *Legalization and World Politics*, pp. 385-399.

13. ABBOTT, K. W., SNIDAL, D., "Why States Act through Formal International Organizations", *The Journal of Conflict Resolution*, Vol. 42, No. 1, Feb., 1998, pp. 3-32.

14. MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, V. M., "Estándares internacionales de derechos humanos", ÁLVAREZ LEDESMA, M. I., CIPPITANI, R. (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ob. cit.

15. FERRAJOLI, L., "Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global", CARBONELL, M., VÁZQUEZ, R., *Estado constitucional y globalización*, UNAM, Porrúa, México, 2001, pp. 313-318.

16. Véase O'DONNELL, D., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos-Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública del Tecnológico de Monterrey, México, 2007, pp. 55-78; FAUNDES PEÑAFIEL, J.J., "Corpus juris internacional de derechos humanos", ÁLVAREZ LEDESMA, M. I., CIPPITANI, R. (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ob.cit.

17. Véase también el artículo 40.2 «Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

En América Latina, muchas Constituciones establecen que el Estado tiene la obligación de respetar los derechos humanos reconocidos por los tratados internacionales (entre otros: México, Colombia, Guatemala, Chile, Ecuador, Nicaragua y Brasil)<sup>18</sup>. En literatura jurídica se muestra cómo la cuestión de los derechos humanos ha ido cambiando el enfoque del derecho internacional, al menos en lo que refiere a la interpretación jurídica.

Como se ha argumentado en el caso del principio «persona», el carácter «universal» de los derechos humanos es un instrumento hermenéutico fundamental, por lo que la interpretación será más extensa en el caso de las normas que reconocen un derecho humano y de manera más restrictiva en caso de aplicación de cualquier limitación a esos derechos<sup>19</sup>. Por lo tanto, la universalidad comporta que los tribunales nacionales deben aplicar el derecho interno de manera coherente con los instrumentos internacionales.

Debido a la importancia de la materia de los derechos humanos en las Constituciones modernas, es ampliamente aceptado que las normas internacionales y la interpretación dada por los tribunales internacionales permitan a los jueces nacionales la aplicación de *corpus iuris* internacional de los derechos humanos<sup>20</sup>. También en los sistemas regionales intergubernamentales, como las Convenciones Europea y Americana sobre Derechos Humanos, la doctrina sostiene la aplicación de la teoría de *Drittwirkung*<sup>21</sup>, según la cual los órganos jurisdiccionales nacionales pueden utilizar los derechos fundamentales de origen internacional en las relaciones entre los individuos<sup>22</sup>. Tal como afirman Scott y Stephan, aunque el Derecho internacional sea «soft» porque no tiene un Leviatán en el sentido de Hobbes para sancionar el incumplimiento, los derechos humanos «allow private enforcement, employs independent tribunal and courts to do the enforcing, and empowers those tribunals and courts to wield the same array of tools that domestic courts traditionally use to compel compliance with their decisions.»

Por lo tanto, el Derecho internacional así concebido tiene su Leviatán.

En otro orden de ideas, este tipo de enfoque interpretativo no conduce a la modificación o la no aplicación de la legislación interna, que sigue siendo la principal fuente legal que el juez tiene que aplicar, incluso en el campo de los derechos humanos. Según muchos estudiosos «*the domestic courts never truly apply international law, but rather pick and choose among potentially applicable rules in a manner dominated by domestic jurisprudential, political, and methodological considerations*»<sup>23</sup>. En efecto, la ausencia de un organismo supranacional capaz de coordinar los tribunales internos apoya tal posición.

Con base en la misma forma, la «universalidad» del corpus de los derechos humanos significa que las normas internacionales deben ser consideradas como un compromiso mínimo aceptable.

La aplicación efectiva de esos derechos depende de la voluntad de los Estados, desde un enfoque puramente intergubernamental y las consecuencias de su violación no son habitualmente tan graves<sup>24</sup>.

## 2. Los jueces regionales y los jueces nacionales

Las relaciones internacionales entre los Estados pueden establecer formas de colaboración permanente, como es el caso de las asociaciones entre las naciones que pertenecen a regiones específicas del mundo.

Para identificar este modelo de colaboración internacional, la doctrina jurídica utiliza la expresión «integración regional».

El derecho de la integración «tiene y debe tener suficiente autonomía de las otras ramas del Derecho»<sup>25</sup>, en particular y por lo tanto, del derecho internacional.

Ejemplo de esas asociaciones se puede encontrar en todos los continentes<sup>26</sup>: principalmente en Europa (Unión Europea, Consejo de Europa) y en América (Comunidad Andina de Naciones - CAN, Mercosur, Sistema de Integración Centroamericana - SICA; Mercado Común del Caribe - CARICOM; Unión de Naciones Suramericanas - UNASUR; Cumbres Iberoamericanas, la Alianza del Pacífico, Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o Tratado de libre Comercio de América del Norte - TLCAN). La integración regional tiene las características de otras formas de relaciones internacionales, estableciéndose sobre la base de los acuerdos entre los Estados. No obstante, dos elementos

18. RUEDA AGUILAR, D., *El fortalecimiento del sistema regional de Protección de los Derechos Humanos en Latino América*, p. 11-12, [www.scjn.gob.mx/transparencia/Documents/Becarios/Becarios\\_045.pdf](http://www.scjn.gob.mx/transparencia/Documents/Becarios/Becarios_045.pdf).

19. SEPÚLVEDA IGUÍNZ, R., *Principio pro persona*, ÁLVAREZ LEDESMA, M. I., CIPPITANI, R. (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ob.cit.

20. SCOTT, R.E., STEPHAN, P.B., *The Limits of Leviathan*, ob.cit., hace referencia a la jurisprudencia de la Suprema Corte de EEUU, especialmente al caso *Sosa c. Alvarez-Machain* [542 U.S. 692 (2004)] que apoya la idea de que los tribunales federales estadounidenses pueden aplicar el derecho internacional; véase también *Medellin c. Dretke*, 544 U.S. 660(2005); *Roper c. Simmons* [543 U.S. 551 (2005)].

21. CASSETTI, L., "Il diritto di «vivere con dignità» nella giurisprudenza della Corte Interamericana dei diritti umani", *Federalismi.it*, n. 23/2010, p. 15 s.

22. Véase, por ejemplo SPIELMAN, D., *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruylant, Luxembourg, 1995. En Italia la literatura legal y la jurisprudencia afirman que el Convenio Europeo de Derechos Humanos es directamente aplicable. Véase entre otros NUMIN, R., "Le norme programmatiche della CEDU e l'ordinamento italiano", *Riv. int. dir. uomo*, 3, 1991, p. 719 sigs. Por la jurisprudencia, vid. por ejemplo, *Corte di Cassazione*, 27 de mayo de 1975, no. 2129, *Gius. it.*, 1976, I, p. 970; Id. 2 de febrero de 2007, no. 2247, *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, p. 1195.

23. SCOTT, R.E., STEPHAN, P.B., *The Limits of Leviathan*, ob.cit., p. 142

24. GOLDSMITH, J.L., POSNER, E.A., *The Limits of International Law*, Oxford University Press, New York, 2005, p. 130, quien afirma que «*the modern human rights treaties do not significantly influence human rights behaviour*» de los Estados (p. 137).

25. TPR Mercosur, Laudo No. 01/2005, p. 4.

26. Para un panorama y un análisis sobre las organizaciones regionales, especialmente en Europa y en América Latina, véase sobre todo PIZZOLO, C., *Derecho e integración regional*, ob.cit.

parecen diferenciar los procesos regionales de integración con otros en el marco de las relaciones internacionales: el contenido y la intensidad de la cooperación; y la institucionalización de las relaciones, en particular a través de la creación de órganos judiciales o arbitrales. Los elementos antes mencionados no producen una modificación en el paradigma internacionalista, sino el fortalecimiento de las relaciones transnacionales. De acuerdo con el contenido de la integración regional, en comparación con otras formas de relaciones internacionales, los objetivos de la cooperación entre los Estados se convierten en más concretos, así como los problemas a que se enfrentan y las soluciones que se elaboran. En este propósito, los procesos de integración regional son a menudo inducidos (o justificados) por razones económicas, ya que un mayor movimiento de personas, productos y factores de producción son capaces de aumentar los flujos económicos y conducir al desarrollo de la región<sup>27</sup>.

Independientemente de lograr la construcción de mercados comunes o uniones aduaneras, se trata casi siempre de un instrumento táctico para iniciar los procesos de integración regional con el fin de alcanzar objetivos estratégicos más políticos. Es lo que pasó con la integración europea. En la «Declaración» de 9 de mayo de 1950 realizada por el Ministro de Asuntos Exteriores francés Schuman, se propuso la puesta en común de la producción transnacional del carbón y la de acero. La creación del mercado común del carbón y el acero fue planeada claramente como la «primera etapa de la federación europea, y cambiará el destino de esas regiones, que durante tanto tiempo se han dedicado a la fabricación de armas, de las que ellas mismas han sido las primeras víctimas». Del mismo modo en América Latina, las organizaciones regionales como el Mercosur, el TLCAN, la Comunidad Andina, el SICA tienen como objetivo, principalmente, la construcción de una integración económica entre los Estados de la misma región. Aunque el Tratado constitutivo del Mercosur, así como los Tratados de las Comunidades Europeas de los años 50s, no hacen ninguna referencia a los derechos humanos, otros documentos de las organizaciones regionales los ponen en la base del proceso de integración<sup>28</sup>, como la Declaración Presidencial sobre Compromiso Democrático en el Mercosur de 1996, el Protocolo de Ushuaia de 1998 y el Protocolo de Asunción de 2005. Del mismo modo, con respecto a la Comunidad Andina, el Acuerdo de Cartagena establece una profunda interconexión entre los objetivos económicos de la CAN y la necesidad de otorgar un mejoramiento permanente del nivel de vida a los habitantes de la subregión (artículo 1).

Por otra parte, la Declaración del Consejo Presidencial

27. Véase PAMPILLO BALIÑO, J. P., "Estado actual y perspectivas de la integración jurídica en América", ÁLVAREZ LEDESMA, M. I., CIPPITANI, R. (coord.), *Derechos Individuales e Integración Regional (Antología)*, ISEG, Roma-Perugia-México, 2013, pp. 107-168.

28. Sobre el tema, véase: ABRAMOVICH, V., "Derechos Humanos en el marco del proceso de integración regional el Mercosur", *Democracia y Derechos*, 2012, p. 6; CASAL, J., "Los derechos humanos en los procesos de integración", *Estudios Constitucionales*, 2005; GIUPPONI, O., *Derechos Humanos e Integración en América Latina*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 303.

Andino sobre Democracia e Integración, firmado en Santafé de Bogotá el 7 de agosto de 1998, estipula que la CAN es una comunidad de naciones democráticas y respeta los derechos humanos y las libertades fundamentales. La integración regional subraya los aspectos sociales que surgen de la circulación de las personas como los trabajadores<sup>29</sup> o los estudiantes y profesores<sup>30</sup>. Además, esos procesos llevan a la luz otros temas sociales, como, en Latinoamérica, los derechos de las poblaciones indígenas<sup>31</sup>. Los instrumentos regionales pueden referirse directamente al tema de los derechos humanos, como ocurre en los casos de la Convención Americana de los Derechos Humanos<sup>32</sup> y del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Ese tipo de tratados regionales no tiene la finalidad de alcanzar una integración política, sino establecer las normas continentales para la aplicación de los derechos humanos. Como se mencionó anteriormente, los acuerdos internacionales que prevén formas de integración regional, en muchos casos, establecen organismos que tienen la tarea de la aplicación de las normas regionales. Estos organismos pueden tener carácter judicial o arbitral (véase el caso del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos que prevé una Comisión<sup>33</sup>, integrada por expertos independientes, y una Corte regional).

En particular, en Europa y América Latina desempeñan un papel importante las instituciones judiciales de los sistemas jurídicos regionales<sup>34</sup>: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sucesivamente «Tribunal de Justicia»), el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos («Tribunal EDH»), la Corte Interamericana de los Derechos Humanos («Corte IDH»), el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina («TJCA») y el Tribunal Permanente del Mercosur («TPR»).

Los tribunales regionales tienen una exclusiva competencia específica sobre la interpretación del derecho transnacional. Es el caso de la Corte IDH que, de acuerdo con el artículo 62.3 CADH «tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención». Normalmente, los tribunales regionales ejercen competencias judiciales (por ejemplo, véase el artículo 62.3 CADH) o funciones de asesoramiento (véase el artículo 64, párr. 1, CADH). En la realización de sus funciones, los tribunales logran dos resultados importantes: la elaboración de los contenidos de

29. PACHECO ZERGA, L., "Trabajo", ÁLVAREZ LEDESMA, M. I., CIPPITANI, R. (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ob.cit.

30. PALERMO BUTI, T., BURALLI VIGNA, M. F., "Integración universitaria en el Mercosur", ÁLVAREZ LEDESMA, M. I., CIPPITANI, R. (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ob.cit.

31. Véase FAUNDES PEÑAFIEL, J.J., "Pueblos indígenas como titulares de derechos humanos", ÁLVAREZ LEDESMA, M. I., CIPPITANI, R. (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ob.cit.

32. Véase HUERTAS DÍAZ, O., "Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Diccionario Histórico Judicial de México, Ideas e Instituciones*, México, 2010, Tomo I, p. 264.

33. Véase COSTA, J.C., "Comisión Interamericana de Derechos Humanos", *Diccionario Histórico Judicial de México*, ob.cit., Tomo I, p. 185.

34. Corte IDH, Opinión Consultiva, no. OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982, «Otros tratados» objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 19.

los derechos; y la identificación de un sistema jurídico de referencia. La integración regional, pese sea una forma más desarrollada de las relaciones internacionales, representa un verdadero salto de calidad por el impacto en los derechos de los particulares. De hecho, la mayor proximidad de las organizaciones regionales a los problemas concretos de los particulares, así como la presencia de órganos judiciales o arbitrales regionales, causan una influencia más efectiva del derecho transnacional sobre el nacional.

La actividad interpretativa dentro del sistema regional lleva a identificar el significado y el desarrollo de los conceptos relacionados con los derechos establecidos en las fuentes legales supranacionales. Como ha señalado el TPR del Mercosur, citando al Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Paolo Mengozzi, la interpretación de los tribunales regionales ha llevado a considerar a las personas y las empresas como sujetos de los sistemas jurídicos supranacionales<sup>35</sup>. De hecho, el «modelo regional» de protección de los derechos humanos está más desarrollado que lo «universal», por el papel que en ellos desempeñan las personas físicas o jurídicas, sea en fase de impulso o en fase de ejecución de los efectos de las sentencias<sup>36</sup>. Por ejemplo, en la jurisprudencia de la Corte IDH es posible encontrar las definiciones de los derechos establecidos por la Convención Americana, como la libertad de expresión (artículo 13)<sup>37</sup>, la libertad de religión (artículo 12), el derecho de circulación (artículo 22)<sup>38</sup>, el derecho a la salud<sup>39</sup>, el derecho de asociación (artículo 16), los derechos políticos (artículo 23 y ss.)<sup>40</sup>, los derechos de las mujeres<sup>41</sup>, los niños<sup>42</sup> y los inmigrantes<sup>43</sup>. La elaboración de ese complejo conjunto de conceptos jurídicos produce un fenómeno interesante, que es algo inesperado desde el punto de vista del derecho internacional. En lugar de la referencia a un concepto universal de derechos humanos, los tribunales regionales sostienen que su actividad se basa propiamente en un ordenamiento jurídico: el Tribunal de Justicia reconoció la existencia de un ordenamiento jurídico a partir de la jurisprudencia *Van Gend en Loos* de 1963, en la época inicial de la his-

toria de la integración europea<sup>44</sup>; el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se considera a sí mismo como «garante constitucional del orden público europeo»<sup>45</sup>; la CJCA utiliza las expresiones «ordenamiento jurídico andino» o «Derecho andino»; el TPR hace referencia a una «base jurídica de Mercosur»; la Corte IDH sostiene que los instrumentos jurídicos que protegen los derechos humanos deben ser considerados como un sistema legal<sup>46</sup>. Este tipo de orden jurídico ya no se puede considerar simplemente como el conjunto de relaciones internacionales entre Estados, estipulado en base al intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Países contratantes<sup>47</sup>.

En cambio, el ordenamiento jurídico regional es autónomo. Según lo que ha afirmado el Tribunal de Justicia europeo con referencia a las antiguas «Comunidades»: «a diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE ha instituido un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros, desde la entrada en vigor del Tratado y que se impone a sus órganos jurisdiccionales»<sup>48</sup>.

Aunque con cierto retraso, la doctrina legal ha tomado conciencia de la existencia de un sistema jurídico regional. Si en Europa hoy día se trata de un hecho indiscutible, en América Latina los investigadores están empezando a aceptar la presencia de un «derecho americano de los derechos humanos»<sup>49</sup>, basado también en la jurisprudencia de la Corte IDH. El ordenamiento así creado se podría aplicar directamente a los particulares, en cuanto que crea derechos subjetivos.

El sistema jurídico regional implica problemas de coordinación con respecto a la legislación interna. También en este caso, el tema no puede ser tratado sólo con los instrumentos del derecho internacional, sino mediante el desarrollo de herramientas específicas. A tal propósito, en Europa el Tribunal de Justicia afirmó la teoría «monista», según la cual el Derecho regional se ha integrado con los sistemas jurídicos nacionales. Según el Tribunal de Justicia Europeo el ordenamiento jurídico regional se caracteriza por el principio de precedencia. De hecho, «esta integración, en el Derecho de cada país miembro, de disposiciones que provienen de fuente comunitaria, y más generalmente los términos y el

35. TPR Mercosur, Opinión Consultiva n. 1/2007, 3 de abril del 2007.

36. MARCHESI, A., "Derechos humanos (protección internacional)", *Diccionario Histórico Judicial de México: ideas e instituciones*, ob.cit., Tomo I.

37. CASTILLA JUÁREZ KARLOS, A., *Libertad de expresión y derecho de acceso a la información en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2011, p. 73.

38. Corte IDH, 31 de agosto de 2004, *Ricardo Canese/Paraguay*, Serie C No. 111, que hace referencia a la O.N.U.

39. Corte IDH, 4 de julio de 2006, *Ximenses Lopes/Brasil*, Serie C No 149.

40. Por ejemplo, vid. Corte IDH, 6 de agosto de 2008, *Castañeda Gutman/Estados Unidos Mexicanos*, Serie C No. 184.

41. FRANCO RODRÍGUEZ, M. J., *Los derechos humanos de las mujeres en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2011, p. 82.

42. ORTEGA SORIANO, R. A., *Los derechos de las niñas y los niños en el derecho internacional, con especial atención al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2011, p. 48.

43. MORALES SANCHES, J., *Derechos de los migrantes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2011, p. 68.

44. Tribunal de Justicia, 5 de febrero de 1963, 26-62, *Van Gend en Loos / Administratie der Belastingen*, Rec., 1963, p. 3.

45. Tribunal EDH, 23 de marzo de 1995, *Loizidou/Turchia*, *Riv. int. dir. um.*, 1995, p. 483.

46. Corte IDH, 16 de noviembre de 2009, *González y otr. («Campo Algodonero»)* / *Estados Unidos Mexicanos*, Serie C No. 205, párr. 62.

47. Corte IDH, Opinión Consultiva OC- 2/82, 24 de septiembre de 1982, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, párr. 29.

48. Tribunal de Justicia 15 de Julio 1964, 6/64, *Flaminio Costa / ENEL*, Rec. 1964 p. 1195.

49. Véase CAVALLO GONZALO, A., "Surgimiento de un Derecho Americano de los Derechos Humanos", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, no. 24, enero-junio 2011, pp. 3-89; véase también BECERRA, M., "El Control en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Hacia una reestructuración del sistema", ÁLVAREZ LEDESMA, M. I., CIPPITANI, R. (coord.), *Derechos Individuales e Integración Regional (Antología)*, ob.cit., pp. 275-292.

espíritu del Tratado, tienen por corolario la imposibilidad de hacer prevalecer, contra un ordenamiento jurídico aceptado por ellos sobre una base de reciprocidad<sup>50</sup>. La idea monista fue inicialmente rechazada por los tribunales constitucionales nacionales, que apoyaron un modelo diferente, lo «dualista», basado en dos órdenes jurídicos (el Derecho comunitario y el nacional)<sup>51</sup>. Con el tiempo, la teoría monista del Tribunal de Justicia tuvo éxito y prevaleció sobre el enfoque de los Tribunales Constitucionales nacionales<sup>52</sup>. La prevalencia del derecho regional se afirma también en la jurisprudencia de los Tribunales transnacionales de Latinoamérica.

El TPR argumenta que el «Derecho de la integración», por su naturaleza y propósitos, siempre debe prevalecer sobre el ordenamiento jurídico interno. De lo contrario, el proceso de integración regional perdería sentido<sup>53</sup>.

La prevalencia es considerada como la consecuencia de la obligación de los Estados miembros de la organización regional «a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción» (véase el artículo 1.1 CADH).

Esto es cierto, tanto para los juicios, como para las opiniones emitidas por los tribunales regionales. Según Luis Castillo Córdoba, «La justificación es la siguiente: las interpretaciones que de la CADH formule la mencionada Corte, se adscriben a las normas convencionales directamente estatuidas, de manera que a partir de ese momento, las disposiciones de la CADH se han de entender según tales interpretaciones; así, los Estados vinculados a la CADH, se hallan vinculados también a las interpretaciones de sus disposiciones. Y, adicionalmente, la vinculación se extiende también a la propia Corte IDH; pues, salvo un justificado cambio jurisprudencial, una elemental exigencia de razonabilidad y seguridad jurídica, vincula a la Corte IDH a sus propias interpretaciones fundamentales»<sup>54</sup>. Esta obligación se ve reforzada por las constituciones nacionales. Sin embargo, empero, esto se puede ver incluso antes de la reciente reforma de la Constitución mexicana, ya que la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los demás jueces utilizaban ya en sus sentencias la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana<sup>55</sup>. También

los jueces nacionales están obligados, según la jurisprudencia de las cortes regionales, a aplicar las fuentes jurídicas transnacionales y cumplir con las soluciones interpretativas elaboradas a nivel regional.

Como la doctrina legal de América Latina afirma, los jueces nacionales tienen que llevar a cabo el llamado «control de convencionalidad»<sup>56</sup>, es decir, tienen que verificar desde el cumplimiento de la legislación interna con la normativa regional, hasta la inaplicación de normas internas que contradicen las fuentes transnacionales y la de los tribunales regionales.

Tal teoría se originó en la jurisprudencia de la Corte IDH en el caso Almonacid Arellano y otros, contra Chile de 2006, donde se estableció la obligación de los jueces de los Estados miembros de controlar que las disposiciones nacionales cumplan con la disposición de la CADH incluso la interpretación de la jurisprudencia regional. Este enfoque ha sido desarrollado en al menos 20 sentencias sucesivas, convirtiéndose en un importante instrumento para interpretar, tanto el derecho regional como lo nacional.

De acuerdo con la Corte IDH, el control de convencionalidad debe llevarse a cabo ex officio<sup>57</sup>, no sólo por los jueces, sino también por todos los funcionarios de los Estados miembros (véase la jurisprudencia de la Corte IDH, especialmente Furlan y familiares contra Argentina de 2012).

En Europa y en América Latina, el papel de los jueces en la construcción del sistema regional ha sido aceptado por los jueces nacionales, en particular los que desempeñan la función de tribunales constitucionales. En México, por ejemplo, el control de convencionalidad de los jueces nacionales ha sido afirmado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 14 de julio de 2011 en el asunto Rosendo Radilla Pacheco vs. México.

De acuerdo con la Suprema Corte, el control de convencionalidad tiene que llevarse a cabo en tres fases: la primera fase es la interpretación conforme en un sentido amplio, que establece que los jueces deben interpretar el derecho interno desde el punto de vista de la Constitución y los tratados internacionales; luego se lleva a cabo una interpretación conforme en un sentido estricto, según la cual el juez tiene que elegir, entre las varias interpretaciones, la que cumpla con los tratados internacionales y con la Constitución; y finalmente, si el derecho interno no se ajusta a la Constitución y los tratados internacionales, el control de convencionalidad llevará a la desaplicación de la disposición.

50. Tribunal de Justicia, sentencia de 15 de julio de 1964, 6/64, *Flaminio Costa c/ ENEL*, ob.cit.

51. Véase, por ejemplo, la jurisprudencia de la italiana *Corte Costituzionale* n. 170/1984, n. 113/1985, n. 186/1991 en [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Véase también TESAURO, G., *Diritto comunitario*, Cedam, Padova, 1995, p. 120; PICOZZA E., *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 12.

52. El cambio de opinión de la *Corte costituzionale* italiana se puso en marcha con la sentencia *Granital/ Amministrazione delle Finanze* (n. 170 de 1984), cuando la Corte aceptó el modelo «monista».

53. TPR Mercosur, Opinión Consultiva, n. 1/2007, de 3 de abril de 2007.

54. Con respecto al enfoque interpretativo de los Tribunales Constitucionales, véase CASTILLO CÓRDOBA, L., «La relación entre el ámbito jurisprudencial internacional y nacional sobre derechos humanos», ALVAREZ LEDESMA, M. I., CIPPITANI, R. (coord.), *Derechos Individuales e Integración Regional (Antología)*, ob.cit., pp. 293-342, espec. p. 300.

55. CABALLERO OCHOA, J.L., «Retratos hablados. Los derechos fundamen-

tales y su interpretación en sede constitucional e internacional», *El Juez Constitucional en el Siglo XXI*, ob.cit., Tomo I, p. 609 sigs.

56. Véase REY CANTOR, E., *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Porrúa, México, 2008.

57. ROJAS CABALLERO, A. A., *El control de convencionalidad ex officio. Origen en el ámbito regional americano, obligatoriedad para los jueces mexicanos, precisión de sus alcances y retos para el Poder Judicial de la Federación, Serie Cuadernos de Jurisprudencia*, No. 8, SCJN-Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética judicial, México, 2012, pp. 43-44.

### 3. El modelo supranacional de integración

Pese a que la protección de los derechos a través del modelo regional sea más fuerte con respecto al nivel internacional, esta presenta límites que se refieren al sistema de ejecución de sentencias y actos de los órganos supranacionales. En primer lugar, tanto en los sistemas de protección de los derechos humanos europeos, como en los latinoamericanos, el procedimiento ante los tribunales supranacionales sólo es admisible en el caso de insuficiencia de los recursos internos. En segundo lugar, en algunos casos, los procedimientos que pueden ser decididos por los tribunales se filtran antes por órganos no judiciales, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En tercer lugar, las sentencias no son de aplicación directa, como sucede normalmente en el modelo internacional. Por otra parte, en el ámbito de las Organizaciones regionales como la Organización de los Estados Americanos, los Estados están sujetos a la decisión de los tribunales supranacionales sólo sobre una base voluntaria<sup>58</sup>, en ausencia de una obligación de implementar directamente la jurisprudencia regional (véase el artículo 38, ap. 1, Estatuto de la Corte IDH)<sup>59</sup>. La verdadera evolución de la integración jurídica regional está representada por las organizaciones supranacionales, como la Unión Europea. Incluso las organizaciones supranacionales nacen por los medios previstos por el derecho internacional, es decir, por tratados estipulados entre los Estados miembros<sup>60</sup>. En cualquier caso, la supranacionalidad implica la pérdida de la soberanía de los Estados que participan en el proceso con respecto a pocas o muchas competencias. Aparte las cuestiones terminológicas (véase el fracaso de la experiencia de la Constitución para Europa), los Tratados constitutivos de las entidades supranacionales tienen que ser considerados como una constitución real, por dos razones al menos, como afirma Arnold: por un lado, dichos Tratados establecen un sistema institucional y un orden de valores obligatorios para todo sujeto de derecho; y por otro, también, sustituyen los ordenamientos jurídicos nacionales con el derecho supranacional, por lo menos en las competencias comunitarias<sup>61</sup>.

El sistema jurídico supranacional es autónomo y prevalente, pero también, en comparación con el modelo regional, es directamente aplicable, ya que, como el Tribunal de Justicia declaró « en virtud del principio de primacía del derecho comunitario, las disposiciones del Tratado y los actos de las instituciones directamente aplicables tienen por efecto, en sus relaciones con el derecho interno de los Estados miembros, no sólo el hacer inaplicable de pleno de-

recho, por el hecho mismo de su entrada en vigor, de toda disposición contraria de la legislación nacional existente, sino también –en cuanto que estas disposiciones y actos forman parte integrante, con rango de prioridad, del ordenamiento jurídico aplicable en el territorio de cada uno de los Estados miembros–, el impedir la adopción válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que éstos fueran incompatibles con normas comunitarias »<sup>62</sup>.

La cesión de soberanía en la experiencia europea se afirma con claridad desde el caso Van Gend en Loos. Literalmente, el Tribunal de Justicia declara que «un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, en beneficio del cual los Estados han limitado, aunque sea en materias restringidas, sus derechos soberanos». La limitación de los «derechos soberanos» de los Estados corresponde al ejercicio de la soberanía por parte de las instituciones comunitarias, cuyo ejercicio los afecta. Por lo tanto, la construcción del sistema jurídico supranacional implica el establecimiento de un marco institucional que sólo en parte se puede observar en la forma general de la integración regional. Es lo que pasa en la Unión Europea, donde, en particular, funciona un sistema judicial con la exclusiva responsabilidad de interpretar y poner en práctica, en el último nivel, el derecho supranacional.

Este sistema no está compuesto únicamente por el Tribunal de Justicia, que realiza varias tareas, normalmente pertenecientes a varios tipos de jueces<sup>63</sup>, sino también el sistema judicial se compone formalmente también por los jueces nacionales, que pueden pedir al Tribunal de Justicia una interpretación prejudicial. La jurisprudencia de ellos representa la principal referencia para establecer el sentido jurídico de una norma nacional<sup>64</sup> y también son los jueces nacionales que tienen que interpretar las normas nacionales en el marco del derecho de la Unión Europea<sup>65</sup>, sobre todo teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>66</sup>.

Las instituciones supranacionales ejercen los poderes

58. GIRAUDO, L., CARBONELL BELLIOLO, F., "Corte Interamericana de los Derechos Humanos", *Diccionario Histórico Judicial de México*, ob.cit., Tomo I, p. 275.

59. Véase los argumentos de BECERRA, M., *El Control en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Hacia una restructuración del sistema*, ob.cit.

60. HAAS, E., "The study of regional integration: reflections on the joy and anguish of pre-theorizing", *International Organization*, Vol. 24, 1970, p. 610.

61. ARNOLD, R., *La protección de los derechos fundamentales en Europa*, ÁLVAREZ LEDESMA, M. I., CIPPITANI, R. (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ob.cit.

62. Tribunal de Justicia, 9 de marzo de 1978, 106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato / Simmenthal*, cit., apartado 17.

63. Como la función de control de la legitimidad de los actos de las demás instituciones (artículo 263 del TFUE), las decisiones relativas a la responsabilidad contractual (artículo 272 del TFUE) y a la responsabilidad extracontractual de la Unión (artículos 268 y 340 del TFUE); las controversias laborales entre la Unión y sus agentes (artículo 270 del TFUE) y otras competencias (artículo 271 y sigs. TFUE). En particular, el Tribunal de Justicia tiene la responsabilidad relativa a la «interpretación prejudicial» del Derecho de la Unión Europea (artículo 267 del TFUE), que puede ser requerida por todos los jueces nacionales, cuando tienen una duda sobre la correcta interpretación de una norma de la UE.

64. Véase, en particular, las sentencias a continuación: Tribunal de Justicia, sentencia de 24 de enero de 2002, C-372/99, *Comisión/Italia*, Rec. 2002, p. I-819; Id. 8 de junio 1994, C-382/92, *Comisión/Reino Unido*, Rec. 1994, p. I-2435, p. 36; Id. 29 de mayo 1997, C-300/95, *Comisión/Reino Unido*, Rec. 1997, p. I-2649, p. 37.

65. Véase, por ejemplo, Tribunal de Justicia, sentencia de 26 de septiembre de 1996, C-168/95, *Arcaro*, Rec. 1996, p. I-4705, p. 41-43.

66. Véase Tribunal de Justicia, sentencia de 6 de julio de 1995, C-62/93, *BP Soupergaz /Grecia*, Rec. 1995, p. I-1883.

legislativo, ejecutivo y administrativo, y los actos de ellas son directamente aplicables en toda la Unión, sin necesidad de recepción por parte de los Estados miembros, con la excepción de los necesarios para implementar el derecho supranacional. Las consecuencias del incumplimiento de las autoridades públicas, así como de los sujetos de derecho, están representadas por sanciones impuestas por parte de las instituciones supranacionales y nacionales. En particular, el incumplimiento de los Estados puede ser sancionado sea ante a los jueces, sea ante los supranacionales, como ha establecido la jurisprudencia<sup>67</sup>. Cabe mencionar que, en el Derecho de la Unión Europea, se pueden utilizar muchos de los instrumentos jurídicos de derecho privado para aplicar a los Estados las consecuencias negativas de los actos que no sean conformes al derecho comunitario. Entre estas consecuencias cabe mencionar la responsabilidad civil del Estado<sup>68</sup>, independientemente del órgano del Estado cuya acción u omisión haya causado el incumplimiento, incluso cuando la infracción haya sido cometida por un órgano constitucionalmente independiente<sup>69</sup>, como una autoridad local o el poder judicial; la «repetición de enriquecimiento injusto» como en el caso de un Estado miembro que establece sus impuestos nacionales en violación al Derecho de la Unión<sup>70</sup>. La responsabilidad civil del Estado se reconoce también por otros jueces regionales, aunque no se incluyan en un marco institucional supranacional. Es el caso del Tribunal EDH en Europa (véase el artículo 41 y ss. CEDH) y de la Corte IDH (artículo 68 de la CADH) y el TPR en América Latina<sup>71</sup>. Sin embargo, como se mencionó anteriormente, en estos casos las consecuencias de la infracción no son directamente aplicables<sup>72</sup>.

#### 4. De los derechos económicos a la ciudadanía de la Unión Europea

Sin embargo, la característica más importante del modelo supranacional es su impacto en los derechos de los particulares. El sistema jurídico supranacional no sólo es directamente aplicable a los Estados miembros: de hecho, como se afirma en la sentencia Van Gend en Loos, el orden jurídico de la Unión Europea reconoce como «sujetos no (...) solamente a los Estados miembros, sino también a sus nacionales». El derecho supranacional también establece derechos y deberes para las personas y otros sujetos y es directamente aplicable a sus relaciones jurídicas. El Tribunal de Justicia declara que estos derechos pueden ser protegi-

dos directamente por los particulares, no sólo frente a los jueces de la Unión Europea, sino también frente a los internos. Como se mencionó anteriormente, el juez comunitario y los jueces nacionales integran una estructura formal de protección de los derechos a nivel regional.

El reconocimiento de los derechos y de los recursos procesales relacionados ha sido el principal instrumento para implementar y fortalecer la «primacía»<sup>73</sup> comunitaria, que de otro modo habría tenido que ser desarrollada a través sanciones directas a los Estados, que no siempre son eficaces<sup>74</sup>. Por tanto, los individuos asumen el papel de «guardianes principales» de la aplicación sistemática del Derecho de la Unión Europea<sup>75</sup>. En relación con el modelo general de integración regional, el enfoque comunitario no tiene en cuenta a las personas sólo como beneficiarios de los derechos, sino también como titulares del derecho a ejercer tales situaciones jurídicas a través de un sistema de acciones procesales otorgadas a nivel nacional o supranacional. Esto ocurre sin la mediación de los Estados, que también se convierten en contrapartes de los juicios para proteger esos derechos.

De acuerdo con el modelo regional general, el individuo tiene derecho a reclamar sus derechos sólo en las relaciones verticales, es decir con respecto a los Estados. Se solicita a los jueces regionales ejercer su competencia sólo en caso de que los sistemas legales nacionales no otorguen protección a los derechos de origen supranacional.

En virtud de la integración jurídica comunitaria, los derechos se ejercen normalmente dentro de todas las relaciones, incluso las « horizontales », es decir, las relaciones entre los sujetos jurídicos con respecto a todo tipo de asuntos, públicos o privados. El enfoque subjetivo del derecho comunitario produce, no sólo un desarrollo cualitativo del derecho supranacional, sino también una evolución cuantitativa.

La integración jurídica de la Unión Europea, iniciada con el objetivo de crear un « mercado interior », es un espacio sin fronteras interiores en el que está garantizada la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales (véase el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea y el artículo 26 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Tal mercado interior no es un lugar físico en el que se intercambian bienes o servicios en un contexto exclusivamente económico. De hecho, la creación del mercado interior también incluye la adopción de medidas en los ámbitos de la cooperación judicial en materia civil, penal, comercial y fiscal que tengan implicaciones transfronterizas (véanse los artículos 81 y 82 del Tratado sobre el Funcionamiento

67. Tribunal de Justicia, sentencia de 19 de noviembre de 1991, C-6/90 y C-9/90, *Francovich y Bonifaci/Italia*, Rec., 1991, I-05357. V. también Tribunal de Justicia, sentencia de 8 de octubre de 1996, C-178 y 179, 188-190/94, Rec., 1996, I-4845.

68. Entre otros, véase, por ejemplo Tribunal de Justicia, sentencia de 11 de octubre de 1990, C-34/89, *Italia/Comisión*, Rec. 1990, I-3613.

69. Tribunal de Justicia, sentencia de 9 de diciembre de 2003, C-129/2000, *Comisión/Italia*, Rec. 2003, p. I -14672.

70. Tribunal de Justicia, sentencia de 24 de marzo de 1988, 104/1986, *Comisión/Italia*, Rec. 1988, p. 1799; Id. sentencia de 11 de mayo de 2006, C-197/03, *Comisión/Italia* Rec. 2006, p. I-60.

71. TPR del Mercosur, laudo n. 01/2007, p. 8.

72. Corte IDH, 19 de noviembre de 1999, *Los «Niños de la Calle»/Guatemala*, Serie C No. 63, párr. 220.

73. RUFFERT, M., "Rights and remedies in European community law: a comparative view", *Comm. Market Law rev.*, 1997, 308, afirma que «Without exaggeration, it can be said that rights and remedies are a fundamental topic in the ongoing development of Community Law».

74. Véase COLCELLI, V., *Situaciones legales subjetivas otorgadas por la Unión Europea*, ÁLVAREZ LEDESMA, M. I., CIPPITANI, R. (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ob.cit.

75. WEILER, J.H.H., *La costituzione dell'Europa*, trad. ital., Il Mulino, Bologna, 2003, 47.

de la Unión Europea, sucesivamente «TFUE» y el artículo 114 y sigs. TFUE), y, en particular, el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones en asuntos extrajudiciales y la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros (artículo 81, párr. 1 del TFUE). La Unión se basa en la compenetración económica y jurídica de los ordenamientos nacionales<sup>76</sup>.

Con el fin de alcanzar el objetivo de la construcción del mercado comunitario, los Tratados han proporcionado las «libertades», consideradas inmediatamente por el Tribunal de Justicia como derechos accionables por los sujetos jurídicos. Estas libertades, inicialmente atribuidas a los trabajadores y empresarios exclusivamente (empleados o trabajadores por cuenta propia), se han ampliado gradualmente a otras personas (practicantes<sup>77</sup>, jubilados<sup>78</sup>, miembros de la familia de los trabajadores, aunque ellos hubieran fallecido o sean jubilados<sup>79</sup>, turistas<sup>80</sup> y estudiantes<sup>81</sup>), debido a la «interpretación funcional» del juez comunitario<sup>82</sup>. Posteriormente, estas libertades fueron atribuidas a todas las personas que, a causa de la expansión de las competencias de la Unión, a través del Acta Única Europea (firmada en 1986), por el Tratado de Maastricht (firmado en 1992) y los Tratados posteriores, y sobre todo, debido a la introducción de la «ciudadanía de la Unión Europea» (véanse los artículos 9 y 20 del TFUE y la Carta de los Derechos fundamentales)<sup>83</sup>. Por lo tanto, la evolución del Derecho de la Unión Europea convirtió las libertades económicas en «derechos políticos» con el apoyo fundamental del Tribunal de Luxemburgo<sup>84</sup>.

Las libertades de circulación y establecimiento de los particulares incluyen implícitamente la capacidad legal para ser parte de cualquier tipo de relación jurídica: comprar o alquilar una casa, concluir cualquier otro tipo de contrato,

casarse, reconocer a un niño, aceptar una herencia, etc. El Derecho de la Unión Europea considera no sólo los intereses patrimoniales. De hecho, el Tribunal de Justicia, como se afirma en la sentencia Stauder<sup>85</sup>, muestra que entre los principios generales del Derecho de la Unión Europea deben ser incluidos los derechos fundamentales de las personas. Estos derechos deben ser considerados, aunque no sean siempre expresados de manera explícita en los Tratados, y basados en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y como principios inspirados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por lo tanto, la jurisprudencia ha reconocido, incluso en el Derecho de la Unión Europea, los derechos como la libertad de expresión<sup>86</sup>, el respeto de la vida privada<sup>87</sup>, los derechos de propiedad y el ejercicio de una actividad profesional. El Tribunal de Justicia anticipó al legislador de la Unión Europea, quien empezó a tener en consideración los derechos humanos sólo a partir de los años 90 del siglo pasado (el Artículo 6, párrafo 1, del Tratado UE; las condiciones para la adhesión a la Unión Europea en el marco del Consejo Europeo de Copenhague y la cláusula en el respeto de los derechos humanos, incluida en los acuerdos internacionales)<sup>88</sup>. Sólo en 2001 se adoptó una específica fuente jurídica concerniente a estos derechos (la Carta de los Derechos Fundamentales), y que solamente en 2009 se convirtió en una fuente constitucional sobre la base del Tratado de Lisboa.

Hoy en día, el Tratado de Lisboa establece un vínculo formal entre la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en base al cual la primera incorpora los derechos establecidos por el segundo. La ciudadanía de la Unión Europea es una idea dinámica que está en constante desarrollo y que añade nuevas dimensiones continuamente: en los últimos años las fuentes legales y la literatura jurídica, por ejemplo, hacen referencia a los nuevos tipos de derechos, así como la libertad de movimiento en la «Sociedad del conocimiento»<sup>89</sup>, o la necesidad de extender aún más el derecho de los ciudadanos no pertenecientes a la UE<sup>90</sup>.

Como se puede observar, la integración supranacional, según el modelo de la Unión Europea, no sólo implica el reconocimiento de derechos específicos derivados de la ley regional o de los derechos humanos establecidos en los planes internacional y regional. Más bien, la ciudadanía de la

76. Tribunal de Justicia, sentencia de 18 de mayo de 1982, 155/79, *AM&S Limited/ Comisión*, Rec. 1982, p. 1575, párr. 18.

77. V. Tribunal de Justicia, sentencia de 3 de julio de 1986, 66/85, *Lawrie-Blum*, Rec. 2121, párr. 19; Id. sentencia de 26 de febrero de 1992, C-3/90, *Bernini*, Rec. 1992, I-1071, p. 15; Id. sentencia de 17 de marzo de 2005, C-109/04, *Kranemann*, Rec. 2005, p. I-2421, párr. 15 e 16.

78. Tribunal de Justicia, sentencia de 15 de marzo de 2001, C-165/98, *Mazzoleni e ISA*, Rec., 2001, I-2189.

79. Tribunal de Justicia, sentencia de 9 de enero de 2003, C-257/00, *Nani Givane e aaltri/Secretary of State for the Home Department*, Rec. 2003, p. I-345.

80. Tribunal de Justicia, sentencia de 19 de enero de 1999, C-348/96, *Calfa*, Rec. 1999, I-11; Id., sentencia de 2 de febrero de 1989, 186/87, *Cowan*, Rec. 1989, p. 195, párr. 15.

81. Tribunal de Justicia, sentencia de 13 de febrero de 1985, 293/83, *Gravier/Ville de Liège*, Rec. 1985, p. 593; Id. sentencia de 2 de febrero de 1988, 24/86, *Blaizot/Université de Liège otr.*, Rec. 1988, p. 379.

82. Tribunal de Justicia, sentencia de 23 de marzo de 1982, 53/81, *Levin/Netherlands*, Rec., 1985, 1035.

83. Sobre la noción de ciudadanía de la Unión Europea, véase entre los demás, MOLINA DEL POZO, C.F., "La ciudadanía europea como elemento esencial y experiencia para el desarrollo de los procesos de integración: ampliación de su regulación en el marco de la Unión Europea", ÁLVAREZ LEDESMA, M. I., CIPPITANI, R. (coord.), *Derechos Individuales e Integración Regional (Antología)*, ob.cit., pp. 167 y sigs.

84. POIARES MADURO, M., *We The Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Hart and Publishing, Portland, 1998, p. 166.

85. Tribunal de Justicia, sentencia de 12 de noviembre de 1969, 29/69, *Stauder / Stadt Ulm*, Rec., 1969, 419.

86. Tribunal de Justicia, sentencia de 26 de junio de 1997, C-368/95, *Vereinigte Familienpress Zeitungsverlags- undvertriebs GmbH / Bauer Verlag*, Rec. 1997, p. I-3689.

87. Por ejemplo, Tribunal de primera instancia, sentencia de 15 de mayo de 1997, T-273/94, *N / Commission*, Rec. 1997, p. II-289, véase párr. 68, 71-74

88. FIERRO, E., "Legal Basis and Scope of the Human Rights Clauses en EC Bilateral Agreements: Any Room for Positive Interpretation?", *European Law Journal*, Vol. 7, n. 1, marzo de 2001, pp. 41-68.

89. Véase ADUNMO, K.A., "Libre circulación del conocimiento", ÁLVAREZ LEDESMA, M. I., CIPPITANI, R. (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ob.cit.

90. Véase la propuesta de MOLINA DEL POZO, C.F., "La ciudadanía europea como elemento esencial y experiencia para el desarrollo de los procesos de integración: ampliación de su regulación en el marco de la Unión Europea", ob. cit.

Unión Europea es una nueva condición individual que recoge los derechos y las obligaciones reconocidas e implementadas por las instituciones supranacionales y nacionales, en especial por los jueces.

Según el Tribunal de Justicia el status de la ciudadanía de la Unión Europea es la situación jurídica fundamental de los nacionales de los Estados miembros<sup>91</sup>. Los derechos establecidos en el derecho interno no sólo tienen que ser aplicables a todos los ciudadanos (nacionales o no), sino también, no deben estar en conflicto con el Derecho de la Unión Europea<sup>92</sup>.

Si las normas internas tienen el efecto de privar a los ciudadanos del disfrute de los derechos relacionados con la condición de ciudadano de la Unión Europea, o si incluso dicha normativa afecta el derecho de circulación y la residencia libre en el territorio de un Estado miembro<sup>93</sup>, tales normas no serían aplicadas<sup>94</sup>. Los derechos y obligaciones relativos a la ciudadanía europea hacen referencia a todas las relaciones jurídicas de las personas, tanto públicas como privadas, horizontales y verticales.

## 5. La función de los jueces en los procesos de integración internacional

La contribución de los tribunales a la integración legal de una región, por supuesto, va más allá de la función judicial. En efecto, la jurisprudencia regional tiene un impacto muy significativo sobre las reflexiones doctrinales. En la Unión Europea, la «Comisión Lando», por ejemplo, se inspira en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para la elaboración de los principios de Derecho contractual en materia de responsabilidad civil<sup>95</sup> o de fuerza mayor<sup>96</sup>. Por último, la autoridad de los jueces regionales influye en el ejercicio de otros poderes, en particular el poder ejecutivo y legislativo.

En la Unión Europea, la Comisión y las Instituciones legislativas reconocen el papel esencial de la jurisprudencia para aplicar el Derecho regional y desarrollar nuevas fuentes jurídicas<sup>97</sup>. Incluso la jurisprudencia regional tiene una

gran influencia en el desarrollo del derecho positivo nacional<sup>98</sup>. Los estudiosos suelen malinterpretar ese enfoque interpretativo. De hecho, en Europa, generalmente, se opina que el Tribunal de Justicia, ocupándose de un ordenamiento jurídico fragmentado y con muchas «lagunas» (lo cual es comunitario)<sup>99</sup>, llevaría a cabo un law making power<sup>100</sup>, que sustituiría lo de las instituciones legislativas. Opiniones similares se expresan en relación con el Tribunal EDH<sup>101</sup>.

Tal como sucedió en Europa, también en América Latina muchos autores son críticos con respecto al activismo judicial de las cortes regionales, al que consideran antidemocrático y antiliberal<sup>102</sup>. Sin embargo, el llamado law making power de los órganos judiciales, como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, parece un error visual de los académicos, quienes tienen dificultades cuando se acercan al fenómeno de la integración regional con el enfoque tradicional.

De hecho, el Tribunal de Justicia puede influir eficazmente en el ordenamiento jurídico europeo y su poder se caracteriza por una facultad discrecional especialmente amplia, actuando como juez constitucional y como juez de legitimidad de último grado.

Así como los tribunales constitucionales nacionales<sup>103</sup>, los tribunales regionales no crean derecho ex novo, sino que ellos tienen el objetivo elaborar una «concreción» aplicable para solucionar casos concretos. Las fuentes legales del Derecho regional, especialmente los tratados y los textos relativos a los derechos humanos, utilizan expresiones abiertas, que se tienen que rellenar de un sentido técnico en consonancia con la finalidad del sistema jurídico transnacional<sup>104</sup>.

de 2003, especialmente el subpárrafo 4.

98. Véase por ejemplo CIPPITANI, R., "La nueva ley francesa en tema de bioética en el contexto europeo", *Criminogenesis*, n. 8, 2011, al caso de la aprobación de la nueva ley francesa en materia de bioética. El Parlamento y los órganos consultivos (como el *Conseil d'Etat*) en todos los documentos tratan de proponer un texto que sea coherente con la jurisprudencia del TEDH

99. CAPOTORTI, F., "Il diritto comunitario non scritto", *Diritto commerciale e degli scambi internazionali*, 1983, p. 409 y sig., en particular p. 411; AKEHURST, M., "The Application of the General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities", *The British Year Book of International Law*, 1981.

100. BETTATI, M., "Le «law-making power» de la Cour", *Pouvoir*, 1989, p. 57 y sigs.

101. Véase entre todos, MAHONEY, P., "Marvellous richness of diversity or invidious cultural relativism?", *Hum. rights. Law jour.*, 194, 1998, p. 6 y sigs.; LEISAS, G., "The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the ECHR", *Eur. jour. int. Law*, 15, 2, pp. 279-280.

102. SALGADO LEDESMA, E., "La probable inejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuestiones Constitucionales", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, no. 26, junio-diciembre 2012, p. 231.

103. Con respecto al enfoque interpretativo de los Tribunales Constitucionales, véase CASTILLO CÓRDOVA, L., "La relación entre el ámbito jurisprudencial internacional y nacional sobre derechos humanos", ALVAREZ LEDESMA, M. I., CIPPITANI, R. (coord.), *Derechos Individuales e Integración Regional (Antología)*, ob.cit., pp. 293-342.

104. ZAGREBELSKY, G., "El juez constitucional en el siglo XXI", E. FERRER MAC-GREGOR, C. DE J. MOLINA SUÁREZ (coord.), *El juez constitucional en el siglo XXI*, Universidad Nacional Autónoma de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2009, p. 4 y sigs.

91. Tribunal de Justicia, 20 de septiembre de 2011, C-184/99, Grzelczk, Rec. 2011, I-6193, 31; Id. 17 de septiembre 2002, C-413/99, *Baubast e R*, Rec., I-7091, 82.

92. Tribunal de Justicia, sentencia de 11 de julio de 2002, C-224/98, D'Hoop, Rec. p. 2002, I-6191, párr. 28; Id. sentencia de 23 de abril 2009, C-544/07, *Rüffler*, Rec. 2009, p. I-3389, párr. 62; Id. sentencia de 21 de julio de 2011, C-503/09, *Lucy Stewart v. Secretary of State for Work and Pensions*, Rec. 2011, no publicada todavía.

93. Tribunal de Justicia, sentencia de 5 de mayo de 2011, C-434/09, *Shirley McCarthy*; Id. sentencia de 2 de mayo de 2003, C-148/02, *García Avelló*, Rec., 2003, I-11613.

94. Tribunal de Justicia, 21 sentencia de de julio de 2011, C-503/09, *Lucy Stewart/Secretary of State for Work and Pensions*, Rec. 2011, p. I-6497, párr. 83 y 84.

95. Véase *I principi di diritto europeo dei contratti*, Italian edition, coord. por CASTRANOVO, C., Giuffrè, Milano, 2001, p. 98.

96. LANDO, O., "The rules of European contract law", en *Comisión Europea, Study of the systems of private law in the EU with regard to discrimination and the creation of a European Civil Code*, 1999, p. 13 sigs.

97. Véase Comunicación de la Comisión europea, *A more coherent European contract law – An action plan*, COM (2003) 68, 12 de febrero

Sin embargo, sólo los jueces regionales, y en particular el Tribunal de Justicia, ejercen un poder judicial, es decir, interpretan y aplican la ley<sup>105</sup>. Ellos, como todo interprete de cualquier texto<sup>106</sup>, completan el lenguaje legislativo<sup>107</sup> que siempre está «incompleto»<sup>108</sup>, porque no expresa todos los casos a los cuales se podría aplicar la norma. La gran discrecionalidad de los jueces es una característica de la jurisdicción moderna que surge de la necesidad de atribuir coherencia a los sistemas jurídicos cada vez más complejos y articulados en niveles múltiples<sup>109</sup>. Además, los jueces regionales tienen una «autoridad científica y la moral»<sup>110</sup> que produce efectos en todo el sistema regional. La opinión de tales jueces influye sobre la interpretación de los jueces nacionales y la doctrina jurídica<sup>111</sup>.

Finalmente, la interpretación de los jueces nacionales y regionales se puede considerar como el fulcro de una nueva dogmática jurídica para la nueva época histórica, como correctamente se ha propuesto<sup>112</sup>. La época contemporánea se caracteriza, desde la perspectiva jurídica, por la integración de los ordenamientos jurídicos, y no simplemente por la globalización mercantil sin reglas. El fenómeno de la integración jurídica es más complejo y corresponde a la crisis irreversible del paradigma legalista, jerarquizado, territorial del Estado nacional soberano<sup>113</sup>.

El nuevo paradigma del derecho de la integración está naciendo en las sentencias de las Cortes regionales y de los tribunales en América y en Europa. ■

105. Véase en particular EVERLING, U., *The Court of Justice as a Decision making Authority*, Michigan Law Review, 1984, 82, 1294-1310. p. 1309 sigs. Sobre la diferencia entre la creatividad y la función legislativa, véase CAPPELLETTI, M., "Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente", *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1982, p. 774 sigs.

106. Umberto Eco muestra como todo texto es un «mecanismo pigo (o económico)» con espacios blancos que tienen que ser rellenados por el intérprete Eco, U., *Lector in fabula*, IV ed., Bompiani, Milano, 1989, p. 52.

107. Véase BETTI, E., "Sui principi generali del nuovo ordine giuridico", *Riv. dir.comm.*, 1940, I, p. 212. Véase también DAVID, R., JAUFFRET-SPINOSI, C., *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Cedam, Padova, 1995, p. 125 sigs., que se refiere a la «cooperación» entre legislador e intérprete.

108. BOBBIO, N., "Scienza del diritto e analisi del linguaggio", *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1950, p. 360 y sigs.

109. BISOGNI, G., "Jurisdicción moderna", *Diccionario Histórico Judicial de México: ideas e instituciones*, ob.cit., Tomo II.

110. HITTER, J. C., "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)", *La Ley*, LXXII, n° 179, 17 de septiembre 2008, p. 19.

111. *Ibidem*.

112. PAMPILLO BALIÑO, J.P., *Historia general del derecho*, cit., p. 343 y siguientes

113. PAMPILLO BALIÑO, J.P., *La integración jurídica del Continente Americano: una invitación a la ciencia jurídica para construir un nuevo jus commune*, en *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 2011, n. 3, p. 603 y siguientes.

## “¿Una justicia comunitaria?\*”

Por **Silvio Ciappi**

Doctor en Derecho Universidad De Siena. Lic. especializado en Psicología Clínica en Criminología y Psiquiatría Forense en Chieti y Génova.  
[sciappi@yahoo.it](mailto:sciappi@yahoo.it)



\*Extracto del libro *La Nueva Penalidad*, Universidad Externado, Bogotá, 2011

Las cuestiones planteadas por los críticos respecto del modelo reparativo, procedentes por lo general de los partidarios del modelo retributivo (Von Hirsh, 2003), se centran fundamentalmente en la vaguedad de los programas reparativos y su supuesta inaplicabilidad en determinados casos límite.

El primer riesgo está dado por la posibilidad de que los programas reparativos se integren en los mecanismos de la justicia formal generando una escisión de fondo (*bifurcation*) entre los autores de delito con ciertas características (como la pertenencia a una determinada raza, extracción social, edad, etc) para los que se abren las puertas de una justicia soft, mientras que, para otros detenidos (marginales, reincidentes, extranjeros, etcétera) el sistema de justicia mantiene un carácter punitivo. En síntesis, el temor es que se revolucione el principio de una justicia igual para todos, en virtud de consideraciones inspiradas por razones de gobierno o por estereotipos de supuesta peligrosidad, según los cuales se justifica o no la oportunidad de recurrir a procedimientos alternativos.<sup>1</sup>

Al riesgo de la *bifurcation* se añade, especialmente en Italia, que los programas reparativos en realidad no son instrumentos de resolución alternativa de conflictos. Esto se debe a que los programas existentes afectan a un número reducido de procedimientos y a que, a menudo, se habla de proyectos de mediación autor-víctima, que si bien es un instrumento reparativo, a nivel internacional en la actualidad es considerado el instrumento de menor eficacia en el plano de la gestión alternativa de los conflictos (Johnstone y Van Ness, 2007).

Un segundo riesgo se debe, como han subrayado por Austin y Krisberg (1982), a que los programas de mediación en realidad no hacen más que extender la red de control formal (*net-widening*), y, en cuanto objeto de resolución de controversias no serían sólo cuestiones penales sino de policía, servicios sociales; y los procuradores tenderían a utilizar los programas reparativos también para conflictos de naturaleza no estrictamente penal. En este orden de pensamiento se afirma que esta especie de privatización del derecho penal no garantiza suficientemente los derechos del individuo, primeros entre todos los del autor del delito; sin contar, luego, que también una «condena» de tipo informal puede producir los mismos efectos estigmatizantes de una condena de tipo formal (Trenczek, 1990).

Las críticas que se habían planteado inicialmente a los distintos modelos reparativos correspondían a su escasa utilidad en los casos de delitos graves, aunque en los últimos años muchas limitaciones en este sentido se han abandonado.<sup>2</sup>

1. Algunos estudios señalan (para todos Hudson y Galaway, 1980) cómo la mayor parte de los sujetos admitidos a los programas de mediación, son de raza blanca y pertenecen a la *middle-class*, mientras que sólo rara vez la admisión ha abarcado a sujetos pertenecientes a minorías étnicas.

2. Esta limitación parece criticable en cuanto la naturaleza de un modelo creado principalmente para satisfacer las necesidades de la víctima

En definitiva, si es cierto que el modelo reparativo nace para responder a las necesidades de la víctima, también es cierto que proteger a la víctima significa también proteger su libertad de decisión evitando que sea determinada por presiones de cualquier naturaleza. Se han planteado críticas en este sentido, respecto a la aplicación de instrumentos reparativos en los casos de *domestic violence*, sobre todo cuando éstos se refieren a episodios de violencia entre cónyuges. Lo que preocupa es que en el seno de la mediación se sacrifican en nombre de la paz y la armonía familiar, los derechos de quien ha sufrido efectivamente un delito: en el celo de buscar un acuerdo satisfactorio entre las partes, la mulo puede ser empujada a secundar a su agresor para no provocar más violencia. El efecto principal de la mediación sería por lo tanto la adecuación de la víctima a las necesidades y demandas de su agresor (Lerman, 1984; Stallone, 1984).

Una ulterior crítica dirigida al modelo reparativo es la falta de un objetivo concreto y determinado: a veces su atención se pone en la satisfacción de las necesidades de la víctima, otras en la reeducación del autor del delito, y otras sobre la disminución del trabajo de los tribunales. Se afirma en realidad que el fin de la justicia reparativa es pedagógico, considerado peligrosamente ajeno a la lógica del derecho penal (Duff, 2001). Otras críticas al modelo insisten en que se puede hablar de una verdadera reparación solo cuando los actores del conflicto proceden de contextos sociales cohesionados, de tipo comunitario, donde la percepción del sentido de vergüenza surgida de la desaprobación de una comunidad significativa puede servir de resorte para una actividad reparativa. Cuando, en cambio, ese sentido de desaprobación comunitaria falta, porque falta una comunidad significativa de referencia, y por lo tanto se trata de contextos caracterizados por estructuras escasamente reparativas en el plano social, la reparación termina sin alcanzar los efectos deseados (Skogan, 2003).

Por ser un modelo 'alternativo' de justicia, el modelo reparativo no debe ser entendido como un modelo pedagógico destinado a la mejora individual y el reconocimiento del otro. Debe servir como un modelo de justicia que plantea como objetivo la reducción de la conflictividad, la predisposición de instrumentos para la evaluación de la disminución del riesgo de reoffending, la oferta a la víctima de instrumentos concretos de reparación del daño. Es por este motivo que cualquier instrumento de justicia reparativa debe encargarse de la evaluación de sus propios resultados en términos de reducción de la reincidencia, de mejora de la calidad de vida y de la seguridad dentro de una comunidad determinada.<sup>3</sup> En síntesis, el sistema alternativo de justicia

---

toma en cuenta su voluntad, también en caso de delitos más graves. Se considera que no tienen base las limitaciones legislativas de elegibilidad a los programas de mediación basados en el criterio de la gravedad del delito; al respecto hay que observar como la evaluación de la víctima alrededor de la gravedad de un hecho, no siempre corresponde al orden de gravedad legalmente establecido y que, por tanto es la víctima quien decide qué considera más justo hacer, si participar en un programa reparativo o depender del aparato judicial tradicional.

3. El modelo reparativo como forma alternativa de justicia es a la

penal debe compartir los fines generales del sistema de justicia. Por este motivo, debe revestir una importancia y una importancia intrasistémica para que se coloque permanentemente y sea valorado dentro de los sistemas de justicia formal. El riesgo es que quede como un accesorio bonito, un elemento simbólico pero inútil sobre casos esporádicos y cuestiones que pueden ser tratadas por el jurista y por el operador con cortesía, pero con sustancial indiferencia (una especie de modelo 'aristocrático' de justicia penal que selecciona a pocas y determinadas personas que han cometido determinados delitos).

Una última crítica se refiere al concepto de 'comunidad' considerado el sustrato ideológico fundamental de las prácticas reparativas. El riesgo es el de considerar la comunidad donde ocurre el conflicto como una entidad homogénea, donde se cree que se podrán anular las diferencias mediante su relativización dentro de un horizonte de valores no conflictivos, que impone la forma de las relaciones sociales, la confrontación, la reparación, el sentido de culpa. Con frecuencia, estas comunidades mezcladas son más ilusorias que reales. A menudo el sentido profundo del 'nosotros', del vínculo social y de la solidaridad de la protección de las diferencias, es patrimonio sólo de contextos comunitarios fuertes (de algunos grupos religiosos, ideológicos, partidistas que buscan dimensiones integristas), en el cual los bienes comunitarios están establecidos coercitivamente a priori. En muchos casos, los grupos sociales se mueven según lógicas sin nombre, individualistas, segmentadas, que, en el mejor de los casos, responden a la comunidad específica de referencia y no están encabezados por la conciencia de una afiliación común y solidaria según una *koiné* de valores comunes e identidad. La comunidad, la comunidad ideologizada, asumida como categoría de mediación política de los conflictos sociales y de la relatividad de las culturas, concebida como una realidad ontológica, constituye el otro límite filosófico de las teorías sobre la justicia comunitaria.

El modelo de justicia reparativa, aunque permite un cierto optimismo, presenta límites a nuestro dictamen no tan fáciles de manejar. Hoy en día el modelo reparativo parece adaptarse perfectamente a los delitos de menor gravedad, donde la identificación del reo es ciertamente más fácil y donde la víctima puede desempeñar un papel realmente primario en el seno de la mediación. Para estos tipos de delitos, la literatura es casi unánime cuando afirma el éxito de este enfoque. Este es un resultado significativo, porque son precisamente los delitos de menor gravedad (la 'micro criminalidad' o 'criminalidad difusa') los que más influyen en la vida cotidiana. Recurrir a técnicas de mediación para delitos de menor gravedad, los delitos de robo, los daños, los delitos callejeros (Street crimes), podría abrir la posibilidad de reducir la carga del trabajo judicial, reduciendo al mínimo la necesidad de imponer sufrimientos legales para

---

composición formal de los delitos lo que las medicinas y las terapias alternativas son al sistema médico. Las terapias y medicinas alternativas pueden constituir un tratamiento y por tanto ser consideradas formas alternativas de terapia cuando, precisamente, realizan objetivos terapéuticos.

necesidades de control social (Christie, 1982), mediante la reducción, pero no la abolición, del área de intervención del sistema penal y la pena carcelaria. Sin embargo, quedan fuertes dudas sobre la extensión de este tipo de justicia a los delitos graves, los delitos de delincuencia organizada y delitos especiales como los White collar crimes, delitos en que, además de los intereses de la víctima, entran en juego intereses generales insuprimibles de protección a la colectividad.

Lo que en realidad ha fracasado en los tres sistemas de justicia penal son los presupuestos, el ofrecer a priori remedios para todos los males, soluciones válidas y definitivas ancladas a grandes filosofías humanas, a los grandes progresos de la ciencia, ignorando que la realidad es demasiado compleja para dejarse avasallar por las grandes síntesis que interpretan todo. Por otro lado, la idea de una justicia reparatoria es cosa antigua, la encontramos en los escritos de Raffaele Garofalo, de Enrico Ferri, de Melchiorre Gioia y de Herbert Spencer. Es sobre todo Raffaele Garofalo (1884:17), en su libro dedicado a la reparación de las víctimas del delito, quien afirma la necesidad del 'volver a poner las cosas, en lo posible, en su estado anterior, es decir, reparar el daño producido por el delito'. Ciertamente, en esa óptica, reparar quería decir, hacer algo para las víctimas, aun dentro de una concepción 'positivista' de la retribución, en la cual la reparación constituía un referente de valorización de la víctima.

Es, en cambio, desde la primera mitad de los años setenta que la justicia reparatoria comienza a coincidir con propósitos más generales sobre la pretensión punitiva del Estado, y a plantearse por lo tanto, por un lado respaldada por los movimientos abolicionistas que hacen referencia más o menos indirectamente a criminólogos críticos, como 'modelo'. Justicia reparatoria versus retributiva, versus justicia tratamental. Tres modelos que pertenecen a tres distintas formas verbales del actuar: castigar, curar, mediar.

El tema es por lo tanto de apremiante actualidad, también porque nace y se afirma en virtud de las carencias de los otros dos modelos, por así decir, clásicos de justicia penal, el retributivo y el rehabilitativo. En el primer caso, el modelohademostrado su impotencia para llevar a cabo una acción de cohibición de la alarma y del control social. En el segundo caso, en ofrecer instrumentos válidos de predicción de peligrosidad social, del reoffending, de la reincidencia (relapse prevention).

El riesgo metodológico y epistemológico del que habría que temer es el de la modelización la reducción de estas prácticas de mediación a simples modelos. Es decir la configuración de las prácticas de mediación y de justicia reparatoria como 'modelo'. Por modelo se entiende generalmente la simplificación de una estructura de la que pretende ser, precisamente, modelo (Robilant, 1968). El término modelo quiere ser, precisamente, estructura-ejemplo de algo existente: se puede decir que en un modelo retributivo el fin debería ser la disuasión, que en un modelo rehabilitativo el tratamiento del detenido, etcétera. En todos estos casos, la elaboración de un modelo se inscribe en un horizonte metodológico prescriptivo que nos dice qué contenido la justicia debe tener, cuáles son los fines y cuáles los propósitos.

En este sentido, hablar de 'modelo' de justicia reparatoria como descripción de lo existente es utilizar una metáfora para describir lo que es una plétora de prácticas y buenas intenciones a menudo no coherentes entre sí. No sólo en algunos casos a la magistratura (en particular a la de menores) no le resulta claro el papel que la mediación puede tener, cuántos y cuáles casos puede utilizar mediante ella, confinando con frecuencia esta práctica a una forma de resolución de microconflictos, que encuentran, luego, en las formas jurídicas de diversión su resolución procesal. Más vale entonces, se sostiene, prescindir de la mediación. Además, es escasa la utilización del instrumento reparatorio, por lo que se refiere a los menores, que parecen ser la tendencia de crecimiento de la población penal y penitenciaria italiana. Los menores extranjeros en el sector de la justicia penal de menores constituyen el punto débil de esta tendencia causada por una concepción del derecho penal y del control social más inspirada por lógicas de seguridad que por formas soft de gestión del control (Ciappi, 2006). En este caso, para que se pueda hablar de modelo reparatorio, es necesario 'liberar' las prácticas de justicia reparatoria de su restringido nicho de aplicación y ponerlas como 'modelo' crítico de una justicia penal que está absolviendo cada vez más, en primer lugar (no sólo en Italia, sino un poco en todas las democracias liberales de occidente) las funciones -no propias- de respuesta a cuestiones de carácter social (Wacquant, 2003). O bien se podría decir, de manera más simple, que estas prácticas no se plantean como un modelo descriptivo, que son universos dialécticos, que tienen su lógica no siempre ni necesariamente, susceptible de modelización. ■

# “Contribución a una epistemología jurídica del sufrimiento humano: La fundamentación de los DESC (*Derechos Económicos, Sociales y Culturales*) en los procesos de justicia transicional.”

*Por Antonio Madrid Pérez*

Profesor titular de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona. Coordinador general de la Clínica jurídica dret al Dret de la Universidad de Barcelona.  
*antoniomadrid@ub.edu*

## Introducción

Nadie discute que la medicina, en tanto que saber teórico-práctico, entiende del sufrimiento de las personas. Un estudiante de medicina pronto comprende esta relación. Incluso es posible que la elección de sus estudios tenga que ver con una inclinación a ayudar a las personas a superar y/o prevenir situaciones físicas y/o mentales de padecimiento. En el caso del derecho esta relación no es tan evidente. No es habitual que un estudiante de derecho, o un jurista ya formado, piense que su formación y su actividad profesional tienen que ver con el padecimiento de la gente. Resulta llamativa la distancia que existe entre las herramientas jurídicas y el fenómeno del sufrimiento en el conocimiento jurídico.

El jurista, en tanto que posee un conocimiento especializado, se relaciona con la realidad mediante conceptos, modelos interpretativos, elecciones valorativas, métodos de prueba y preconcepciones que le llevan a tratar los fenómenos sociales a través de conceptos como: 'daño', 'pena', 'derechos', 'dolo', 'delito', 'lesión', 'negligencia', 'responsabilidad' y otras herramientas conceptuales que poseen una construcción jurídica diferenciada respecto del uso coloquial del lenguaje. Sin embargo, estos conceptos, aunque casi nunca sean presentados bajo esta perspectiva en los procesos de formación jurídica, mantienen una relación esencial con el fenómeno personal y social que es el sufrimiento. Además de cumplir funciones técnicas, estos conceptos median en la forma en la que el jurista aborda y gestiona el fenómeno social del sufrimiento.

## 1. La normalización jurídica del sufrimiento.

En este texto se asume una premisa que ha sido desarrollada ampliamente en La política y la justicia del sufrimiento (Madrid, 2010): el derecho es un instrumento de institucionalización y normalización del sufrimiento. En el libro citado se pueden encontrar las referencias ampliadas que permiten discutir en profundidad el alcance de esta premisa. Estas referencias no serán repetidas aquí. Baste, a los propósitos de este artículo, con resumir tres argumentos centrales.

### 1.1. El sufrimiento como objeto de regulación jurídica.

El derecho convierte al sufrimiento en objeto directo o indirecto de su regulación en la medida en que regula relaciones sociales de las que forman parte las experiencias de sufrimiento y resuelve, o trata de resolver, conflictos en los

que el sufrimiento suele aparecer como consecuencia y, en ocasiones, también como factor desencadenante. Esta relación entre derecho y sufrimiento se evidencia en los procesos de justicia transicional. Las situaciones de conflicto que se tratan de resolver mediante los mecanismos transicionales abordan situaciones de padecimiento intenso y, en ocasiones, afrontan también las situaciones de padecimiento que pudieron contribuir a la gestación del conflicto. Por ejemplo, la elaboración de los registros de víctimas, en tanto que instrumento necesario dentro de los procesos transicionales, afronta buena parte de las dificultades concretas que surgen en un proceso de paz: ¿Quiénes son reconocidos como víctimas? ¿Qué daños son atendidos? ¿Cómo son atendidos? ¿Qué marco temporal se atiende? En el caso del registro único de víctimas peruano, se decidió atender los daños derivados de la violencia ocurrida entre mayo de 1980 y noviembre de 2000<sup>1</sup>. Se reconoció como víctima del conflicto a

*" (...) las personas o grupos de personas que hayan sufrido actos u omisiones que violan normas de los Derechos Humanos, tales como desaparición forzada, secuestro, ejecución extrajudicial, asesinato, desplazamiento forzoso, detención arbitraria, reclutamiento forzado, tortura, violación sexual o muerte, así como a los familiares de las personas muertas y desaparecidas durante (...)".*

Pero no se reconoció como víctima, a los efectos de esta ley, a los 'miembros de organizaciones subversivas'. Se estableció quién podía ser considerado víctima directa y quién indirecta (por ejemplo, los hijos concebidos mediante violación sexual). También se establecieron los efectos jurídicos de esta distinción entre víctima directa y víctima indirecta. A estas cuestiones, como sucede en los procesos de justicia transicional, se sumaron muchas otras que ejemplifican abundantemente la relación entre derecho y sufrimiento.

En el caso colombiano, la determinación de la condición de víctima se realizó mediante la Ley 1448 de 2011:

*"Se consideran víctimas, para los efectos de esta ley, aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1º de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno".*

## 1.2. Representación, interpretación y decisión.

La segunda cuestión que se resume, para presentar mínimamente la perspectiva de estudio seguida en este artículo, es la cuestión de cómo aborda el derecho el fenó-

meno personal y social que es el sufrimiento. Esta relación se construye a partir de tres operaciones fundamentales: la representación, la interpretación y la decisión. Mediante la representación se forma la idea jurídica del sufrimiento. La interpretación de normas y hechos precisa la situación a resolver y la resolución del caso. Y por medio de la decisión (un acto legislativo o una sentencia, por ejemplo) se establece qué padecimientos son jurídicamente relevantes y qué respuesta jurídica se les da. Las tres operaciones poseen características teórico-prácticas y están interrelacionadas. Sin la representación jurídica del sufrimiento, sería imposible crear normas que hablasen del sufrimiento y de qué hacer con él. Sin interpretación, el derecho no saldría del texto para ser aplicado a los casos concretos. No se ha de olvidar que el derecho no camina solo. El derecho es palabra aplicada. Sin la decisión, ni se establecería qué sufrimientos son relevantes jurídicamente no todos los sufrimientos adquieren el mismo estatus jurídico ni se producirían efectos en la vida de las personas.

## 1.3. El derecho normaliza el sufrimiento.

En tercer lugar, se destaca que el derecho normaliza el sufrimiento: lo somete a norma y, al hacerlo, lo normaliza. Lo hace en la medida en que crea normas que representan el sufrimiento, que son utilizadas en la interpretación de los hechos y deciden qué se ha de hacer ante este fenómeno. En la medida en que se crean y aplican estas normas, el sufrimiento pasa a ser, en términos jurídicos, una experiencia normalizada. El derecho penal o el derecho de daños, por ejemplo, son expresiones de este quehacer jurídico.

## 2. ¿Qué se entiende en este artículo por epistemología jurídica del conocimiento humano?

Una vez presentados en forma sintética los tres argumentos anteriores, es preciso aclarar en qué sentido se utiliza en este artículo la expresión 'epistemología jurídica del sufrimiento humano'. Por epistemología, en este artículo, se entienden los fundamentos del conocimiento jurídico: en concreto, los fundamentos del conocimiento jurídico del sufrimiento. No se aborda aquí la cuestión de la metodología utilizada para adquirir este conocimiento. Si el derecho aborda el fenómeno del sufrimiento como objeto de su actividad, es posible hablar de un conocimiento jurídico sobre ese fenómeno. Y, como se verá, este conocimiento también asume una pregunta: ¿Para qué sirve el sufrimiento cuya causación queda legitimada jurídicamente (la privación de libertad en tanto que contenido de la sanción penal, por ejemplo)?

Por tanto, la epistemología jurídica del sufrimiento humano se pregunta acerca de las respuestas que el derecho da a preguntas como: ¿Qué padecimientos son relevantes jurídicamente? ¿Por qué han de serlo? ¿Qué sufrimientos puede imponer el Estado a sus súbditos, en qué casos y cómo se legitiman estos usos? ¿Qué es justo hacer ante los

1. Vid. la Ley del Congreso de la República del Perú n° 28592 por la que se crea el Plan Integral de Reparaciones, el 28 de julio de 2005.

2. Artículo 3 de la Ley peruana n° 28592.

padecimientos directos o indirectos derivados de un conflicto armado? ¿Qué entendemos en términos jurídicos por 'víctima'?

La preocupación acerca de la epistemología jurídica es relevante desde el momento en que se toma conciencia de que el derecho mantiene una relación dual con el sufrimiento. Por una parte, el sufrimiento es un fenómeno dado al derecho: la persona que clama justicia ante un tribunal constituye un interrogante para el derecho y para quienes lo aplican en su función de autoridad. Por otra parte, el derecho, en tanto que instrumento de actuación del Estado, hace uso de la capacidad de coerción. Esta capacidad se traduce en el uso legalizado del dolor. La imposición de la pena de privación de libertad o la ejecución de un desahucio de la vivienda familiar por impago son ejemplos de este uso legalizado del dolor al que se hace referencia.

En estas dos relaciones con el padecimiento humano, el derecho responde a un elemento previo que frecuentemente queda escondido o poco explicitado: la asunción de una o varias premisas cognoscitivas que actúan como fundamentos de la relación entre derecho y sufrimiento. La cuestión del sufrimiento queda inmersa frecuentemente en las categorías básicas a partir de las cuales se construye el discurso jurídico-político: soberanía, autoridad, estado, pena, ciudadanía, derechos, estado de naturaleza, contrato social, justicia, libertad, igualdad... Esto hace que la pregunta acerca de qué hacer con el sufrimiento y la descripción de lo que se hace con él aparezca frecuentemente como una cuestión de segundo orden, cuando no una cuestión ignorada. En realidad, y esta es una de las tesis de fondo de este artículo, las respuestas que el derecho ofrece a la cuestión del sufrimiento están condicionadas por las premisas cognoscitivas que se dan por válidas y que frecuentemente no se discuten. Junto a esto, destacan los conflictos de intereses en juego y la jerarquización de los objetivos a alcanzar mediante los instrumentos jurídicos en cada escenario concreto. Como se sabe y se recordará al hablar de la presencia de los DESC (derechos económicos, sociales y culturales) en los procesos de justicia transicional, la relación del derecho con el padecimiento humano puede ser analizada desde una perspectiva técnico-jurídica, pero la existencia de esta dimensión no esconde la politicidad de la relación entre derecho y sufrimiento.

## 2.1. Premisas epistemológicas implícitas y explícitas: tres ejemplos.

Para precisar esta relación seminal entre conocimiento jurídico y sufrimiento se propone un breve análisis, a modo de ejemplo, de algunos de los razonamientos que siguieron tres autores clásicos: Platón, Aristóteles y Hobbes. Este ejercicio se puede hacer en relación a otros autores que hayan abordado en profundidad la relación entre cómo se ha de ordenar la vida en sociedad y la naturaleza del ser humano.

Los tres autores elegidos, en la medida en que propusieron modelos de regulación de la convivencia social, tuvieron que enfrentarse a una exigencia argumentativa: justificar la legitimidad de la propuesta normativa que presentaban en sus escritos. Si se sigue a Robert Alexy (2008: 40), los argumentos sobre la naturaleza del derecho giran en torno a tres problemas: el concepto de norma y sistema normativo, su dimensión fáctica y su legitimidad. Si la relación entre derecho y sufrimiento se piensa desde estas tres perspectivas, las cuestiones que surgen son: mediante qué tipo de normas se aborda la cuestión del sufrimiento; qué eficacia social tienen y qué autoridad las sustenta y, en tercer lugar, qué legitimidad poseen las normas y los contenidos regulatorios de las mismas.

### 2.1.1. Platón.

Platón fundamentó el castigo penal desde una concepción antropológica y social coherente con las funciones que atribuía a las sanciones penales. Su teoría de las penas forma parte de su concepción acerca de la naturaleza del hombre y de la sociedad. Entendía que el castigo justamente impuesto mejoraba al delincuente o lo hacía menos miserable (347 a C., 1972: 854 a / 855 b), y también a quienes observaban la aplicación del castigo (función ejemplarizante de la pena). Y para que esto fuera posible, decía Platón, era preciso que el delincuente pasase por los dolores y los sufrimientos del castigo. Sólo teniendo presente esta concepción antropológica se puede explicar por qué Platón (347 a C., 1972: 880 d / 882 a) defendía la aplicación de la pena más extrema como el único medio para apartar del crimen a los que carecían de toda educación y cuya naturaleza era perversa. Este razonamiento quedaba reforzado por una creencia religiosa: las penas prescritas se correspondían con los sufrimientos que experimentarían los transgresores en el Hades (380 a C., 1972: 524 b / 527 c; 347 a C., 1972: 861 d / 863 a)<sup>3</sup>.

### 2.1.2. Aristóteles.

Los mecanismos de justificación del castigo penal se hacen presentes, con las variaciones debidas, en otros ámbitos de la ordenación social del sufrimiento. Si se toma como ejemplo el castigo físico en la escuela, veamos cómo planteaba Aristóteles la interacción entre el modelo político, el modelo educativo y la estructuración social de la ciudad. Aristóteles creía que el gobierno de la ciudad requería plantear cuál era la mejor manera de educar a los niños. Con este fin estableció una serie de prevenciones: alejarlos de los espectáculos groseros, favorecer su libre movimiento, acostumbrarlos a soportar el frío, preservarlos del trabajo penoso... y también postuló unos medios de corrección para

3. La consideración histórica de la relación entre las representaciones del infierno y la noción del castigo es de gran interés. Como texto introductorio a las representaciones del infierno puede verse: Georges Minois, *Historia de los infiernos*, Paidós, Barcelona, 1994.

casos en los que los niños transgredieran las normas:

*"debe ser azotado para que escarmiente; y si en lugar de un niño fuere un hombre, se castigará su inclinación servil aplicándole el castigo que esté prescrito para los esclavos"*

Aristóteles recomendaba el castigo corporal como mecanismo de corrección. Desde luego, esta recomendación carece de originalidad. Lo relevante es preguntarse por las razones que llevan a aceptar el castigo corporal como instrumento corrector. En Aristóteles la respuesta se halla en una concepción de la condición humana según la cual:

*"hacemos lo malo a causa del placer, y nos apartamos del bien a causa del dolor. Por ello, debemos haber sido educados en cierto modo desde jóvenes (...) para poder alegrar y dolernos como es debido, pues en esto radica la buena educación"* (1995: 162)

En esta misma línea pedagógica coincidió muchos siglos después Bertrand Russell. Al plantearse cómo debía ser la educación en una sociedad organizada con criterios científicos, indicaba que los niños que estuvieran destinados a formar la clase gobernante debían recibir una educación acorde a la misión que se les encomendaba. Entre otras cosas, estos futuros gobernantes debían acostumbrarse al esfuerzo físico y al dolor. Para conseguirlo, Russell (1974: 200-1) proponía algunos ejercicios que, como mínimo, resultaban llamativos: revolcarse desnudos en la nieve, ayunar, correr muchas millas en días calurosos, aventuras físicas en las que tuvieran que mostrar valor y no quejarse cuando experimentasen dolor físico.

### 2.1.3. Hobbes.

La obra de Hobbes está presidida por una fuerte preocupación por la eficacia de sus propuestas en un mundo convulso como el que le tocó vivir (Tönnies, 1998). Su obra se vio influenciada por sus vivencias, de forma que su pesimismo antropológico ha de ser entendido a la luz de sus experiencias vitales. En broma y en serio, contaba que ante la amenaza de la flota española que Felipe II había enviado contra Inglaterra, su madre pasó tanto miedo que parió prematuramente gemelos: *"a mí y al miedo al mismo tiempo"*. Si esto decía de su nacimiento, finalizaba la crónica de su vida con estas palabras: *"Casi he concluido el largo drama de mi vida"* (Hobbes, 1992: 151 y 163).

Hobbes coloca al individuo en el centro de su reflexión. Entiende que para los hombres la muerte violenta es el mal supremo (Hobbes, 1993: 4), mientras que el principal bien es la propia conservación (Hobbes, 1993: 18; Hobbes, 1979: 203). El principio de conservación de la propia vida o, como aquí se lee, la prevención y evitación de los daños que encuentran en su extremo la muerte, ocupan el eje natural de su teoría política. En consecuencia, nada tiene de absurdo ni de reprensible o de contrario a la recta razón, que alguien dedique todo su esfuerzo a defender su propio cuerpo y sus miembros de la muerte y del dolor (Hobbes, 1993: 18). En

otros términos, es conforme a la razón protegerse de eventuales daños y prevenir las situaciones que puedan provocar sufrimiento. Para Hobbes, el dolor, además de un estorbo y una amenaza, es un requerimiento que nos aparta de lo que nos molesta (Hobbes, 1979: 142; Hobbes 1992 b: 43).

El hombre está amenazado por el temor a la muerte, la pobreza y otras calamidades (Hobbes, 1992 b: 88). Para salir de la situación natural de guerra de todos contra todos y para que sea posible que el hombre cumpla su tendencia a la conservación es preciso crear el Estado. En su planteamiento, el Estado, en tanto que hombre artificial con mandamientos propios □razón de Estado□ (Hobbes, 1992 b: 222), previene y evita sufrimientos a los súbditos. La condición de súbdito ciertamente es miserable ya que el súbdito queda en manos del soberano. Ahora bien, dado que la condición humana nunca puede verse libre de una u otra incomodidad, es preferible el gobierno a las miserias y a las horribles calamidades que acarrea la guerra civil. Incluso es preferible el estado de súbdito, dice Hobbes, a esa disoluta condición de los hombres desenfundados, sin sujeción a leyes y a un poder coercitivo que trabe sus manos, apartándolos de la rapiña y la venganza (Hobbes, 1992 b: 150). El Estado va a cumplir esta función pacificadora, va a ser el poder común y superior que los hombres obedezcan por temor a la muerte y a las heridas provocadas por otros hombres (Hobbes, 1992 b: 80; Hobbes, 1993: 7-8). Es el miedo recíproco lo que hace salir del estado de guerra natural entre los hombres (Hobbes, 1993: 20; Hobbes, 1992 b) y es este miedo mutuo, y no la benevolencia, el fundamento de las sociedades grandes y duraderas (Hobbes 1993: 17). En resumen, el miedo a ser dañado por otro hombre es superior al miedo que se pueda tener respecto del daño recibido del Estado. O dicho en otros términos: el Estado garantiza menos sufrimiento que el que me garantiza mi vecino en ausencia de Estado.

Conforme pasó el tiempo, Hobbes incrementó su desconfianza hacia el pueblo llano. Consideraba que el pueblo privilegiaba su interés particular y que había sido y seguiría siendo ignorante de su deber para con lo público: *"Si creéis que las recientes miserias les han hecho más sabios, eso pronto se olvidará y entonces no seremos más sabios que antes"* (Hobbes, 1992 c: 53-4). Se trata, en la concepción de Hobbes, de un pueblo con escasa capacidad de autoaprendizaje que ha de ser tutelado, enseñado y, en su caso, castigado. El pueblo llano nada sabe por su propia meditación de lo recto y lo indebido, hay pues que enseñarle los fundamentos de su deber y las razones de por qué la desobediencia de sus legítimos soberanos siempre acarrea calamidades (Hobbes, 1992 c: 188).

El Estado se servirá de las penas para asegurar la obediencia de los súbditos. Un delito es un pecado que consiste en la comisión de lo que la ley prohíbe o en la omisión de lo que ordena (Hobbes, 1992 b: 238). La ley queda respaldada por el temor de la pena, sin este temor no sería ley sino palabras vanas (Hobbes, 1992 b: 240). Por pena entiende el

"... daño infligido por la autoridad pública sobre alguien que ha hecho u omitido lo que se juzga por la misma autoridad como una transgresión de la ley, con el fin de que la voluntad de los hombres pueda conocer, de este modo, mejor dispuesta para la obediencia" (Hobbes, 1992 b: 254).

La finalidad del daño contenido en la pena es, sobre el papel, pedagógica: disponer a los hombres a obedecer la ley, formar la voluntad del hombre tal como la quiso quien instituyó el castigo (Hobbes, 1993: 120; Hobbes, 1992 b: 125). Hobbes, como autor moderno, entendía que ni la venganza ni la descarga de la ira debían ser finalidades de la pena. Se trataba de corregir tanto al ofensor como de advertir al resto del pueblo mediante el ejemplo de la pena aplicada. Los castigos más severos debían reservarse para aquellos crímenes que resultasen más peligrosos para el común de las gentes (Hobbes, 1992 b: 286).

La pena, en Hobbes, no es simplemente el precio o la redención de un delito. El castigo ha de cumplir algunos requisitos para ser considerado como pena. En primer lugar, el daño infligido mediante la pena ha de ser mayor que la satisfacción que naturalmente le sigue al delito cometido (Hobbes, 1992 b: 256). No basta con igualar los males, la pena ha de superar el mal que supone el delito.

Tampoco sería considerado como pena el daño infligido si la persona no se somete voluntariamente. Hobbes entiende que la obediencia a la ley ha de ser un acto voluntario. Ninguna acción involuntaria puede tomarse como sumisión a la ley. Quien piense que su sufrimiento ha de considerarse obediencia, no sólo tiene que no resistirse, sino que además no tiene que huir ni esconderse para evitar el castigo (Hobbes, 1992 c: 68). Si el súbdito no se somete voluntariamente, se sitúa fuera de la ley y se convierte en enemigo.

En último lugar, no se considera pena el daño infligido al enemigo, pudiendo ser considerado enemigo tanto el que no está sujeto a la ley como quien se niega a someterse a la ley. Hobbes sostiene que en casos de hostilidad declarada es legal infligir un mal:

"... si un súbdito, de hecho o con palabra, con conocimiento y deliberadamente, niega la autoridad del representante del Estado (...) puede legalmente hacérsele sufrir cualquier daño que el representante quiera, ya que al rechazar la condición de súbdito rechaza la pena que ha sido establecida por la ley, y, por consiguiente, padece ese daño como enemigo del Estado, es decir, según sea la voluntad del representante" del Estado (Hobbes, 1992 b: 257).

Como se ha intentado mostrar en las páginas precedentes, los modelos político-jurídicos contienen concepciones acerca de qué es el sufrimiento, cómo condiciona el comportamiento humano y cómo ha de ser afrontado y utilizado por el Estado mediante los instrumentos jurídicos. Estos modelos, como ya se ha indicado más arriba, afrontan tres grandes cuestiones: el instrumento normativo, su

capacidad para producir efectos y su legitimidad. En el breve análisis realizado a modo de ejemplos, algunas premisas quedan explicitadas, mientras que otras se sobreentienden. Estas premisas actúan como auténticos fundamentos del conocimiento jurídico sobre el fenómeno del sufrimiento, ya que responden directamente a preguntas esenciales o participan en la elaboración de respuestas: ¿Qué utilidad tiene el sufrimiento impuesto mediante la sanción penal? ¿Qué sanciones puede imponer el Estado? ¿A quién? ¿Cuándo se considera que una persona que ha sufrido un daño es víctima?

### 3. La fundamentación de los DESC en los procesos de justicia transicional.

Los apuntes presentados en los apartados anteriores argumentan algunos aspectos de la relación existente entre el conocimiento jurídico y el sufrimiento. En este apartado, la atención se centra en el papel que los DESC juegan y, sobre todo, pueden jugar en los procesos de justicia transicional. En este apartado se defiende argumentativamente una tesis: el desarrollo de los DESC en el marco de la justicia de transición previene el surgimiento de conflictos que causan sufrimiento a las personas y, al mismo tiempo, dan respuesta a las necesidades de reconocimiento, restitución y reparación característicos de los procesos de justicia transicional.

#### 3.1. El concepto de justicia transicional.

Las guerras civiles, los regímenes autocráticos y los conflictos armados causan muchas clases de sufrimiento. Se pueden distinguir sufrimientos vinculados a la confiscación o destrucción de una propiedad (la casa o las tierras, por ejemplo), el sufrimiento personal derivado de violaciones, asesinatos, torturas o desapariciones forzadas y también los sufrimientos intangibles en forma de privación de oportunidades para la educación o para el desarrollo personal, por ejemplo (Elster 2012: 21).

El Secretario General de la ONU, en un informe al Consejo de Seguridad (ONU 2004) propuso la siguiente definición de justicia transicional:

"La noción de 'justicia de transición' que se examina en el presente informe abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación interna (o carecer por completo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos".

Esta conceptualización presenta dos rasgos que establecen un primer eje a tener en cuenta en la fundamentación de la presencia de los DESC en los procesos de justicia transicional: uno temporal y otro material. Desde el punto de vista temporal, la justicia transicional va a moverse en las coordenadas pasado-presente-futuro. Desde el punto de vista material, se plantea la necesidad de afrontar las raíces de los problemas que condujeron al conflicto que se intenta resolver (Bonet, Alija, 2009). Se plantea pues una primera cuestión determinante: ¿la justicia transicional ha de tener como objetivo principal volver al status quo previo al conflicto o ha de subsanar las causas del conflicto para de esta forma prevenir futuras confrontaciones y/o vulneraciones de derechos humanos?

Si los procesos de paz se orientan en este segundo sentido (subsanación de las causas del conflicto y prevención de futuros conflictos), la pregunta en relación a la inclusión de los DESC en los acuerdos de paz incorpora una doble perspectiva: la vuelta a la situación anterior de las personas que vieron vulnerados sus derechos y la utilización del acceso a estos derechos como mecanismo de justicia social. El derecho internacional humanitario aporta elementos suficientes para que los procesos de justicia transicional no sean exclusivamente una vuelta a la situación previa al estallido del conflicto. Es por ello que la justicia transicional puede ser entendida como un proceso material y simbólico de reparación, pero también como un proceso de construcción de un modelo que afronte las causas de los problemas que condujeron al conflicto. Estas causas pueden hallarse, según cuál sea el caso concreto, en el régimen de tenencia de la tierra, el reparto de la riqueza, el acceso a los bienes de producción, el acceso y uso de recursos naturales, el reparto de derechos y privilegios, los abusos gubernamentales, el reconocimiento de creencias religiosas, culturales y lingüísticas u otras causas que se podrían identificar con los distintos instrumentos jurídicos de reconocimiento y protección internacional de los derechos humanos.

Si se opta por incluir en el proceso de transición esta función ampliada (remover las causas del conflicto) se suelen abordar cuestiones como la reforma agraria orientada a conseguir la redistribución de la propiedad de la tierra o, en algunos casos, se plantea la redistribución de otros medios de producción o la modificación del modelo de tenencia y explotación de los mismos (Rose-Ackerman, 2004: 190-5).

La justicia transicional, en la medida en que puede contener elementos instituyentes, puede asumir objetivos más o menos transformadores. A diferencia de la intervención de la justicia ordinaria, la justicia transicional se desarrolla en circunstancias excepcionales. Una parte de esta excepcionalidad deriva precisamente de la incapacidad de los mecanismos preexistentes para resolver el conflicto y atender a sus consecuencias. Visto de esta forma, la justicia transicional constituye la excepción a la justicia ordinaria en un intento por reconfigurar un orden estatal. Es precisamente por estas razones que los procesos de justicia

transicional han de ser pensados como procesos políticos (Teitel, 2000).

La inclusión de una idealidad transformadora en los procesos de justicia transicional no suele aparecer recogida en la literatura especializada ni en los instrumentos internacionales. Lo más próximo es la atribución de una función preventiva. Se acepta que ha de servir no sólo para remediar las injusticias cometidas y fomentar la reconstrucción social, sino también que ha de cumplir una función hacia el futuro: prevenir conflictos futuros. Esta función preventiva es más difícil de precisar que la función restaurativa, pese a la dificultad que esta pueda tener.

Un segundo eje a tener presente en este ejercicio de fundamentación tiene que ver con el grado de rigidez que se le da al proceso de paz. Desde este punto de vista, hay dos planteamientos teóricos apriorísticos acerca de la comprensión de la justicia transicional: una concepción basada en la aplicación de unos principios y finalidades irrenunciables y otra basada en la concepción pragmática en la que tanto principios, como finalidades y procedimientos son negociables (ICHRP, 2006). En cada proceso de paz que históricamente se ha dado se pueden encontrar aspectos de estas dos posturas.

La relevancia de este segundo eje se pone en evidencia al tener que establecer las responsabilidades criminales por los daños producidos durante un conflicto, la restitución de propiedades y tierras o, mucho más complejo aún, al discutir, como se ha señalado anteriormente, si el proceso transicional ha de devolver el estado de cosas a la situación anterior al inicio del conflicto o bien hay que incluir en el proceso de transición la remoción de los elementos que condujeron al conflicto.

### 3.2. Los DESC en los acuerdos de paz.

En términos cuantitativos, los DESC tienen una presencia escasa en los acuerdos de paz. Si se compara con los derechos civiles y políticos recogidos en el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, estos tienen mayor incidencia en los acuerdos de paz que los DESC. Para el estudio de los documentos que configuran los distintos procesos de paz y que recogen los acuerdos a los que se ha llegado en cada escenario de conflicto, se puede utilizar la base de datos disponible en la Universidad de Ulster (<http://www.peaceagreements.ulster.ac.uk/>), aunque la fuente documental que permite acceder a un mayor número de documentos es la base de datos de las Naciones Unidas: <http://peacemaker.un.org/>.

#### 3.2.1. El derecho a la propiedad y a la tierra.

El derecho a la propiedad y a la tierra ha sido reconocido por distintas normas internacionales. El artículo 17 de la Declaración Universal los Derechos Humanos (1948) establece que toda persona tiene derecho a la propiedad,

individual y colectivamente; y que nadie será privado arbitrariamente de su propiedad. Por su parte, el Protocolo adicional del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (1950) reconoce en su artículo 1 la protección del derecho a la propiedad. Y el artículo 1 del Protocolo adicional primero al Convenio europeo de derechos humanos (1952) reconoce que tanto la persona física como la jurídica tienen derecho al respeto de sus bienes. Este derecho puede verse limitado por causa de utilidad pública, y también según las condiciones que se establezcan en la ley y que sean acordes con los principios generales del derecho internacional. Estas limitaciones se aceptan cuando los Estados las orientan hacia la defensa del interés general o "para garantizar el pago de impuestos, de otras contribuciones o de multas".

La Convención americana de derechos humanos (1969) sí contempla en su artículo 21 el derecho a la propiedad privada. Plantea este derecho en su dimensión individual, aunque se establece que el derecho a la propiedad privada puede quedar supeditado al uso y goce del interés social si así lo establece la ley. Junto a esta disposición, se contempla la expropiación mediante indemnización justa por razones de utilidad pública e interés social. Este mismo artículo 21 prohíbe la usura y cualquier forma de explotación del hombre por el hombre. Otras normas internacionales, como la Convención sobre el estatuto de los refugiados (1951), la Carta africana sobre los derechos humanos y de los pueblos (1981), el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales (1989) o el Convenio 169 de la OIT, entre otras, protegen diferentes aspectos del derecho a la propiedad y a la tierra.

El derecho a la propiedad y el derecho a la tierra no aparecen reconocidos como tales ni en el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP, 1966), ni en el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC, 1966). Sin embargo, estos derechos están íntimamente relacionados con otros derechos que sí aparecen reconocidos en el PIDESC. La presencia de los derechos a la propiedad y a la tierra en los procesos de justicia transicional persigue en general dos objetivos: volver a la situación anterior al conflicto (mediante la restitución de la propiedad de la tierra, por ejemplo) y, en algunos casos, proveer mecanismos que favorezcan la integración social de excombatientes o la superación de desigualdades existentes. Se puede decir que en numerosas ocasiones estos derechos ocupan una posición estratégica, no sólo en el armazón jurídico, sino fundamentalmente como piezas claves en la resolución de los conflictos planteados.

### 3.2.2. *Las implicaciones del reconocimiento del derecho a la propiedad y a la tierra.*

Los procesos de justicia transicional tratan de recomponer una normalidad en un contexto de conflicto o postconflicto donde buena parte de las normalidades preexistentes han quedado profundamente alteradas. Durante la fase de conflicto se producen vulneraciones de derechos humanos. Entre ellas, las que afectan más directamente al

derecho a la propiedad y a la tierra son: la destrucción de propiedades, el desplazamiento forzado de población, la apropiación indebida de tierras, la incautación de bienes o la ocupación y explotación de tierras por parte de terceras personas.

El derecho a la tierra actúa como un posibilitador de los derechos civiles y políticos (Monsálvez Suárez, 2004). La tierra es un recurso vital del que puede depender directamente la alimentación de las personas en determinados contextos productivos. El desplazamiento forzado, especialmente de población rural, o la apropiación indebida de tierras, provocan que las personas afectadas se vean privadas, en muchas ocasiones, de su principal fuente de provisión de alimentos. A esta dimensión nutricional, se suman otros aspectos considerados esenciales desde la perspectiva de la protección de los derechos humanos: el acceso y uso de los recursos naturales (el agua, por ejemplo), la preservación y vivencia de elementos culturales vinculados a la tierra como normas tradicionales o vínculos espirituales, así como el derecho al trabajo, entendido como interacción con el medio natural y como mecanismo de integración social. En ocasiones, la protección de la propiedad y tenencia de la tierra es la mejor estrategia para la defensa de las personas y sus condiciones de vida.

La centralidad de la tenencia de la tierra se observa en múltiples conflictos (OEA, 2009: 66). Si se toma como referencia la actividad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pueden encontrar numerosos conflictos en los que el derecho a la tierra y a la propiedad se ven afectados. Estos casos muestran las interconexiones entre los distintos derechos reconocidos por el derecho internacional humanitario y las condiciones de vida de las personas y, en consecuencia, la necesidad de analizar y abordar relacionalmente los contextos en los que tiene lugar la vulneración de los derechos humanos. En los casos que se citan a continuación, el derecho a la tierra y el derecho a la propiedad ocupan un papel estratégico: Comunidad de Paz de San José de Apartadó<sup>4</sup> contra Colombia, Caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku contra Ecuador<sup>5</sup>, Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua<sup>6</sup>, Comunidades de Jiguamiandó y del Curbaradó contra Colombia<sup>7</sup> y Caso de la Comunidad Yakye Axa contra Paraguay<sup>8</sup>, entre otras<sup>9</sup>.

4. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de junio de 2002, por la que se ordenan medidas provisionales a la República de Colombia.

5. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de junio de 2005.

6. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de noviembre de 2007, por la que se ordenan medidas provisionales a la República de Nicaragua.

7. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de agosto de 2010, por la que se ordena la adopción de medidas provisionales a la República de Colombia.

8. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 15 de junio de 2005.

9. Las resoluciones pueden encontrarse en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

Se pueden consultar, en términos similares a los casos seleccionados:

En 2005, la Corte emitió una resolución sobre el caso de la Comunidad indígena Yakye Axa contra Paraguay. En este conflicto, iniciado en los años 90, uno de los elementos en discusión era la posesión y la propiedad de la tierra que había ocupado ancestralmente la comunidad Yakye Axa. En esta lucha por la tierra se conjugaron elementos y acontecimientos como los siguientes: la petición de que el Estado reconociese la titularidad del territorio a favor de la comunidad (las tierras reclamadas eran propiedad de compañías privadas: "Florida Agricultural Corporation", "Livestock Capital Group INC." y "Agricultural Development INC."), la situación de pobreza, la falta de medios para enseñar a los niños en su propia lengua (el enxet), las limitaciones estatales a la utilización agraria de su territorio ancestral, la falta de medios sanitarios, las amenazas de muerte que habían recibido, las acciones de hostigamiento, los ataques con armas de fuego, la obligación de vivir al lado de una carretera por falta del reconocimiento del derecho de usar y disfrutar tierras propias y la situación de desempleo generalizado entre los miembros de la comunidad.

En este caso, la Corte entendió que se había vulnerado el derecho a la propiedad reconocido en la Convención, así como otros derechos contemplados: derecho a la vida, derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial. Mediante la sentencia se exigió que el gobierno paraguayo identificara el territorio tradicional de la comunidad y entregara este territorio de forma gratuita o, de no ser posible, tierras equivalentes que permitieran la subsistencia y desarrollo de la comunidad. Mientras esto no se produjera, el Estado debía proveer a la comunidad los bienes y servicios básicos de subsistencia. Además de estas obligaciones, también se exigió al Estado otras vinculadas al reconocimiento del daño causado, la creación de fondos económicos ligados al desarrollo de la comunidad y la adquisición de tierras.

Sirve de referencia central la consideración que la Corte Interamericana de Derechos Humanos hizo en la sentencia de 15 de junio de 2005. En esta consideración se estableció la interpretación del artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos que protege el derecho a la propiedad, incluida, por interpretación evolutiva, la propiedad comunal de las tierras:

*"la protección del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales es un asunto de especial importancia, porque su goce efectivo implica no sólo la protección de una unidad económica sino la protección de los derechos humanos de una colectividad que basa su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra".*

---

Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname, Sentencia de 15 de junio de 2005; caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, Sentencia de 29 de marzo de 2006; Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia, Sentencia de 1 de julio de 2006; Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de noviembre de 2007; Caso de la Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, Sentencia de 24 de agosto de 2010.

## 4. Razones para la inclusión del derecho a la propiedad y a la tierra en los procesos de justicia transicional.

Lo que se expone a continuación son razones de fondo que argumentan la conveniencia de incluir los DESC en los procesos de justicia transicional. Estas razones se exponen como fundamentos transicionales que habría que adaptar a las circunstancias propias de cada conflicto. En esta exposición se parte de la premisa según la cual los fundamentos tienen una naturaleza política.

### 4.1. Relación con los derechos civiles y políticos.

Los DESC han de ser vistos en su relación con los derechos civiles y políticos, no separados de estos. Se ha ido imponiendo progresivamente la concepción según la cual los derechos han de ser contemplados en sus interdependencias en atención a las condiciones en las que las personas desarrollan su vida y ven satisfechas (o vulneradas) sus expectativas legítimas recogidas en el lenguaje de los derechos. Esta cuestión suele ser expresada mediante la concepción holística de los derechos. En vez de atender cada grupo de derechos por separado, la concepción holística contempla las interdependencias existentes entre los derechos en atención al desarrollo de la vida de las personas y las comunidades. Por ello, esta visión integradora se preocupa por el desarrollo del marco institucional en el que han de aplicarse los derechos en los marcos transicionales: por ejemplo, el desarrollo de la administración, la existencia de registros y del personal adecuado, la formación de los fiscales o el funcionamiento de los tribunales (Greiff 2010: 29).

Esta visión holística surge al amparo de la aspiración universalista del reconocimiento internacional de los derechos humanos, lo cual no omite dificultades que son insoslayables como, por ejemplo, la concurrencia entre derechos reconocidos constitucionalmente. El desarrollo de los llamados neoconstitucionalismos afronta en este terreno una discusión central acerca de cómo han de resolverse los casos o las políticas públicas en las que hay que priorizar unos derechos frente a otros que también han sido reconocidos constitucionalmente (Carbonell, 2003).

### 4.2. Justicia restaurativa y distributiva.

La justicia transicional puede orientarse a la reparación de las injusticias causadas por el conflicto. Los principios transicionales de restitución e indemnización sirven a este propósito. Además de esto, el proceso instituyente que es la justicia transicional puede impregnarse de los fundamentos de la noción de justicia distributiva (Bergsmo et al., 2010). De orientarse en este sentido complementario, la justicia transicional tendría que ocuparse de identificar y eliminar las fuentes de injusticias que condujeron al conflicto y no sólo orientarse a la recuperación del status quo anterior al conflicto.

### 4.3. Minimizar la vulnerabilidad y vulneración de las personas.

La justicia transicional (tanto en su faceta restaurativa como en la distributiva que puede adquirir), así como el fundamento último de los derechos pensado desde la aspiración universal por el reconocimiento de la igual dignidad de los seres humanos, ha de pensarse en relación al sufrimiento de las personas (Elster, 2012: 21; Ferrajoli, 1998; Rodotà, 2010: 237-52; Madrid, 2010). Esta relación se extiende tanto a las fuentes naturales de los padecimientos que afrontan las personas (las consecuencias de un terremoto, por ejemplo) como a las estructuras políticas, jurídicas, económicas y sociales que configuran la convivencia entre los seres humanos. Si se parte de esta concepción, el fundamento esencial de la justicia transicional (ya sea restaurativa y/o redistributiva) es afrontar tanto la vulnerabilidad del ser humano (hasta donde esto es posible) como, sobre todo, la vulneración de los seres humanos (ya sea a título individual o colectivo) insita en las estructuras económicas, políticas, sociales y jurídicas (Young, 2011).

### 4.4. La lucha contra las desigualdades.

Una forma de acercarse a los mecanismos vulneradores es identificar las desigualdades y su origen en una sociedad concreta. Las desigualdades, especialmente cuando son amplias, pueden estar presentes en la generación de conflictos. Y lo pueden estar, en tanto que coadyuvantes conflictuales, en dos sentidos: a aquellos que se consideran perjudicados, les da argumentos para enfrentarse al poder gubernamental y los sectores privilegiados; por su parte, a los privilegiados les hace tener interés en defender sus privilegios y el poder gubernamental siempre que contribuya a la defensa de sus intereses (Tilly, 2007 y 2010). Por su parte, el poder gubernamental tiende a aliarse con los beneficiarios de las desigualdades, ya que entre ellos suelen estar los gobernantes, poseen mejores medios de organización y más capacidad de influencia.

### 4.5. Los DESC como posibilitadores de la democracia.

Los DESC son posibilitadores de la democracia. Así se consideró, por ejemplo, durante el proceso de paz en Ruanda. El protocolo de acuerdo sobre el Estado de Derecho considera en su artículo 9 (firmado en Arusha el 18 de agosto de 1992) que el desarrollo económico, social y cultural del país, así como la lucha contra la ignorancia, el hambre, la enfermedad y la pobreza eran imprescindibles para promover y consolidar la democracia.

En términos históricos, los DESC pueden ser concebidos como logros colectivos que se convierten en base material de la democracia. En este sentido, los derechos han de contemplarse desde su dimensión formal y material, desde su reconocimiento y su materialización. Las condiciones de la democracia no se limitan a la titularidad del derecho al sufragio pasivo y activo. Siendo este derecho esencial, tam-

bién lo es, por ejemplo, el derecho a la tierra, especialmente en aquellos contextos en los que la tierra es el factor productivo que puede garantizar la supervivencia de la persona o del grupo, su cultura, el ejercicio de sus libertades básicas o la vinculación comunitaria.

La democracia, vista como proceso deliberativo participativo, también guarda una relación esencial con los procesos de justicia transicional. Si los acuerdos se establecen entre élites, sin posibilidad de participación de las personas implicadas en el conflicto y en la situación post-conflicto, el proceso tiende a ser considerado como injusto, como excluyente. Por ello, en orden a conseguir fundamentar el proceso transicional de forma que favorezca la reconciliación social y se prevengan conflictos futuros, se hace necesario abrir el proceso a la deliberación pública, transmitir información y dar voz a las personas (Atuahene, 2010).

### 4.6. La transversalidad de los DESC.

Los procesos de justicia transicional, en la medida en que también son procesos políticos, se hallan atravesados por las relaciones de poder existentes y sus medios de conservación y transformación. Sería iluso pensar que en los contextos de transición el único poder actuante a tener en cuenta es el del Estado. Sin duda, se tienen en cuenta a los distintos actores en el conflicto, siendo uno de los problemas no menores establecer quienes son los portavoces de estos poderes. La inclusión de los DESC facilita poner de relieve que además del espacio de poder estatal, existen otros espacios que detentan poder y en los que se ejerce poder, como son las estructuras de producción, las de mercado, la de la comunidad y las constitutivas del ámbito doméstico. Desde esta perspectiva ampliada, los DESC pueden ser vistos como elementos partícipes en estos espacios de poder que están interconectados pero poseen lógicas diferenciadas. Así se planteó, por ejemplo, en los acuerdos de paz de Guatemala al incluir mecanismos que favorecieran el acceso de la mujer a la tierra.

## Conclusión

Los procesos de justicia transicional muestran como una herida abierta la estrecha relación existente entre los instrumentos jurídicos y el padecimiento de las personas derivado, directa o indirectamente, de la situación de conflicto que se intenta resolver. En este artículo se ha prestado atención a la importancia que tiene, en orden a la orientación de estos procesos de paz, la consideración de los derechos económicos, sociales y culturales como instrumentos aptos para la resolución de conflictos presentes y la prevención de futuros conflictos.

Desde la perspectiva de una epistemología jurídica del sufrimiento, la argumentación a favor de la presencia de los derechos económicos, sociales y culturales en los procesos transicionales se fundamenta, como última ratio, en la consideración según la cual estos derechos pueden dar res-

puesta, por parcial que sea, a situaciones de padecimiento experimentadas por las personas y también prevenir futuras situaciones de vulneración que causan sufrimiento.

La preocupación por la epistemología jurídica del sufrimiento humano intenta evidenciar las premisas que en no pocas ocasiones quedan ocultas y facilitar, de esta forma, el debate público sobre las mismas. ■

## Bibliografía

- ALEXY, ROBERT (2008), *"El concepto y la naturaleza del derecho"*, Marcial Pons, Madrid.
- ARISTÓTELES (1995), *"Ética Nicomaquea"*, Gredos, Madrid.
- ATUAHENE, BERNADETTE (2010), *"Property and Transitional Justice"*, 58 *Ucla Law Review Discourse* 65.
- BERGSMO, MORTEN ET AL., (2010), *"Justicia distributiva en sociedades en transición"*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Oslo.
- BONET, JORDI Y ALIJA, ROSANA (2009), *"Impunidad, derechos humanos y justicia transicional"*, Universidad de Deusto, Bilbao.
- CARBONELL, MIGUEL (2003), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid.
- ELSTER, JON (2012), *"Tierra, justicia y paz"*, en Morten Bergsmo, et al., *Justicia distributiva en sociedades en transición*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Oslo.
- FERRAJOLI, LUIGI (1998), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid.
- GREIFF, PABLO DE (2010), *"A normative conception of Transitional Justice"*, *Politorbis* n. 50, 3/2010, págs. 17-29.
- HOBBS, THOMAS (1992), *"Vida de Thomas Hobbes de Malmesbury. Escrita en verso por el autor"*, 1672, en *Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos*, Tecnos, Madrid.
- HOBBS, THOMAS (1992 b), *"Leviatán o La materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil, 1651"*, FCE, Buenos Aires.
- HOBBS, THOMAS (1992 c), *"Behemoth, 1668"*, Tecnos, Madrid.
- HOBBS, THOMAS (1993), *"El ciudadano, 1642"*, Debate, Madrid.
- HOBBS, THOMAS (1979), *"Elementos de Derecho Natural y Político, 1640"* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ICHPR, (2006), *"¿Negociar la justicia? Derechos humanos y acuerdos de paz"*, International Council on Human Rights Policy, www.ichrp.org
- MADRID, ANTONIO (2010), *La política y la justicia del sufrimiento*, Trotta, Madrid.
- MINOIS, GEORGES (1994), *Historia de los infiernos*, Paidós, Barcelona.
- MONSÁLVEZ SUÁREZ, SOFÍA (2004), *"Derecho a la tierra y derechos humanos"*, en *El otro derecho*, ns. 31-32, agosto 2004, págs. 41-57, <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr031-32/elotrdr031-32-02.pdf>
- OEA (2009), *Comisión interamericana de derechos humanos, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos*, OEA /Ser. L/V/II, Doc. 56/09, 30 diciembre.
- ONU (2004), *"El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos"*, Documento S/2004/616, de 3 de agosto.
- ONU (2005), *Resolución 60/147 sobre Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*.
- PLATÓN (347 a. C., 1972), *Las Leyes. Obras completas*, Aguilar, Madrid.
- PLATÓN (380 a. C., 1972), *Gorgias. Obras completas*, Aguilar, Madrid.
- ROSE-ACKERMAN, SUSAN (2004), *"Establishing the Rule of Law"*, en Robert I. Rotberg (ed.), *When States Fail. Causes and Consequences*, Princeton University Press, Princeton.
- RODOTÀ, STEFANO (2010), *"El dolor" en La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*, Trotta, Madrid.
- RUSSELL, BERTRAND (1974), *La perspectiva científica*, Ariel, Barcelona.
- TEITEL, RUTI G. (2000), *Transitional Justice*, Oxford University Press, Oxford.
- TILLY, CHARLES (2007), *Violencia colectiva*, Hacer, Barcelona.
- TILLY, CHARLES (2007), *Confianza y gobierno*, Amorrortu, Buenos Aires.
- TÖNNIES, FERDINAND (1988), *Hobbes*, Alianza, Madrid.
- YOUNG, IRIS MARION (2011), *Responsabilidad por la justicia*, Ediciones Morata, Madrid.

# “ La obsolescencia del artículo 3.470 del Código Civil en materia de Sucesiones Internacionales ”

Por Sara L. Feldstein de Cárdenas

Abogada. UBA. Directora de la Maestría de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Buenos Aires.  
sfeldste@derecho.uba.ar



## I. Introducción

Una de las áreas del Derecho Internacional Privado plena de posibilidades, abierta tanto a la reflexión equilibrada como a la polémica vehemente, es la de las sucesiones internacionales, aunque en rigor, es una de las que mayores complejidades encierran. En efecto, el tema que se aborda en este trabajo llama al debate y la meditación percibiéndose motivaciones, además de las jurídicas, de índole económica, social, política y cultural.

No puede olvidarse que en el derecho de sucesiones suelen quedar íntimamente vinculadas casi todas las otras ramas jurídicas, ya que en la persona del causante convergen todas las "*relaciones vitales, de variada índole: podrá ser titular de un inmueble, o de determinados derechos societarios, haber contraído matrimonio, ser parte activa de un contrato*"<sup>1</sup>.

Ahora bien, si a esta peculiaridad del derecho sucesorio doméstico, se le añade la presencia de elementos extranjeros, tales como la existencia de un patrimonio internacionalmente disperso o bien la nacionalidad, el domicilio o la residencia habitual del causante, obviamente la cuestión, además de internacionalizarse, mostrará un panorama pleno de matices y múltiples posibilidades.

Los derechos estatales, cuando se enfrentan con el problema relacionado con las sucesiones internacionales, habrán de discernir si según su política legislativa les conviene escoger para su regulación entre los denominados criterios extremos, siempre asistidos por puntos de conexión rígidos, tales como el sistema de la unidad o universalidad, el de la pluralidad o fraccionamiento o los llamados intermedios, o híbridos, tales como el mixto o ecléctico. Asimismo, el legislador puede optar, si así lo desea, por criterios flexibles, tal como el de sujetar la sucesión del causante a la ley del Estado con la que él tuviere vínculos más estrechos. Este último criterio es el adoptado por el Convenio de La Haya del 1° de agosto de 1989 sobre la Ley Aplicable a las Sucesiones Mortis Causa, que intenta superar el antagonismo entre las concepciones extremas.

Lo que resulta de todas formas indudable es que la reglamentación de la ley aplicable en materia de sucesiones internacionales es una cuestión de especial delicadeza y relevancia. Esto se debe, fundamentalmente, a que la sucesión es un fenómeno jurídico universal, pero que ha sido regulado materialmente de manera muy distinta por los diferentes sistemas jurídicos. De modo tal que esta diversidad y disparidad han incidido hasta llegar a condicionar las soluciones de derecho internacional privado. En efecto, el derecho sucesorio es uno de los sectores jurídicos donde las diversidades socioculturales

1. PAZ LAMELA, Santiago, "Nuevas perspectivas en la armonización jurídica comunitaria: el libro verde de la comisión sobre sucesiones y testamentos", en *AFDUDC*, nº 13, 2009, pp. 1063-1070.

y la idiosincrasia propia de cada Estado han tenido mayor reflejo, peculiaridades propias de la tradición histórica que no es posible pasar por alto, y que adquieren mayor trascendencia de la que, a priori, pudiera otorgárseles<sup>2</sup>.

La adopción del sistema del domicilio, la residencia habitual o la nacionalidad dentro del sistema de la unidad o universalidad en el escenario internacional puede vincularse con cuestiones generales, como el reenvío, las calificaciones y la adaptación, o especiales en materia sucesoria, tales como el alcance que corresponde otorgarle a la llamada *lex successionalis*, inclusiva o no, cuestiones relacionadas con la forma, la devolución, la transmisión de activos y pasivos, y la partición sucesoria, entre otras.

En este último aspecto, puede suceder que si se opta por el sistema de la unidad éste puede llegar a afectar las legítimas de los herederos forzosos. Razón por la cual algunos ordenamientos jurídicos, para mitigar tales efectos, se sienten obligados a contemplar, como una suerte de reparación, de resarcirse en la misma proporción de la que fueren privados. Como un derecho de preferencia, que les abre la posibilidad a los herederos forzosos que se vieren discriminados, disminuidos en sus derechos sucesorios..

Precisamente, en esta orientación se ubica el *droit de prélèvement* establecido por el artículo 2 de la Ley francesa del 14 de julio de 1819, cuya aplicación por parte de los jueces motivó que se alzaran numerosas críticas doctrinarias, que calificaron a la institución como exorbitante, absurda y, en todo caso, anacrónica, y por lo que se manifestaron enfáticamente por la definitiva supresión del derecho internacional privado francés<sup>3</sup>.

El objeto de trabajo es demostrar la obsolescencia de una disposición del Código Civil como es la el artículo 3470 del Código Civil, a cuyo fin analizaré en una primera parte, dentro del derecho internacional privado argentino, el texto del artículo mencionado precedentemente, inspirado en el derecho francés, así como también las corrientes doctrinarias y jurisprudenciales que han tenido lugar a su respecto.

En la segunda parte me ocuparé del derecho internacional privado francés, y la evolución operada desde el Antiguo Derecho, así como la sanción de la ley del 14 de julio de 1819, hasta llegar a la interpretación del artículo 2 de la mencionada norma en la actualidad por la jurisprudencia francesa y su incidencia en la aplicación por los jueces argentinos del derecho francés. En la tercera parte, daré cuenta sucinta del sistema argentino en materia de control de constitucionalidad. Finalmente, en la cuarta parte, realizaré algunas reflexiones y propuestas.

2. SANCHEZ LORENZO, Sixto, "What do we mean when we say Folklore?. Cultural and axiological diversities as a limit for a european private law", en *European Review of Pravate Law*, N°2, Kluwer Laz International, 2006, pp. 197-209.

3. REVILLARD, M., *Droit international privé et pratique notariale*, Répertoire du notariat Defrénois, Paris, 2001, pp. 277-278 ; BOULANGER, F., *Les Successions internationales. Problèmes contemporains*, Paris, 1981.

## II. Primera Parte: Derecho Internacional Privado argentino de fuente interna

### 1. La legislación argentina. Código Civil.

Las normas de Derecho Internacional Privado que contemplan la cuestión del derecho aplicable en materia sucesoria, tanto la sucesión legítima como la sucesión testamentaria, son:

Artículo 3283: "*El derecho de sucesión al patrimonio del difunto es regido por el derecho local del domicilio que el difunto tenía a su muerte, sean los sucesores nacionales o extranjeros*".

Artículo 3612: "*El contenido del testamento, su validez o invalidez legal se juzga según la ley en vigor en el domicilio del testador al tiempo de su muerte*".

Artículo 3470: "*En el caso de división de una misma sucesión entre herederos extranjeros y argentinos, o extranjeros domiciliados en el Estado, estos últimos tomarán de los bienes situados en la República Argentina, una porción igual al valor de los bienes situados en país extranjero de que ellos fueren excluidos por cualquier título que sea, en virtud de leyes o costumbres locales*".

Artículo 3598: "*El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas declaradas en este título. Si lo hiciera, se tendrán por no escritas*".

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

Hasta aquí los textos de las normas.

Los defensores del sistema de la unidad se fundan:

En el texto del artículo 3283 y el concordante artículo 3612 en materia sucesoria *ab intestato* y testamentaria, respectivamente, y en la adopción por parte del codificador de la doctrina savigniana;

En la extensa nota explicativa del artículo 3283, Vélez Sársfield cita como única fuente a Savigny, Derecho Romano, t. VIII, parágrafos 375 y 376. En la primera parte, la nota hace referencia al patrimonio considerado como unidad, un objeto ideal de contenido indeterminado, al cual no se le podría asignar el lugar de situación de los bienes que lo componen. El asiento jurídico del patrimonio se encuentra en el domicilio del causante, ya que si abandonamos el domicilio no nos queda sino colocar el derecho a la sucesión donde se encuentra cada uno de los bienes que lo componen. Pero cuando estos bienes están diseminados en lugares diferentes, tendríamos que admitir muchas sucesiones independientes las unas de las otras. El segundo párrafo de la

nota, refiriéndose a las sucesiones ab intestato, dice que estas reposan sobre la voluntad presunta del difunto, no porque esa voluntad pueda considerarse como un hecho cierto respecto de una persona determinada, sino porque cada ley positiva, cada código, adopta la presunción general que le parece más apropiada a la naturaleza de las relaciones de familia. No se concibe fácilmente que en un caso dado se presuma que el difunto ha podido tener voluntad diferente para las diversas partes de sus bienes, y que haya querido otro heredero para su casa que para sus dominios rurales o para su dinero, cuando no ha hecho una declaración expresa por testamento. Cuando dicen los códigos que la sucesión se abre en el domicilio del difunto, importa decir que la jurisdicción sobre la sucesión está en el último domicilio del difunto y que la rigen las leyes locales de ese domicilio;

La nota que no debe perderse de vista es la del artículo 3612, cuando luego de citar a Savigny, dice: "Supóngase que un testador dispusiera gravando la legítima de sus hijos, o disponiendo de sus bienes sin consideración a las legítimas que debe reservar, tal disposición sería nula si no fuese conforme a la ley de su domicilio al tiempo de su muerte, aunque la legítima hubiese sido diferente al hacer el testamento";

La nota al artículo 3470 en la que el codificador cita como fuente a "la ley de Francia del 14 de julio de 1819", agregando que "*sobre las razones y conceptos del artículo, véase Aubry y Rau, párrafo 592*".

Los defensores del sistema de la pluralidad se basan:

- En el texto del artículo 10, cuando emplea el término "exclusivamente", y en la mención "a los modos de transferir", que los somete a la *lex rei sitae*, a la ley del lugar de su radicación;
- En la nota al artículo 3598, cuando dice que: "Cuando en los cinco artículos anteriores hablamos de las porciones legítimas, nos referimos a los bienes que existen en la República. Supóngase que una persona muere en Buenos Aires, dejando cien mil pesos aquí y cien mil pesos en Francia. Los bienes que están en la República Argentina se regirán por nuestras leyes, y los que estén en Francia por las de aquel país. Habrá, pues, tantas sucesiones cuantos sean los países en que hubiesen quedado bienes del difunto. Así la máxima común es: *quod sunt bona diversis territorios obnoxia, totidem patrimonium intelliguntur*. Véase Demolombe, tomo 1, número 93";
- En la nota del artículo 3283 del Código Civil, cuando en la primera parte agrega el codificador: "Puede llamarse una excepción a este principio general, (se refiere al principio de la unidad establecido en el texto del artículo) lo que está dispuesto respecto a la transmisión de los bienes raíces que forman parte del territorio del Estado, cuyo título debe siempre ser transferido en conformidad a las leyes de la República Argentina, artículo 10 de este Código".

Desde mi mira, las disposiciones específicas establecidas en los artículos 3283 y 3612 del Código Civil son las que tienen primacía por encima de las otras disposiciones y

notas pertinentes, para determinar la aceptación del sistema de la unidad en materia sucesoria en el derecho internacional privado de fuente interna de la República Argentina<sup>4</sup>.

## 2. El artículo 3470 del Código Civil. Doctrina. Jurisprudencia.

El artículo 3470 del Código Civil recoge en su texto el denominado derecho de preferencia<sup>5</sup>. Dispone que: "En caso

---

4. En la fuente convencional, los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo, tanto de 1889 como de 1940, siguen el sistema de la pluralidad, inclinándose por la sujeción a la ley del lugar de situación de los bienes que integran el acervo sucesorio. (artículos 44 a 50). Para una profundización puede verse, dentro de la extensa bibliografía sobre este tema: FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*. Capítulo VIII, páginas 291/ 315 Editorial Universidad, 2000.

5. En la misma línea que el artículo 3470 del Código Civil argentino, el artículo 3100 del Código Civil de Quebec de 1991 establece: «*Dans la mesure où l'application de la loi successorale sur des biens situés à l'étranger ne peut se réaliser, des correctifs peuvent être apportés à même les biens situés au Québec notamment au moyen d'un rétablissement des parts, d'une nouvelle participation aux dettes ou d'un prélèvement compensatoire constatés par un partage rectificatif*». También, el artículo 35 de la Ley de Derecho Internacional Privado para la República Bolivariana de Venezuela de 1998, publicada en Gaceta Oficial del 6 de agosto de 1998, establece: "Los descendientes, los ascendientes y el cónyuge sobreviviente no separado legalmente de bienes, podrán, en todo caso, hacer efectivo sobre los bienes situados en la República el derecho a la legítima que les acuerda el derecho venezolano". La doctrina más autorizada ha sostenido que la norma simplemente contempla un factor de conexión territorial alternativo al establecido respecto de las sucesiones, y con un llamamiento limitado y condicionado a la porción legítima. En este aspecto, cabe señalar que la ley venezolana no discrimina según sea la nacionalidad o el domicilio de los beneficiarios de los derechos.

En idéntico sentido el artículo 10 del ordenamiento brasileño sostiene que «La vocación para suceder en bienes de un extranjero situados en Brasil, será regulada por la ley brasileña, en beneficio del cónyuge brasileño y de los hijos del matrimonio, siempre que no les sea más favorable la ley del domicilio». Finalmente, una solución similar es la contemplada por el Código Civil Chileno, salvo que extiende la limitación, no solamente al cónyuge sobreviviente y los hijos del matrimonio, sino a cualquier chileno que tenga vocación hereditaria según las leyes chilenas, llegando incluso a aplicarse a todos los domiciliados en Chile por extensión que hiciera la jurisprudencia. El Código Civil paraguayo establece: "Si un procedimiento sucesorio ha sido iniciado en la República y fuera de ella, los sucesores domiciliados en el país tomarán de los bienes situados en él, una parte igual al valor de aquellos de que hayan sido excluidos en el extranjero en virtud de leyes locales". En este aspecto, cabe indicar que según Roberto RUIZ DIAZ LABRANO, en su obra *Derecho Internacional Privado*, editado por La Ley Paraguaya, Thomson y Reuters, 2010, p. 823, señala: "...El artículo 2448 del Código Civil paraguay tiene por fuente el artículo 3134 del Anteproyecto De Gásperi, el artículo 2449 del Proyecto de la Comisión Nacional de Codificación y el artículo 3470 del Código Civil argentino", quien además agrega: "Frente a la pluralidad de procedimientos sucesorios, situación que se puede presentar por pluralidad de bienes en el extranjero, como una suerte de principio de equidad, el artículo 2448 del Código Civil introduce un elemento de conexión que puede llevar a confusión sobre la ley aplicable, acuerda un derecho especial a los sucesores domiciliados en el República cuando en los procedimientos sucesorios seguidos en el extranjero son excluidos por las leyes del foro...Esta situación, sólo puede ocurrir cuando por el procedimiento o ley extranjera son indebidamente excluidos en la vocación hereditaria y consiguientemente a la sucesión de los bienes ciertas personas,

de división de una misma sucesión entre herederos extranjeros y argentinos, o extranjeros domiciliados en el Estado, éstos últimos tomarán de los bienes situados en la República, una porción igual al valor de los bienes situados en país extranjero de que ellos fueren excluidos por cualquier título que sea, en virtud de leyes o costumbres locales". En esta disposición, tal como surge de los textos transcritos, se regula el llamado *droit de prélèvement* del derecho francés. Efectivamente, la fuente del artículo 3470, como el propio codificador lo reconoce en la nota que textualmente reproduzco es la "*Ley de Francia de 14 de julio de 1819. Sobre las razones y conceptos del artículo, véase Aubry y Rau. Párrafo 592*". El propósito de la ley francesa fue el de atraer los capitales extranjeros y favorecer los progresos de la agricultura, el comercio y la industria<sup>6</sup>.

El legislador tutela al heredero domiciliado en el país para que perciba, en total, lo que la ley argentina le habría otorgado si ella se hubiese aplicado a toda la sucesión. De modo que, la norma autoriza a efectuar una suerte de compensación, de descuento sobre el acervo sucesorio ubicado en territorio argentino, concediéndole una porción igual al valor de los bienes situados en el extranjero de los que fueron privados los herederos domiciliados en la República Argentina.

La doctrina internacionalista argentina mayoritaria<sup>7</sup> interpreta que con el artículo 3470 antes transcrito, se introduce el denominado derecho de retorsión, y que la intención del codificador fue reforzar el principio de unidad establecido por los artículos 3283 y 3612 del mismo cuerpo legal. "*El legislador argentino, previendo que no todas las legislaciones adoptarían el principio de la unidad de legislación, y que podría ocurrir el caso de que una persona domiciliada en la República Argentina tuviese bienes en un*

*país donde la transmisión sucesoria se rigiera por la ley del lugar de situación de los bienes y no por la ley del último domicilio del causante, caso en el cual los tribunales de ese país dejarían de lado a los herederos declarados tales por la ley del último domicilio del causante, para llamar en su lugar a los parientes que determinase la ley de situación de los bienes; pero por imperio del artículo 3470, los herederos domiciliados en la República Argentina podrán compensarse con los bienes situados en el país, del despojo sufrido. Este artículo, lejos de ser una excepción, es un complemento a la regla de la unidad del régimen sucesorio establecido por el artículo 3283, pues tiende a limitar las violaciones que la aplicación de una ley extranjera pudiera inferirle*"<sup>8</sup>. En el mismo sentido, se afirma que: "*El artículo 3470 contiene el principio conocido en el área del derecho internacional como es la retorsión y su antecedente legislativo se encuentra en la ley francesa del 14 de julio de 1819, sancionada para aplicarlo en relación al derecho inglés. Quiere decir que el precepto no sienta el principio de la pluralidad sino una excepción, un complemento del sistema de la unidad para el supuesto en que la ley extranjera discrimine, excluyendo a los argentinos de la herencia, por ser de esta nacionalidad o, siendo extranjeros por encontrarse domiciliados en la República Argentina*"<sup>9</sup>.

En otra posición se encuentran quienes sostienen "*que el artículo 3470 traslada a la Argentina el droit de prélèvement (derecho a llevarse algo con preferencia, derecho a descontar, derecho a deducir, derecho a compensar)... la disposición se aplica tanto a la sucesión ab intestato como la testamentaria y es totalmente independiente de la lucha entre el sistema de unidad y el de fraccionamiento...El artículo debe reconducirse a su función histórica, que es la que tuvo la ley francesa de 1819: contener una retorsión contra derecho extranjero xenófobo*"<sup>10</sup>. En igual orientación, se dice que: "*Esta disposición nada tiene que ver con la teoría de la unidad o del fraccionamiento...Su finalidad es proteger al nacional cuando éste es excluido en el extranjero y no es más que un arcaísmo o resabio de la aplicación extraterritorial del derecho en virtud de la comitas gentium*"<sup>11</sup>.

Si se comparan la ley argentina con la ley francesa que tal y como vimos, le sirvió de fuente de inspiración al legislador argentino, resulta fácil advertir que en el texto del artículo 3470 del Código Civil se amplía la protección, ya que se la concede no solamente a los argentinos sino también a los extranjeros domiciliados en territorio de la República Argentina. Esto no podría ser de otro modo ya que, tal como se sabe, el principio del domicilio es el que impera en la casi totalidad de las disposiciones que conforman el sistema de derecho internacional privado argentino

---

que conforme nuestra legislación poseen vocación hereditaria, situación que según interpretamos, autoriza a "compensar" los bienes a los cuales no han accedido los herederos domiciliados en la República en el procedimiento extranjero, por bienes que sean adjudicados en el procedimiento seguido en la República... ". El Código de Derecho Internacional Privado Belga del 2004, deroga el artículo 912 del Código Civil que establecía el *droit de prélèvement*, derecho de retorsión. El legislador belga sostuvo que esta derogación se debía a que el campo de aplicación de esta regla fue fuertemente discutida, y que además, se trataba de una medida de otra época, que no se justificaba más en la actualidad.

6. ROMERO DEL PRADO, *Derecho Internacional Privado*, Córdoba, Assandri, 1961, p. 432.

7. Dentro de la extensa bibliografía que adhiere a esta posición puede verse ROMERO DEL PRADO, ob. cit., p. 435 quien elocuentemente sostiene: "lo dispuesto en el artículo 3470 del Código Civil, es la única excepción al principio de la unidad, que es verdaderamente seguido por el doctor Vélez Sársfield, excepción incorporada para respetar el principio de igualdad entre los herederos en contra de las exclusiones, desigualdades y privilegios de leyes extranjeras". CALANDRELLI, Alcides, *Revista de la Facultad de Derecho de Buenos Aires*, tomo III, p. 275 ss; VICO, Carlos M., *Curso de Derecho Internacional Privado*, tomo II, 1927, pp. 173 ss. HOOFT, Eduardo Raimundo, "Sucesiones en el derecho internacional privado del Mercosur", en La Ley 15/02/05, I. PARDO, Gustavo A., "Un análisis de casos de sucesión internacional", en La Ley 1987, A, 336. FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. (directora), *Derecho Internacional Privado y de la Integración*. Capítulo VII, págs. 207/240, Editorial La Ley, 2012.

8. También VICO, Carlos M. obra citada pág. 174, Tomo II, Biblioteca Jurídica Argentina. Edición 1935.

9. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2000, p. 303.

10. GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado*, 10ª ed. actualizada por Alicia M. Perugini Zanetti. pp. 601 y 608.

11. WEINBERG, Inés, *Derecho Internacional Privado*, 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, p. 380.

(artículos 6, 7, 948, 1214, 1215, 1216, 3283, 3284, 3612 del Código Civil, entre otros).

La lectura detenida del texto de la norma me permite interpretar que la protección abarca a los domiciliados en la República Argentina, sean nacionales o extranjeros, tutelándolos contra discriminaciones, exclusiones y disminuciones que pudieren padecer en virtud de leyes extranjeras, en tanto habitante permanente de este país. Es decir, la protección establecida por el artículo 3470, y el derecho de retorsión allí establecido podrá hacerse valer en tanto el domicilio se encuentre en nuestro país, siendo obviamente indiferente la nacionalidad del peticionario. Esta posición, en cambio, no es la compartida por comentaristas como Machado y Segovia quienes entienden que dan derecho a reclamar el beneficio acordado al argentino por el hecho de serlo, aunque se encuentre domiciliado en el extranjero.

En este aspecto, cabe recordar que la jurisprudencia argentina ha considerado que: "*Para la aplicación del artículo 3470 del Código Civil, es indispensable la concurrencia de herederos extranjeros y argentinos o extranjeros domiciliados en el país*"<sup>12</sup>.

*"La protección establecida al heredero legitimario por nuestro artículo 3470 tiene lugar, ya sea cuando la ley extranjera o las costumbres locales del país extranjero, o bien por disposición del propio testador, excluyan total o parcialmente a los argentinos y extranjeros domiciliados en la Argentina, interpretación que se apoya en el propio texto del precepto cuando el mismo artículo añade "por cualquier título que sea".*

Asimismo, habrá que buscar la interpretación que corresponde hacer de la alocución que emplea el texto normativo cuando se refiere a los "bienes situados en la República". En este aspecto, puede entenderse que se encuentran comprendidos solamente los bienes inmuebles situados en territorio argentino, o bien, que abarca los inmuebles y muebles de situación permanente, o bien, que queda incluida la totalidad de los bienes, cualquiera sea su naturaleza con tal que se encuentren en el país.

Esta última, parecería erigirse en la interpretación que mejor se compadece con el espíritu de la norma, ya que la misma no hace distinción alguna. En apoyo de lo dicho, conviene destacar por esclarecedora, la doctrina argentina cuando sostuvo que:

*"Cuando por aplicación del artículo 3283, los herederos domiciliados en el país, sean nacionales o extranjeros, son excluidos del derecho a la sucesión, o ven disminuidas, por cualquier título que sea, las porciones que les corresponderían de acuerdo a la ley argentina. Ésta, velando por la integridad de su derecho sucesorio, les acuerda la facultad de iniciar un nuevo juicio en el país, a fin de tomar de los bienes del causante situados en la República, una porción igual a aquella de la que fueron privados en el juicio abierto en el extranjero. Tratándose de un precepto legal*

*instituido con fines de protección e inspirado en el deseo de compensar a los argentinos o extranjeros los perjuicios derivados de una ley extranjera, contraria a los principios de igualdad que el Código ha consagrado, el artículo 3470, al hablar de los bienes situados en la República no hace distinción alguna entre los muebles e inmuebles, le basta que se encuentren en ella el día de la apertura de la sucesión. Lo que prueba, que no es el régimen de los bienes inmuebles el que determina la pluralidad de juicios sucesorios en las dos únicas excepciones a la unidad, sino las consideraciones de orden público en que reposa la legítima en nuestro derecho"*<sup>13</sup>.

En idéntica línea de pensamiento se halla la jurisprudencia argentina cuando en un fallo del 22 de junio de 1925, la Cámara, al confirmar la sentencia del Señor Juez de Primera Instancia Doctor César Campos, dice: "*La disposición del artículo 3470 del Código Civil, que establece que en caso de división de una sucesión entre herederos o extranjeros y argentinos, estos últimos tomarán de los bienes situados en la República una porción igual al valor de los situados en el extranjero de que ellos fuesen excluidos, debe entenderse tanto respecto a los bienes inmuebles como muebles, y el caso se tratara de una cantidad de dinero depositada en un banco en el país*"<sup>14</sup>.

Siguiendo con el análisis de la norma del artículo 3470 del Código Civil, corresponde señalar que para hacer efectiva la protección, quienes tengan derecho a invocarla, deberán abrir una sucesión en la República Argentina a fin de tomar de los bienes situados en nuestro país la porción de la que fueren privados en el extranjero. De este modo, se formará una única masa de bienes, los situados en nuestro país y en el extranjero, y se calculará sobre esa masa la porción que habrá de ser tomada por los beneficiarios.

### 3. Los proyectos de reforma argentinos

El Proyecto elaborado por Werner Goldschmidt, en el título "Sucesión hereditaria" destina los artículos 30 al 33 al tema, sin incluir norma similar al artículo 3470 del Código Civil.

Por su parte, mientras que el Proyecto de 1993 no se ocupó del régimen internacional de la sucesión; el Libro VIII del Proyecto de reforma al Código Civil de 1998/1999, que le dedicó el capítulo VI (artículos 77 a 81), no contiene una norma como la analizada.

Tampoco el Proyecto de Código de Derecho Interna-

12. Cámara Civil Segunda de la Capital Federal, publicada la Revista La Ley, tomo 4, p. 102, fallo 1420, in re "Polito, Francisco, sucesión".

13. ARGÜAS, Margarita; LAZCANO, Carlos Alberto, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, El Ateneo, 1926, p. 235.

14. *Jurisprudencia Argentina*, tomo 16, pp. 189 y ss. In re *Echarte de Caillava*. En este mismo sentido, vale decir, que el artículo 3470 es una excepción al principio de la unidad establecido en el Código Civil argentino, pueden verse los fallos de la Suprema Corte de Buenos Aires, publicado en *Jurisprudencia Argentina*, tomo 29, p. 568 y el de la Cámara Civil Sala Segunda de la Capital Federal, publicado en *Jurisprudencia Argentina*, tomo 53, p. 761.

cional Privado de 2003<sup>15</sup> ni el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012 contemplan regla jurídica semejante al vigente artículo 3470<sup>16</sup>. Esta es una decisión del legislador que está marcando una clara tendencia en la materia.

### III. Segunda Parte: Derecho Internacional Privado Francés

#### 1. Ancién Droit

Antes de la Revolución francesa, los extranjeros estaban sometidos a incapacidades tales como no poder transmitir por sucesión los bienes que tuvieran en Francia, que era lo que constituía el llamado derecho de "aubana", respondiendo a un aforismo que indicaba "que el extranjero era libre en la vida, siervo a su muerte".

En virtud del mencionado derecho, el extranjero era incapaz de adquirir, sea por testamento o ab intestato, los bienes de su padre dejados en Francia, aun cuando éste fuera de nacionalidad francesa y para el supuesto que dejara hijos franceses y extranjeros, sólo heredaban los primeros pasando los bienes al señor feudal o al rey en caso de quedar solamente parientes extranjeros como sucedía cuando no había herederos. Este derecho fue limitado, permitiéndose a los hijos de franceses nacidos en Francia, recibir los bienes que dejaba en territorio francés su padre extranjero. Con posterioridad, en la misma línea de restricción del mentado derecho de "aubana", se atenuó su rigor incluyéndose excepciones a favor de príncipes, soberanos extranjeros, comerciantes que iban a las ferias, obreros que se ocupaban de las manufacturas y estudiantes, entre otros<sup>17</sup>. Simétricamente, con el derecho de "aubana" se aplicaba a los extranjeros un derecho llamado de detracción que debían abonar para suceder, que importaba un impuesto sobre la sucesión dejada por un extranjero. En síntesis, se trataba el primero de los nombrados, del derecho que autorizaba al señor feudal o al rey mismo, a apropiarse de las herencias de causantes extranjeros y el segundo, el derecho que le asistía a las autoridades feudales para exigir el pago de un impuesto sobre las herencias en las que intervenían extranjeros.

La Revolución francesa por la ley del 6 de agosto de 1790, llega a abolir los derechos de "aubana" y de "detracción". Pero se sostuvo que esta ley solamente se refería a la

incapacidad de transmitir y no les otorgaba a los extranjeros el derecho de recibir una sucesión o un legado, lo cual fue motivo para que se dictara el decreto del 8 de abril de 1791 con arreglo al cual los extranjeros, aún los domiciliados fuera de Francia, eran capaces de recibir y disponer de los bienes que obtuvieran por sucesión de sus parientes.

#### 2. El Código Civil Francés

En 1804 se sanciona el Código Civil francés de Napoleón que implica un retorno hacia el antiguo derecho, código que "al decir de Jitta en lo que concierne a los extranjeros lleva más bien el sello de la malevolencia que el de la fraternidad, proclamada con tanto estrépito poco antes de ponerlo en vigor"<sup>18</sup>.

En este aspecto, el artículo 726 establecía que un extranjero no sería admitido para suceder los bienes que su pariente extranjero o francés dejara en territorio francés, sino en los casos y de la manera como un francés sucediera a su pariente que dejara bienes en país extranjero, tal como surgía del artículo 11 del Código Civil. Según este último, los extranjeros gozarán en Francia de los mismos derechos civiles que actualmente son acordados o acuerden a los franceses por los tratados con la nación a la cual esos extranjeros pertenezcan. Es sabido que dicha norma establecía la denominada reciprocidad diplomática, en virtud de la cual debía existir un tratado con el Estado de la nacionalidad del extranjero para gozar de la excepción. Del juego de ambas disposiciones, lisa y llanamente, surge con claridad que quedó restablecida la incapacidad de recibir una sucesión, a menos que existiera tratado, lo cual obviamente aumentaba las arcas del soberano.

Es más, en la misma línea de política legislativa, el artículo 912 determinaba la incapacidad del extranjero de recibir por actos inter vivos, cuando la reciprocidad no se encontraba admitida en el país de su nacionalidad, dado que no se podía disponer en su beneficio, sino en los casos en que esa persona podía hacerlo a favor de un francés. Es decir, que esta disposición crea una incapacidad que restablece el derecho de "aubana", pues en el antiguo derecho los diversos actos entre vivos, como hacer o recibir donaciones, caían en lo que se denominaba derechos o facultades del derecho de gentes únicas de las que podían gozar los extranjeros frente a las facultades del derecho civil, reservadas a los franceses.

#### 3. La ley del 14 de julio de 1819

Esta ley que establece el droit de prélèvement es una excepción a la aplicación normal de la regla de conflicto en provecho del heredero que, por efecto de la ley sucesoria competente, se le han atribuido derechos inferiores a los que él recibiría por aplicación de la ley francesa. En el artículo 1° disponía que "quedan derogados los artículos 726 y 912 del Código Civil, en consecuencia los extranjeros ten-

15. Elaborado por la Comisión de Estudio y Elaboración del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado designada por las Res. M.J. y D.H.191/02 y Res. M.J.S. y D.H.134/02. Presentado al Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos el 14 de mayo de 2003. Versión corregida y entregada al Ministerio de Justicia el 24 de Junio de 2003. [www.jus.gov.ar/minjus/dinaci/index.htm](http://www.jus.gov.ar/minjus/dinaci/index.htm).

16. En la obra FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara L., *Derecho Internacional Privado*, ob citada explícito in extenso, para quienes deseen conocerla, mi posición para el supuesto que en la República Argentina se encare la reforma del sistema de derecho internacional privado en general y específicamente en materia de sucesiones internacionales.

17. ROMERO DEL PRADO, Víctor N, *Derecho Internacional Privado*, tomo II, Córdoba, Assandri, 1961, p. 430.

18. JITTA, Joseph. *Droit International Privé*. 1906.

drán el derecho de suceder, disponer y recibir de la misma manera que los franceses en toda la extensión del reino”.

Según el artículo 2, se dispuso que: “En el caso de división de una misma sucesión entre herederos extranjeros y franceses, éstos recibirán de los bienes situados en Francia, una porción igual al valor de los bienes situados en país extranjero, de que fuesen excluidos por cualquier título, en virtud de leyes o costumbres locales”<sup>19</sup>.

Esta ley si bien deroga en su artículo 1º, en su totalidad, el derecho de “aubana”, por el otro, como contrapartida, incorpora el denominado *droit de prélèvement* en el artículo 2, temiendo que el derecho extranjero mantuviera la institución abolida de “la aubana”, sobre todo pensando en el derecho inglés<sup>20</sup>.

Esta disposición, que reconoce un especial privilegio a favor del heredero francés en una sucesión, donde por lo menos intervienen dos coherederos y uno es francés, mereció una interpretación restrictiva tanto por la doctrina como por la jurisprudencia francesa.

En este sentido, la Cámara Civil, en su sentencia del 7 de diciembre de 2005 sostuvo, en la parte pertinente: “Aux termes de l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819, le droit de prélèvement est une exception à l'application normale d'une règle de conflits de loi, qui, lorsque un héritier français se voit reconnaître par une loi successorale compétente des droits inférieurs à ceux qui résulteraient pour lui de l'application de la loi française, lui permet de prélever, sur les biens de la succession en France, une portion égale à la valeur des biens dont il est privé, à quelque titre que ce soit, en vertu de cette loi ou d'une coutume locale. Le conjoint survivant, qui exerce ses droits, non pas en sa qualité d'héritier qu'il n'a pas perdue, mais en se prévalant, en vertu d'un testament, de sa seule qualité de légataire de la quotité disponible la plus étendue, pour laquelle il avait exercé son droit d'option, ne peut pas se prévaloir du droit de prélèvement de l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819. Les applications du droit de prélèvement de l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 sont rares en jurisprudence et la Première chambre civile a eu l'occasion, par cet arrêt, de déterminer les bénéficiaires de ce droit au regard de la finalité de ce texte... Un bref rappel des faits est nécessaire. Georges Loiseau, notaire à Abidjan, est décédé à Paris, en laissant pour lui succéder sa femme et ses trois enfants. Sa succession se composait de biens mobiliers et immobiliers situés en France et en Côte-d'Ivoire, ainsi que de divers actifs dépendant d'un trust aux îles Caïmans. La loi ivoirienne, déclarée applicable à la succession mobilière par référence au dernier domicile du défunt, privant le conjoint survivant de toute part dans la succession de son mari en présence d'enfants et limitant la quotité disponible au quart des biens, sa femme, instituée par testament olographe légataire de la quotité disponible la plus étendue, a déclaré opter pour le quart en pleine propriété et les trois quarts

en usufruit des biens dépendant de la succession et a demandé le bénéfice du droit de prélèvement, auquel certains enfants se sont opposés. Dès 1868, la Cour de cassation avait admis que l'article 2 de la loi s'appliquait également entre cohéritiers français. Mais ce droit était-il réservé au seul héritier ou reconnu à tout successible? Il convenait de s'interroger sur la condition du conjoint survivant et sur la finalité de la loi de 1819.1. La qualité de légataire a-t-elle fait perdre au conjoint survivant sa qualité d'héritier? L'évolution de la condition du conjoint survivant traduit une reconnaissance progressive de ses droits de successible en qualité d'héritier. Si cette qualité ne lui était pas reconnue en 1804, une vocation en usufruit lui a été donnée en 1891 et 1925. En 1930, il concourt avec des parents d'une autre ligne. En 1957, il exclut les collatéraux ordinaires. En 1958, le législateur lui reconnaît la saisine (art. 724 ancien du Code civil). Avant la réforme du 3 décembre 2001, si sa qualité d'héritier était certaine, il n'était cependant pas considéré comme un héritier comme les autres en raison de la particularité de sa situation due à l'incidence du régime matrimonial choisi par les époux et surtout aux avantages matrimoniaux entre conjoints (donations entre époux; legs de la quotité disponible au conjoint survivant comme c'est notre cas), ce qui modifie sa situation. Cependant, un arrêt de la Première chambre civile du 19 février 2002 (Bull. n° 64) affirme sans réserve sa qualité d'héritier: «Attendu qu'il résulte de ces textes (art. 724, 731 et 767 du Code civil) que le conjoint survivant a la qualité d'héritier»; il a la saisine et la jouissance sur l'universalité des biens de la succession (Civ., 1 re, 3 février 2004, Bull. n° 40). La réforme de 2001 lui attribue désormais la qualité d'héritier à part entière (art. 731 et 732, 756 et 757 du Code civil). Par l'arrêt du 7 décembre 2005, la Cour de cassation décide que le conjoint survivant, qui exerce ses droits en sa qualité de légataire de la quotité disponible la plus étendue, ne perd pas sa qualité d'héritier. Les deux qualités ne s'excluent pas; elles se combinent en fonction de la finalité du texte à mettre en œuvre.2. Quelle est la finalité de l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819? Le droit de prélèvement est une exception à l'application normale de la règle de conflit au profit de l'héritier qui, par l'effet de la loi successorale compétente, se voit attribuer des droits inférieurs à ceux qu'il recevrait par l'application de la loi française. Il s'agit donc d'un privilège exorbitant, à l'image des articles 14 et 15 du Code civil. Il ne peut être interprété que restrictivement. La doctrine, dans son ensemble, est défavorable à une application trop extensive de la loi de 1819, qu'elle estime obsolète, d'esprit trop nationaliste et territorialiste, difficilement justifiable. Le professeur P. Lagarde, notamment, préconisait une abrogation de ce texte en considérant qu'il était « archaïque et source d'inutiles complications » (note sous Civ, 1 re, 1 er février 1972, D. 1973, p. 62). Mais qui peut prélever? Le français qui a la qualité d'héritier stricto sensu ou le légataire également? L'esprit de la loi est incontestablement de protéger les seuls héritiers et surtout les héritiers réservataires car ce sont les droits ab intestat du français qui sont remis en cause. Dans la mesure où le conjoint survivant n'entend pas seulement protéger sa vocation successorale légale, mais choisit d'exercer, par le droit d'option, ses droits de légataire, cette qualité de légataire ne doit-elle pas prévaloir et l'exclure du bénéfice du droit de prélèvement. La Première chambre civile a tranché pour une application restrictive du texte en excluant le légataire du bénéfice du droit de prélèvement de l'article 2

19. ZEBALLOS, Estanislao S., *Jurisprudencia Argentina*, tomo 1, p. 549; WEISS-ZEBALLOS, *Manual*, tomo I, p. 345.

20. También puede verse FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara L., *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, Ob. Cit., Cap. VIII - Régimen Internacional de la sucesión, pp. 292-315.

de la loi du 14 juillet 1819. Lorsque la même personne jouit de la double qualité d'héritier et de légataire, il convient de rechercher quels sont les droits qu'elle veut exercer : ceux de légataire ou ceux d'héritier? Ce choix détermine la règle à mettre en œuvre. Cette solution apparaît être une application raisonnable d'un texte d'exception"<sup>21</sup>.

21."En virtud del artículo 2 de la Ley del 14 de julio de 1819, el derecho de retorsión o retractación es una excepción a la aplicación normal de una regla de conflicto de leyes (norma indirecta), por la cual, cuando se concede a un heredero francés derechos inferiores a los que daría lugar la aplicación de la ley francesa, mediante una ley sucesoria aplicable, le permite tomar de los bienes en Francia una porción igual al valor de los bienes de los que se le priva, por cualquier título o en virtud de la presente ley o costumbre local. El cónyuge sobreviviente, que ejerce sus derechos, no en calidad de heredero, que no ha perdido, sino en virtud de un testamento, simplemente como un legatario de la parte de libre disposición del causante, por la cual ha ejercido su derecho a opción, no puede invocar el derecho de retorsión del artículo 2 de la Ley del 14 de julio de 1819. Casos en los que se aplica el artículo 2 de la Ley de 14 de julio 1819 son poco frecuentes en la jurisprudencia y la Cámara Civil Primera ha tenido ocasión, en dicha sentencia, para determinar los beneficiarios de este derecho a la luz de la finalidad de su texto... Es necesario hacer un breve resumen de los hechos. George Loiseau, un notario de Abidján, murió en París, dejando como sucesores a su esposa y tres hijos. Su patrimonio sucesorio consistía en bienes muebles e inmuebles situados en Francia y Costa de Marfil, así como diversos activos dependientes de un fideicomiso en las Islas Caimán. La ley de Costa de Marfil, declarada aplicable a los bienes muebles en virtud del último domicilio del difunto, privaba a la cónyuge sobreviviente de cualquier parte de la herencia de su marido ante la existencia de hijos, y encontrándose limitada la cuota disponible a la cuarta parte de los bienes, su esposa, instituida como legataria por testamento ológrafo de la parte de libre disposición, declaró optar por un dominio pleno de la cuarta parte del patrimonio y de tres cuartos en usufructo de los bienes sucesorios y reclamó el beneficio del derecho de retractación, a lo que algunos hijos se opusieron. Desde 1868, la Corte Suprema de Justicia aceptó que el artículo 2 de la ley se aplica por igual entre coherederos franceses. Sin embargo, este derecho estaba reservado para el heredero o para cualquier sucesor reconocido. Es apropiado interrogarse sobre la condición del cónyuge sobreviviente y el propósito de la ley de 1819. La calidad de legatario le ha hecho perder al cónyuge sobreviviente su condición de heredero. La evolución de la situación del cónyuge sobreviviente refleja un gradual reconocimiento de sus derechos de sucesión como heredero. Si bien esta calidad no le fue reconocida en 1804, una vocación en usufructo se le concedió en 1891 y 1925. En 1930, concurrió con los parientes de otra línea. En 1957, excluyó a los colaterales ordinarios. En 1958, el legislador le reconoce la posesión hereditaria - posesión temporal de los bienes hasta tanto estos sean debidamente divididos - (artículo 724 del antiguo Código Civil). Antes de la reforma del 3 de diciembre de 2001, aunque su condición de heredero fuera cierta, sin embargo, no se lo consideró un heredero como los demás por su situación particular debido a la incidencia del régimen matrimonial elegido por los cónyuges y especialmente por los beneficios matrimoniales entre cónyuges (donaciones entre cónyuges, herencia de la parte de libre disposición al cónyuge supérstite, como es nuestro caso), lo que cambia la situación. Sin embargo, una sentencia de la Cámara Primera en lo Civil, del 19 de febrero de 2002 (Bol. N° 64) afirma, sin reservas, su condición de heredero: "Considerando que se desprende de estos textos (artículos 724, 731 y 767 del Código Civil) que el cónyuge sobreviviente tiene la calidad de heredero", tiene la posesión hereditaria y el disfrute de la universalidad de los bienes sucesorios (Civ., primera, 3 de febrero de 2004, Bol. N° 40). La reforma de 2001 le atribuyó de ahora en adelante la condición de heredero (art. 731 y 732, 756 y 757 del Código Civil). Mediante sentencia del 7 de diciembre de 2005, la Corte de Casación decidió que el cónyuge supérstite, que ejerce sus derechos en su calidad de legatario de la parte de libre disposición,

Según la doctrina más autorizada, el *droit de prélèvement* en el derecho comparado se presenta bajo dos formas, la que se denomina la *prélèvement* nacionalista y la *prélèvement compensatoria*.

La primera es la típica del derecho francés. La jurisprudencia ha realizado una interpretación según la cual esta se aplica no solamente cuando un francés es discriminado en el extranjero en razón de su nacionalidad, sino cuando es privado de un derecho que le sería reconocido en Francia, como sería el derecho de reserva sobre los bienes situados en el territorio francés<sup>22</sup>. En la otra modalidad, denominada no nacionalista y compensatoria, se otorga la preferencia al heredero independientemente de su nacionalidad. Si bien la doctrina francesa suele defenderse aduciendo que la *prélèvement* ha sido empleada como un correctivo ante la necesidad de remediar un resultado injusto<sup>23</sup>.

#### 4. El Artículo 2 de la Ley del 14 de julio de 1819: un cambio radical

La reforma constitucional del 23 de julio de 2008, introduce en el derecho francés la denominada cuestión prioritaria de constitucionalidad (artículos 61 y 62 de la Cons-

no pierde su condición de heredero. Ambas cualidades no son mutuamente excluyentes, se combinan en función del propósito del texto en análisis. ¿Cuál es el propósito del artículo 2 de la Ley de 14 de julio de 1819? El derecho de retorsión es una excepción a la aplicación normal de la regla de conflicto a favor de un heredero que, en virtud de la ley de sucesión aplicable, se le asignan derechos inferiores a los que recibiría por la aplicación de la ley francesa. Por tanto, es un privilegio exorbitante, al igual que los artículos 14 y 15 del Código Civil. Solo puede interpretarse de manera restrictiva. La doctrina, en su conjunto, es adversa a una aplicación excesivamente amplia de la ley de 1819, se la considera obsoleta y de espíritu demasiado nacionalista y territorialista, difícilmente justificable. El Profesor P. Lagarde, en particular, abogó por la derogación de este texto teniendo en cuenta que era "arcaica y una fuente innecesaria de complicaciones" (nota al Civ., primera, 1 de febrero de 1972, D. 1973, p. 62). Sin embargo, ¿quién puede ejercer este derecho? El francés, que tiene la calidad de heredero en sentido estricto sentido, o también el legatario? El espíritu de la ley está claramente orientado para proteger solamente a los herederos y principalmente a los herederos forzosos porque son los derechos ab intestato de los franceses los que son desafiados. En la medida en que el cónyuge supérstite no tiene la intención sólo de proteger sus derechos de sucesión legal, sino que, por el derecho de opción, elige ejercer los derechos de legatario, esa calidad de legatario no debe prevalecer y excluirlo del derecho de retorsión. La Cámara Primera en lo Civil falló a favor de una aplicación restrictiva del texto excluyendo al legatario del derecho del artículo 2 de la Ley del 14 de julio de 1819. Cuando la misma persona disfruta de la doble condición de heredero y legatario, es necesario investigar cuáles son los derechos que quiere ejercer: los de legatario o los de heredero. Esta elección determina la regla a aplicar. Esta solución parece ser una aplicación razonable de un texto de la excepción".

22. Ver *Affaire Caron et Holzberg*. Cass. 20 mars 1985, Rev. Critique 1986, p. 66, note Y. Lequette. En el derecho chileno el artículo 998 del Código Civil, establece que "los chilenos interesados podrán pedir que se les adjudique en los bienes del extranjero existentes en Chile todo lo que les corresponda en la sucesión del extranjero. Esto mismo se aplicará en caso necesario a la sucesión de un chileno que deja bienes en país extranjero".

23. BONOMI, Andrea. Rec. Des Cours., *Successions Internationales : Conflits de lois et de juridictions*, 2011.

titución). Este recurso permite de forma inédita el control a posteriori de la constitucionalidad de las leyes por el Consejo Constitucional. La doctrina se ha expedido sobre este tema, diciendo que "en razón de esta reforma, instituciones perennes del derecho privado francés, antes al abrigo a salvo de tal control, podrán ver su conformidad con la Constitución puesta a prueba"<sup>24</sup>.

En este aspecto, la ley del 14 de julio de 1819, en vigor hasta el día de la sentencia, fue declarada inconstitucional por vulnerar el principio de igualdad entre los herederos.

En efecto, se aduce que en general la doctrina es contraria a una aplicación extensiva de la ley de 1819, ya que se la califica como "obsoleta con espíritu nacionalista y territorialista, difícilmente justificable"<sup>25</sup>.

Estas disposiciones, los artículos 61 y 62 de la Constitución francesa, abren la posibilidad de controlar la constitucionalidad de las leyes<sup>26</sup>, creando un recurso, una vía antes inexistente cuyo propósito es liberar, purgar al orden jurídico de instituciones contrarias de valores y principios que conforman el llamado bloque constitucional. Este núcleo, que se puede calificar como duro, se encuentra teñido, impregnado por las disposiciones protectoras de los derechos humanos.

En tal entendimiento, con fecha 5 de agosto del 2011, el Consejo Constitucional empleando el recurso de la cuestión prioritaria, ha declarado la inconstitucionalidad del artículo 2 de la Ley francesa del 14 de julio de 1819.

El Consejo sostiene que<sup>27</sup>: "*Considerando que los términos del artículo 2 de la ley del 14 de julio de 1819, relativa a la abolición del derecho de aubana y de detracción, que dispone que para el caso de que en una misma sucesión entre coherederos extranjeros y franceses, éstos últimos gozaran de una preferencia sobre los bienes situados en Francia, pudiendo tomar una porción igual al valor de los bienes situados en país extranjero de los que fueron excluidos, por cualquier título que sea en virtud de leyes o costumbres locales;*

*"Considerando que esta disposición que instituye el*

*derecho de preferencia permite únicamente a un francés reclamar sobre los bienes situados en Francia una porción sucesoria que le otorga la ley francesa y de la que ha sido excluido por la ley sucesoria extranjera desconoce el principio de igualdad, así como priva a un heredero de su derecho sobre una parte de la sucesión restringiendo injustificadamente la libre disposición de sus bienes por el difunto, atenta contra el derecho de propiedad;*

*"Considerando que el artículo 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y de los Ciudadanos de 1789 dispone que la ley debe ser la misma para todos, sea que ella proteja, sea que ella castigue; que el principio de igualdad no se opone ni a que el legislador regle de forma diferente a situaciones diferentes, ni a que él derogue a la igualdad cuando las razones de interés general lo justifiquen con tal que en uno y otro caso, la diferencia de tratamiento que resulta se encuentre en relación directa con el objeto de la ley que lo establece;*

*"Considerando que el artículo 2 de la ley del 14 de julio de 1819 cuyo objeto por una parte es establecer criterios que conducen a obstaculizar la aplicación de la ley extranjera aplicable en materia de sucesión entre coherederos extranjeros y franceses y, que por otra parte, instaura un derecho de preferencia con la finalidad de proteger al heredero francés de la exclusión de la ley extranjera;*

*"Considerando que la disposición discutida instituye una regla material que deroga a la ley extranjera designada por la regla de conflicto de leyes francesa, que esta regla material de derecho francés...desconoce, en sí mismo, el principio de igualdad..."*

*..."Considerando que, que por todo ello, el artículo 2 de la ley del 14 de julio de 1819 relativo a la abolición del derecho de aubana y de detracción debe ser declarado contrario a la Constitución.*

*"DECIDE: Artículo primero. El artículo 2 de la ley del 14 de julio de 1819 relativo a la abolición del derecho de aubana y de detracción es contrario a la Constitución. Artículo segundo: de forma. 4 de agosto de 2011, publicado en 5 de agosto del 2011."*

En síntesis, tal como se advierte en los párrafos precedentemente transcritos, se ha producido un cambio en el ámbito del derecho internacional privado francés de las sucesiones, que no temo calificar como radical respecto de una de las instituciones más tradicionales y antiguas del derecho, como es el derecho de preferencia del heredero francés.

#### **IV. Tercera Parte: el control de constitucionalidad en el derecho argentino**

Tempranamente, en el derecho argentino se acepta que los jueces ejerzan el control difuso de la constitucionalidad, (CORTE SUPREMA, 1888, "Elortondo"), independientemente de lo dispuesto en el artículo 43 de la Constitución Nacional que se refiere al amparo como control de los derechos fundamentales.

24. STORCK, M.; CERQUEIRA, G. (dir), *Les frontières entre liberté et interventionnisme en droit français et en droit brésilien*, L'Harmattan, 2010, pp. 127 ss.

25. LAGARDE, Paul, ha propiciado la derogación de esta disposición por arcaica y fuente de inútiles complicaciones, en su nota a la sentencia de la Cámara Civil, del 1 de febrero de 1972, D. 1973, p. 62. También PONSARD, nota Rev. Cr.dr.int.pr., 1972, p. 603; MAYER, Pierre, *Droit International Privé*, N° 812, 1994. En materia de derecho internacional privado francés puede verse DROZ, Georges A.L. "Saisine héréditaire et administration de la sucesión en droit int. privé français et comparé", *Revue Vrit.*, 1970, p. 183 y ss, LOUSSAUARN, Yvon – BOUREL, Pierre, *Précis Droit International Privé*, 7ª. Edición, Dalloz, p. 526/540, especialmente p. 532/534. Ver Cass. Civ. 20 mars 1985, *Revue critique*, 1986, note Lequette. ANCEL, Bertrand et LEQUETTE, Yves, *Les Grands Arrêts de la jurisprudence française de dr. Int. Privé*, 2da. Edición, Sirey.

26. FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara L., "El control de constitucionalidad del derecho extranjero", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, n° 32, Caracas, 2008, pp. 11-43, trabajo que es el disparador del presente.

27. Traducción de la autora.

El Alto Tribunal en un caso en que se trataba sobre la razonabilidad de la ley 14.226 sobre "números vivos de variedades en los cinematógrafos", sostuvo:

*"Es misión del Poder Judicial, sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo de decidir las causas de cualquiera de los otros poderes nacionales que estén en oposición con ella. Sin embargo, tanto la Constitución argentina como su modelo estadounidense, no desarrollan explícitamente el control de constitucionalidad. Aunque la jurisprudencia ha desarrollado la doctrina sosteniendo que "el principio de la presunción de constitucionalidad de las leyes, naturalmente supone el de su razonabilidad".*

*"El objeto cardinal y específico de la ley cuestionada, en mérito a su naturaleza y a los propósitos que le dan contenido, lejos de consistir en el provecho de un grupo de personas obtenido merced al sacrificio patrimonial de otro grupo, reviste carácter inequívocamente público o general. De modo que, acreditado este aspecto básico, la ley 14.226, no transgrede los principios que rigen el legítimo ejercicio del poder de policía, a esta Corte sólo le está permitido analizar la razonabilidad de los medios previstos por el legislador o sea el grado de adecuación existente entre las obligaciones que la ley impone y los fines que la realización procura y ello cualquiera sea el juicio sobre el mérito intrínseco o el valor artístico permanente o actual de la actividad tutelada..."*

*"La cuestión de saber si debieron elegirse los de la ley 14.226 u otros procedimientos, son ajenos a la competencia de esta Corte a la que sólo incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos por el Congreso, es decir que sólo debe examinar si son o no proporcionados a los fines que el legislador se propuso conseguir y en consecuencia decidir si es o no admisible la consiguiente restricción de los derechos individuales afectados. Pues como se afirmó, el Tribunal nunca ha entendido que pueda sustituir su criterio de conveniencia o eficacia económica o social al del Congreso de la Nación para pronunciarse sobre la validez constitucional de las leyes...." (CORTE SUPREMA, 1960, "Cine Callao").*

Nuestro sistema de control de constitucionalidad "es muy amplio, en cuanto a lo que es materia controlable. Pueden ser objeto de control normas, actos, hechos y omisiones, provenientes tanto de órganos estatales del gobierno nacional o de gobiernos provinciales, en uno y otro caso integrantes de cualquiera de los tres Poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial". Indican que se pueden enumerar como actos controlables las leyes nacionales y provinciales, los actos y los reglamentos administrativos nacionales y provinciales, los hechos administrativos, las omisiones de la autoridad pública, etcétera. Entre sus características principales se encuentran:

- 1) Es un sistema judicial, dado que el control es ejercido por los órganos del Poder judicial.
- 2) Es un sistema difuso, porque todos los jueces pueden declarar la inconstitucionalidad de las leyes y decretos.

- 3) Los jueces solamente pueden expedirse en juicios o casos judiciales (litigios entre particulares, o entre particulares y el Estado), quienes ejercen el control respetando las reglas de su competencia jurisdiccional, o sea que cada juez lo hace en los casos o causas que le corresponde resolver en razón de la materia, lugar, entre otras.

- 4) Recae sobre toda clase de normas y actos: se ejerce sobre las leyes nacionales, provinciales y también sobre todos los demás actos y normas estatales de carácter general o singular, incluidas las sentencias judiciales y los actos administrativos.

- 5) Los jueces ejercen el control de constitucionalidad en casos concretos, pero no cuando la cuestión se ha constituido en abstracto, a pedido de las partes interesadas o afectadas por la aplicación de las normas impugnadas de inconstitucionalidad.

- 6) Los jueces no ejercen control sobre las cuestiones calificadas como políticas ("cuestiones políticas no justiciables o actos de gobierno") emanadas de facultades privativas de los poderes políticos (Poder Legislativo y Poder Ejecutivo).

- 7) El control de constitucionalidad no comprende aquellas cuestiones formales o de procedimiento de su sanción.

- 8) Los jueces se pronuncian sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas impugnadas, en las sentencias de los juicios, produciendo efectos que únicamente valen para ese caso concreto y no tienen alcance general (efecto inter partes y no *erga omnes*).

En suma, tal como surge de lo señalado precedentemente, el control de constitucionalidad afecta la norma impugnada en el caso concreto, por lo que la disposición cuestionada sigue siendo válida y solamente puede ser derogada por la misma autoridad que la aprobó. Si un juez argentino se viera en la necesidad de controlar la constitucionalidad del derecho foráneo, se vería obligado a hacerlo en relación y a la luz de la Constitución Argentina, y no de la extranjera. De la vulneración de la Constitución extranjera se ocupan, y bien que lo hacen, los jueces extranjeros, no los jueces argentinos.

## V. Cuarta Parte: algunas reflexiones finales y propuestas

- 1) En la interpretación del derecho extranjero, a la pregunta de si están los jueces ligados a las opiniones admitidas en el país de la legislación de que se trata, hay que responder con una negativa. En el caso concreto de la aplicación del derecho extranjero francés, la modificación acaecida en tal ordenamiento, es decir, la declaración de inconstitucionalidad de la Ley del 14 de julio de 1819, más allá de que se podría coincidir doctrinariamente con ella, no obliga, no resulta vinculante para los jueces argentinos. Aun cuando los jueces fundamentasen la totalidad de la sentencia en una legislación extranjera, no dejan de ser ellos los que administran justicia en nombre y bajo la responsabilidad del Estado al cual pertenecen. Es a ellos a quienes correspon-

de penetrar en el sentido de la ley extranjera; para lo cual tendrán muy en cuenta, evidentemente, las opiniones jurisprudenciales dominantes en el país extranjero, pero esas opiniones no serán obligatorias para ellos.

■ 2) En la República Argentina, sea que el juez aplique sus propias reglas o las de un país extranjero, realiza siempre la función tantas veces comparada con la solución de un silogismo, en el cual la norma actúa como premisa mayor y los hechos que estima probados como premisa menor. Sostener lo contrario importa desnaturalizar la sentencia judicial, que en tal caso carecería de un esencial presupuesto de validez, la cual es estar fundada en derecho, sin que a ello obste la reconocida pero no infranqueable dificultad práctica que encierra el conocimiento del derecho extranjero por el juez, lo que por otra parte aparece como arcaico en virtud de la celeridad de las comunicaciones existentes en el mundo contemporáneo. Es más, ello está constitucionalmente vedado porque el juez no crea derecho, no legisla, función que le corresponde al legislador, que simétrica y equilibradamente tiene competencia para crearla, no para interpretarla<sup>28</sup>.

---

28. Puede verse un desarrollo más profundo de la cuestión de la aplicación del derecho extranjero en BIOCCHA, Stella; CARDENAS, Sara; BASZ, Victoria, *Derecho Internacional Privado. Parte general*. Buenos Aires, Editorial Universidad, 1990, p. 137. En este aspecto, desde otro punto de vista, cabe señalar que en materia procesal la teoría del uso jurídico, a la cual no adhiero, intentó descubrir la vía media entre la doctrina de derecho y la del hecho. Para quienes cultivan esta tesis, el juez argentino debería imitar la sentencia probable del juez extranjero. En efecto, se afirma en esta línea de pensamiento por un lado, que el derecho extranjero es un hecho (hecho probable dentro de un contorno irreal e imposible, concibiéndolo, como la sentencia que con el máximo grado asequible de probabilidad dictaría el juez extranjero en el supuesto caso de que el aspecto de la contienda, sometido a su derecho, realmente se hubiere radicado en su jurisdicción), por el otro, que la autoridad debe averiguarlo de oficio por ser un hecho notorio. “Nuestros jueces, dice Werner GOLDSCHMIDT deben someterse *tamquam cadaver* (igual que a un cadáver), a la interpretación que los jueces extranjeros dan a su respectivo Derecho, aun en el supuesto de su identidad al nuestro”. La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, que vincula a nuestro país con Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Ley 22921 BO 27/09/1983, en vigor para la República Argentina 01/12/1983, en el artículo 2 establece: “Los jueces y autoridades de los Estados Partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada”. Sin embargo, el Protocolo Adicional a los Tratados de Derecho Internacional Privado en los artículos 2 y 3 respectivamente disponen: “Su aplicación será hecha de oficio por el juez de la causa sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley invocada”. “Todos los recursos acordados por la ley de procedimientos del lugar del juicio para los casos resueltos según su propia legislación, serán igualmente admitidos para los que se decidan aplicando las leyes de cualesquiera de los otros Estados”. A su turno, el artículo 13 del Código Civil argentino establece: “La aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que este Código la autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes. Exceptúanse las leyes extranjeras que se hicieren obligatorias en la República Argentina por convenciones diplomáticas, o en virtud de ley especial”.

■ 3) Los tribunales judiciales, sean nacionales o extranjeros, especializados o no especializados, carecen de competencia para declarar la inconstitucionalidad del derecho extranjero en base a la Constitución extranjera. Dicho en otras palabras, el control de constitucionalidad se ejerce sobre la propia Constitución.

■ 4) Si se interpreta el artículo 3470 como única excepción, o como complemento del principio de unidad imperante en materia sucesoria en virtud de lo establecido por los artículos 3283 y 3612 del Código Civil, se impone una interpretación restrictiva de su texto, tal y como lo tienen establecido tanto la doctrina como la jurisprudencia argentinas.

■ 5) Convendría que el legislador argentino, en futuras alteraciones, innovaciones legislativas en materia de derecho internacional privado, a la luz de los proyectos de reforma más emblemáticos, recapacitara seriamente sobre la inconveniencia de mantener por inercia instituciones como el mentado *droit de prélèvement* que ha dado muestras claras de obsolescencia y de anacronismo incluso en el país de su génesis.

■ 6) En este sentido, es propicio que en futuras reformas del sistema de derecho internacional privado en materia de sucesiones internacionales, se considere la derogación del artículo 3470 del Código Civil argentino, por resultar francamente violatorio de tratados internacionales sobre derechos humanos y la Constitución Nacional que garantiza a todos los habitantes, a todos los domiciliados en nuestro territorio, los mismos derechos (artículo 20 de la Constitución Nacional), por lo que me manifiesto enfáticamente por su definitiva supresión del derecho internacional privado argentino.

■ 7) Mientras eso ocurra, resulta evidente que la modificación acaecida en el derecho francés, la declaración de inconstitucionalidad de la Ley del 14 de julio de 1819, tendría como principal y único efecto, indicar la tendencia contemporánea imperante en la actualidad, que se mueve decididamente hacia la derogación, hacia la muerte de, nunca mejor empleado el término, tanto innecesarias como inútiles discriminaciones en materia de sucesiones internacionales. ■

## VI. Bibliografía

- ALBORNOZ, Jorge, “Sucesión hereditaria”, en Fernández Arroyo Diego (Coordinador), *El derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*, ed. Zavallia, Buenos Aires, 2003, capítulo 21, pp. 841 – 871.
- ARGÜAS, Margarita; LAZCANO, Carlos Alberto, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, El Ateneo, 1926.
- BIOCCHA, Stella; CARDENAS, Sara; BASZ, Victoria, *Derecho Internacional Privado. Parte general*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1990.
- BOULANGER, F., *Les Successions internationales. Problè-*

- mes contemporains, Paris, 1981.
- CALANDRELLI, Alcides, en *Revista de la Facultad de Derecho de Buenos Aires*, tomo III.
  - FERMÉ, Eduardo L., "El régimen sucesorio en el Derecho Internacional Privado Argentino". J.A. T. 1967-III-50- Sección Doctrina.
  - FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara L. , "El control de constitucionalidad del derecho extranjero", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, nº 32, Caracas, 2008.
  - FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara L., *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2000.
  - FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Internacional Privado y de la Integración*. Serie de libros universitarios. La Ley. 2012.
  - FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. , "La división sucesoria en el Derecho internacional Privado". *Revista Jurídica La Ley*, 1 de agosto de 2012.
  - GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado*, 10ª ed., actualizada por Alicia M. Perugini Zanetti.
  - *Derecho Internacional Privado*, ediciones de 1985 y 2009.
  - HOOFT, Eduardo R., "Sucesiones en el derecho internacional privado del MERCOSUR", en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración* (www.eldial.com), Ed. Albremática, Buenos Aires, 29 de octubre de 2004.
  - HOOFT, Eduardo R., *Sucesión hereditaria, jurisdicción internacional y ley aplicable*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981.
  - MAYER, Pierre, *Droit International Privé*, N° 812, 1994.
  - PAZ LAMELA, Santiago, "Nuevas perspectivas en la armonización jurídica comunitaria: el libro verde de la comisión sobre sucesiones y testamentos". En *AFDUDC*, nº 13, 2009.
  - REVILLARD, M., *Droit international privé et pratique notariale, Répertoire du notariat Deffrénois*, Paris, 2001.
- ROMERO DEL PRADO, Víctor N., *Derecho Internacional Privado*, tomo II, Córdoba, Assandri, 1961.
- SANCHEZ LORENZO, Sixto, "What do we mean when we say Folklore?. Cultural and axiological diversities as a limit for a european private law", en *European Review of Private Law*, N°2, Kluwer Laz International, 2006.
  - STORCK, M. ; CERQUEIRA, G. (dir), *Les frontieres entre liberté et interventionnisme en droit francais et en droit brésilien*, L'Harmattam, 2010.
  - VICO, Carlos M. *Curso de Derecho Internacional Privado*, tomo II, 1927.
  - WEINBERG, Inés, *Derecho Internacional Privado*, 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011.
  - ZEBALLOS, Estanislao S., en *Jurisprudencia Argentina*, tomo I.

# “ Los Derechos Fundamentales como instrumento de integración regional en Europa ”

Por Susana Sanz Caballero

Licenciada en Derecho. Facultad de Derecho de la Universitat de Valencia.  
ssanz@uch.ceu.es



## 1. Introducción

Es de sobra conocida la particular idiosincrasia del proceso de integración europea. Se trata de un camino que aún se está recorriendo, con muchos altibajos y con un resultado y diseño final desconocido. Una pregunta clave en este proceso de integración política es el papel que desempeñan los derechos fundamentales en el mismo, si contribuyeron en el pasado y contribuyen hoy día a esa unión de Estados o , por el contrario, si su tratamiento y la controversia que suscitan constituyen una rémora para la integración. A esa pregunta vamos a intentar dar respuesta en las siguientes líneas.

Entre los llamados padres de la construcción europea siempre se recuerda a Jean Monnet, Robert Schuman, Alcide de Gasperi, Konrad Adenauer o Altiero Spinelli. A veces también se cita a Winston Churchill. Pero a menudo la doctrina olvida a Joseph Beck<sup>1</sup>, un político luxemburgués que acuñó una frase que resume como pocas la manera tan peculiar que tiene de construirse la Europa unida. Según Beck, la integración en Europa avanzaba como las procesiones de su pueblo, en las que se desfila dando dos pasos hacia adelante y uno hacia atrás, dos hacia adelante y uno hacia atrás, y así hasta llegar a destino. Con este modo de caminar siempre se llega a la meta pero más tarde de lo que se podría haber llegado y con desesperantes momentos de retroceso. Así es también como se ha ido construyendo y se sigue construyendo la protección de los derechos fundamentales en Europa, con notables pasos adelante, pero también con decepcionantes recules que no deben preocupar excesivamente porque sirven para coger nuevas fuerzas y suelen terminar dando otro gran paso adelante.

Por tanto, la respuesta a esta pregunta clave para la integración europea es sin duda positiva. Es más, es muy positiva pese a casos muy sonados que jalonan la historia reciente de este continente, casos que han ido apareciendo en la prensa y en los que se comprueba que los derechos fundamentales, en lugar de ser un elemento de unión, a veces se han convertido en un motivo de disidencia. A modo de ejemplo se pueden citar los siguientes:

1) Durante la firma del Tratado de Lisboa en 2007, que otorgó a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>2</sup> el mismo valor que a los tratados, Reino Unido, Chequia y Polonia hicieron un *opt-out* a la misma con el fin de que

1. Las referencias bibliográficas a Beck no son muy numerosas y, a menudo, son indirectas. Véase: DEBASA NAVALPOTRO, Felipe: *Jean Monnet y la Carta fundacional de la Unión Europea. La Declaración de 9 de mayo de 1950*, Servicio de Publicaciones de la URJC, Madrid, 2004, p. 29.

2. Sobre la Carta, véase: BURGORGUE-LARSEN, Laurence: “Le destin judiciaire strasbourgeois de la Charte des Droits Fondamentaux de l’Union Européenne”, en *Chemins d’Europe. Mélanges en l’honneur de Jean Paul Jacqué*, Dalloz, París, 2010, p. 148; FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio: “Sobre la eficacia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Una perspectiva pluridisciplinar*, Zamora, 2003, p. 42; MENÉNDEZ, Agustín José: “Fundamentando Europa. El impacto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión”, en *La Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, Fernández sola, Natividad (Ed.), Dy-

no la apliquen sus tribunales internos ni la puedan alegar en juicio los demandantes que presenten pleitos ante órganos judiciales de estos tres países.

2) Unos años antes, durante la cumbre de Niza de diciembre de 2000, los Estados miembros de la UE se habían negado a dar valor obligatorio a la recién redactada Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, porque concitaba demasiados disensos, de modo que este documento quedó en un limbo jurídico, como mera declaración de carácter político, hasta la firma del Tratado de Lisboa<sup>3</sup>.

3) El tercer ejemplo es más antiguo, hay que retrotraerse hasta la firma del Tratado de Maastricht de 1992. En ese momento, el Reino Unido rechazó el aumento de derechos sociales que traía consigo el Tratado, lo cual llevó a que se tuviera que aprobar un Protocolo adicional a fin de que su negativa no paralizara la conclusión del tratado de reforma. Ese protocolo se denominó Protocolo Social y fue suscrito por once de los entonces doce Estados miembros de la UE.

Resulta decepcionante la pugna entre Estados por cuestión de derechos fundamentales, en lugar de ser elemento de consenso a veces sea de disenso. Pero realmente esto algo que ocurre y Europa no es una excepción. Sin embargo, es más lo positivo que lo negativo, es más lo que los derechos fundamentales han hecho en pro del proceso de integración europea que lo que han supuesto de elemento de desunión. Con el fin de ilustrar esta realidad, se articulará la exposición en torno a cinco grandes argumentos: 1) En Europa no existe sólo una única organización que promueva la protección de los derechos fundamentales, sino al menos dos: el Consejo de Europa y la Unión Europea. 2) La UE ha sabido enmendar su error y ha creado un sistema de protección de los derechos fundamentales de manera sobrenvenida. 3) En Europa tampoco preocupa pedir prestado aquello de lo que se carece y por eso la UE ha solicitado la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) del Consejo de Europa. 4) El complejo europeo de déficit democrático ha actuado como acicate para iniciar la protección de los derechos fundamentales y para, después, mejorarla. 5) Para demostrar su compromiso (sobrenvenido y converso) en materia de derechos fundamentales, la UE ha creado la Agencia de Derechos Fundamentales.

kinson, Zaragoza, pp. 93-126 y POIARES MADURO, Miguel: "The double constitutional life of the Charter of Fundamental Rights", en la misma obra, pp. 287-331; MANGAS MARTÍN, Araceli (dir.): *Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008; SANZ CABALLERO, Susana: "La Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne: un essai de démolition", en *Droits de l'homme: souveraineté et ingérence*, 2002, Ed. Revue Marocaine d'Administration Locale et Développement, pp. 189-195 y "La Carta de Derechos Fundamentales de la UE en la Convención sobre el futuro de la UE", en *Noticias de la Unión Europea*, 2003, vol. 221, pp. 47-58.

3. RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro: "La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y la protección de los derechos humanos", en *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, FERNÁNDEZ SOLA, NATIVIDAD (Ed.), Dykinson, Zaragoza, 2003, pp. 11-35, p. 22 y 23.

## 2. El modelo europeo de integración europea a través de los derechos fundamentales

### 2.1. Europa cuenta con dos organizaciones internacionales diferentes que se ocupan de la integración a través de los derechos fundamentales, el Consejo de Europa y la Unión Europea

Cuando se habla de la protección de los derechos fundamentales en Europa, se ha de saber que este continente, en vez de un único sistema de protección tiene dos, el del Consejo de Europa y el de la UE<sup>4</sup>. Incluso se podría hablar de tres, si se cuenta la dimensión humana de la Organización de Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE)<sup>5</sup>. Sin embargo, a continuación se hará referencia al sistema convencional del Consejo de Europa y, sobre todo, al supranacional de la UE, porque son los más avanzados y depurados. Así, a falta de una organización para integrar a los Estados europeos a través de los derechos fundamentales, en Europa hay al menos dos: una creada *ex professo* para este fin, el Consejo de Europa, y otra "conversa" en relación con los derechos fundamentales, la Unión Europea<sup>6</sup>.

Conviene empezar recordando cómo fue la puesta en marcha del sistema de protección de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa y cómo fue la puesta en marcha del de la UE, porque no puede ser más diferente el modo de aparición de los derechos fundamentales en uno y otro. Ambos, el Consejo de Europa y las Comunidades Europeas (CCEE) -que son las organizaciones internacionales sobre cuya base se ha creado la actual UE-, surgieron en una misma época y comparten las mismas razones y lógica de creación, pero a la hora de proteger los derechos fundamentales sus procedimientos no pudieron ser más divergentes. Consejo de Europa y CCEE surgieron en la dinámica pro-europeísta que se extendió tras la Segunda Guerra Mundial. Tras esta contienda, los Estados europeos entonan el mea culpa y hacen un propósito de enmienda. Entre otras razones, este conflicto fratricida se ha producido porque

4. COHEN-JONATHAN, Gérard: "Sur la pluralité des systèmes européens de protection des droits de l'homme", en *Revue des Droits de l'Homme*, 1973, vol. 4, pp. 615-649; DE SALVIA, Michel: « L'élaboration d'un ius commune des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la perspective de l'unité européenne », en *Protecting human rights. The European dimension. Studies in honour of Gérard Wiarda*, Carl Heymans (ed.), 1988, pp. 555-563; PÉREZ DE NANCLARES, José: "Viejos y nuevos problemas en el espacio europeo de los derechos humanos. Reflexiones a propósito de la necesaria cooperación judicial efectiva entre el TJUE y el TEDH", en *Estudios de Derecho Internacional y de Derecho Europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, Aznar, Mariano y Cardona, Jorge (eds.), tomo 1, 2012, pp. 791-820.

5. PENTIKÄINEN, Merja y SCHEIMIN, Martin: "A comparative study of the monitoring mechanisms and the important institutional frameworks for human rights protection within the Council of Europe, the CSCE and the European Community", en *Monitoring human rights in Europe*, Martinus Nijhoff, 1993, pp. 93-119.

6. SANZ CABALLERO, Susana: "La contribución del Consejo de Europa al acervo de la Unión Europea en materia de derechos fundamentales: sinergias y divergencias de ambos sistemas", en *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, Fernández Sola, Natividad (Ed.), Dykinson, Zaragoza, pp. 59-92, p. 60.

los Estados europeos no colaboraban entre sí, de modo que ahora deciden cooperar creando instituciones comunes y organizaciones de carácter europeo. A esa lógica responde la creación de: 1) el Consejo de Europa a través del Estatuto de Londres en 1949, 2) la creación de la primera Comunidad Europea, la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), que surgió un poco después, en 1951, a través de Tratado de París, 3) así como la creación de las dos últimas Comunidades Europeas, la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA) en 1957, a través de los Tratados de Roma.

El Consejo de Europa se creó sobre todo por y para que los Estados europeos cooperasen en materia de derechos fundamentales. No en vano, al año siguiente de su creación se había redactado en su seno el tratado internacional más importante en materia de derechos fundamentales que se ha hecho en la historia de Europa. Ese tratado es el CEDH, auspiciado por el Consejo de Europa en 1950, y cuya relevancia no ha disminuido a través de los años. Resulta sorprendente que el Consejo de Europa tuviera listo en solo un año el convenio europeo más emblemático en materia de derechos fundamentales, que crea un órgano judicial para garantizar la aplicación de los derechos que enuncia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Y en 1961 el Consejo de Europa complementó este convenio, que compendia los derechos civiles y políticos que se respetarán en Europa, con la Carta Social Europea (CSE), otro tratado internacional dedicado a la protección de los derechos humanos, pero esta vez de los económicos y sociales y un tratado que también incluye un sistema de garantías -aunque éste no es de carácter judicial.

El propio Estatuto del Consejo de Europa establece claramente en su artículo 3 que quien aspire a ser miembro del Consejo de Europa, además de ser un Estado europeo, debe ser un Estado de Derecho y respetar los derechos fundamentales<sup>7</sup>. Este artículo se conoce como el imperativo ideológico de la organización. Por esta razón, todos los países que surgieron de la disolución del bloque comunista en Europa no fueron admitidos en el Consejo de Europa hasta después de 1990, esto es, hasta que demostraron su alejamiento de los regímenes totalitarios y su apuesta por la protección de los derechos fundamentales. El número de Estados miembros del Consejo de Europa ha crecido exponencialmente desde los 10 Estados fundadores hasta los 47 actuales, englobando a prácticamente todos los Estados del continente europeo (salvo Belarús). Entre sus miembros contamos con algunos aprendices de democracia, más que auténticos Estados democráticos.

Con esta evocación al origen del Consejo de Europa se comprueba la apuesta total y absoluta que se hizo en el Consejo de Europa por los derechos fundamentales des-

de un principio. Esa apuesta ha continuado hasta nuestros días, porque el Consejo de Europa sigue siendo referencia en la protección de los derechos fundamentales y ha auspiciado hasta 33 tratados diferentes relativos a derechos fundamentales, el último de ellos de 2011, relativo a la erradicación de la violencia contra la mujer en el hogar y la violencia doméstica.

En cambio, si se vuelve la vista ahora a la UE y a las CCEE, que estuvieron en la base de la creación de la actual UE, se comprueba que no hay ni una sola mención a los derechos fundamentales en sus tratados constitutivos. Ni en el Tratado CECA de 1951 ni en los de la CEEA y la CEE de 1957 hay referencia a los derechos fundamentales como tales. Este vacío no deja de ser llamativo puesto que, aunque no estuviera por escrito entonces en ningún tratado comunitario, era evidente que cualquier Estado que quisiera ser miembro de las CCEE debía ser no sólo una economía de mercado sino también una democracia y por tanto, un Estado respetuoso de los derechos fundamentales. Ésta siempre ha sido una condición implícita o sobreentendida de adhesión a las CCEE. Es difícil entender por qué no se hizo un alegato en favor de los derechos fundamentales en los tratados constitutivos que están en el origen de la actual Unión cuando, sin embargo, un buen número de organizaciones internacionales coetáneas de las CCEE sí que los mencionaban en sus textos instituyentes. Entre ellos, la ONU, la UNESCO, la UEO y hasta el Tratado del Atlántico Norte creador de la OTAN.

Las razones de este silencio de los tratados constitutivos pueden ser varias:

Al haberse creado de modo paralelo el Consejo de Europa, y dado que esta organización ya protegía los derechos fundamentales, se pensó que era innecesaria esa mención a los derechos fundamentales en los tratados constitutivos de las CCEE. Se pensó que ya estaban suficientemente protegidos en Europa gracias al Consejo de Europa, del que todos los Estados miembros de la CECA, a su vez, formaban parte<sup>8</sup>.

El silencio también pudo deberse a un intento por evitar temas con connotaciones políticas y para conjurar el peligro de que las CCEE fracasaran como habían fracasado ya dos proyectos de carácter marcadamente político: las fallidas Comunidad Europea de Defensa y Comunidad Política Europea. Por ello, las CCEE se ciñeron a lo puramente económico.

Por ende, en aquel momento, se pensaba erróneamente que unas organizaciones internacionales como las CCEE, con competencias de carácter económico, se ocuparían de temas demasiado técnicos y que en el ejercicio de sus competencias difícilmente podrían violar los derechos fundamentales.

En los tratados constitutivos de las CCEE aparecía dis-

7. "Cada uno de los Miembros del Consejo de Europa reconoce el principio del imperio del Derecho y el principio en virtud del cual cualquier persona que se halle bajo su jurisdicción ha de gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y se compromete a colaborar sincera y activamente en la consecución de la finalidad definida en el capítulo primero".

8. PÍ LLORÉS, Montserrat: *Los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario*, Ariel, Barcelona, 1999 y SALINAS DE FRIAS, Ana: *La protección de los derechos fundamentales en la UE*, Málaga, 2000.

perso, aquí y allá, algún derecho que uno puede identificar como derecho de carácter fundamental, como la libertad de circulación para los nacionales de los Estados miembros, la libertad de empresa o el derecho a igual remuneración para igual trabajo, pero aparecían no como auténticos derechos fundamentales, sino como instrumentos necesarios para garantizar el mercado común y el libre cambio<sup>9</sup>. En este sentido, no se codificaron como auténticos derechos fundamentales sino, como requisitos básicos para garantizar los objetivos del mercado común. Con ello se demuestra que, en sus inicios, las CCEE eran más una Europa de mercados que una Europa de ciudadanos y que a la persona se la consideraba como un mero factor de producción, un mero agente económico, más que como un ser humano portador de derechos.

Rememorar la escueta y cicatera base jurídica que existía en los orígenes de la protección de los derechos fundamentales de la Unión no hace sino contribuir a magnificar y valorar, en toda su dimensión, el salto que ha dado la UE en este ámbito; cómo partiendo de la nada, ha podido llegar tan lejos; cómo sin tener prácticamente una base en los tratados constitutivos ha podido crear todo un sistema de protección de los derechos fundamentales que se fue viendo que era fundamental para conseguir la integración europea, y que hoy, a falta de un único instrumento de protección, está basado en al menos tres: la jurisprudencia de su tribunal, el TJUE; una carta propia de derechos fundamentales que, además, hoy ya es obligatoria; y una convención, el CEDH, al que la UE se va a adherir. Todo esto demuestra que la UE no se podía construir de espaldas a los derechos fundamentales y que los Estados miembros, conscientes de ello, fueron acordando el modo a través del cual su integración política y económica también respetara los derechos fundamentales.

## 2.2. La UE sabe enmendar sus errores: dado que no se previó un sistema de protección de los derechos fundamentales, éste se ha ido creando de manera sobrevenida

Durante años, cuando al Tribunal de Justicia de las Comunidades (TJCE) -hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)-, le llegaba un asunto relativo a derechos fundamentales o en el que una de las partes alegase la violación de algún derecho fundamental, el tribunal comprobaba si el invocado era uno de los escasos derechos que

aparecían mencionados expresamente en los tratados, por ejemplo, la igualdad salarial o la libertad de empresa. Si era así, lo tenía en cuenta en la resolución del litigio. Pero si no estaba en los tratados, como era el caso con la mayoría de los derechos (como los derechos a la vida privada y familiar, a la libertad de expresión, a un juicio justo o a no ser detenido arbitrariamente, por ejemplo) entonces el tribunal no podía darle la razón a la víctima porque los tratados no contemplaban ese derecho. En esos litigios, el tribunal concluía que el asunto no era de su competencia o que no podía darle solución, basándose en argumentos de derechos fundamentales<sup>10</sup>. Esto empezó a crear una sensación de injusticia e impotencia, y lo que es más peligroso, empezó a generar una airosa respuesta de algunos tribunales constitucionales como el alemán y el italiano, que no entendían cómo las CCEE podían proteger menos los derechos fundamentales que los propios Estados miembros. Estos tribunales internos manifestaron su malestar porque se dejaba a las personas en situación de indefensión y retaron con llevar a cabo un control de constitucionalidad del Derecho Comunitario, lo cual hubiera supuesto el fin de la autonomía y la primacía del ordenamiento comunitario<sup>11</sup>.

Lo cierto es que desde el punto de vista de la lógica de los derechos fundamentales, casi era mejor no traspasar una competencia estatal a las CCEE, porque mientras la mantuviera el Estado, estaba sometida al control estatal de constitucionalidad y amparo de los derechos fundamentales, pero, una vez cedida la competencia, los tratados constitutivos de las CCEE ya no protegían la mayoría de los derechos fundamentales que pudieran verse afectados en el ámbito de esa competencia transferida. Por eso y para evitar males mayores, el tribunal en 1969 cambió su discurso inhibicionista y en la sentencia STAUDER<sup>12</sup>, relativa al derecho a la dignidad de la persona, dijo que empezaría a proteger los derechos fundamentales en base a una fuente del derecho no escrita y muy poco usada en el ámbito comunitario hasta ese momento como eran los principios generales del Derecho.

En sentencias posteriores, el tribunal completó y complementó su argumentación añadiendo en la sentencia NOLD de 1974<sup>13</sup> que para localizar los principios generales que le indicaban los derechos fundamentales que serían aplicables en el ámbito comunitario, se inspiraría en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y también en los tratados internacionales relativos a derechos humanos que hubieran ratificado los Estados miembros y muy especialmente, el CEDH.

Así fue el comienzo de la protección de los derechos fundamentales en las CCEE y así es como ha continuado

9. El art. 214 TCE establecía la garantía del secreto profesional, el art. 6 TCE la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad, el art. 40.3 la prohibición de la discriminación entre productores y consumidores en el ámbito de las organizaciones de consumidores de mercados agrícolas, el art. 48.2 la prohibición de la discriminación por razón de la nacionalidad entre trabajadores de Estados miembros en cuanto a retribución, empleo y demás condiciones de trabajo, el art. 119 la igualdad de retribución de trabajadores y trabajadoras, el art. 36 la protección de la propiedad industrial y comercial, el art. 118.1 TCE y 46.2 TCECA la promoción de los derechos sindicales y de la mejora de las condiciones de vida, seguridad social, formación profesional, derecho de asociación y derecho a la negociación colectiva, el art. 222 TCE la tutela de los distintos regímenes de propiedad de los Estados miembros y los arts. 48 y 52 la libertad de circulación y establecimiento.

10. Véase sentencia del TJCE de 4 de Febrero de 1959, FRIEDRICH STORK/ALTA AUTORIDAD, C-1/58, Rec. 1959, pp. 43 ss.

11. Sentencia del FRONTINI de 27 de Diciembre de 1973 del Tribunal Constitucional italiano y SOLANGE de 29 de Mayo de 1974 del Tribunal Constitucional alemán.

12. Sentencia del TJCE de 12 de Noviembre de 1969, STAUDER/COMISIÓN, C-29/69, Rec. 1969, pp. 419 ss.

13. Sentencia del TJCE de 14 de Mayo de 1974, NOLD/ COMISIÓN, C-4/73.

siendo durante décadas. Con ello, el Tribunal de Justicia nos demostró su dinamismo y su imaginación, pero sobre todo nos demostró que las CCEE/UE saben reaccionar y enmendar sus errores.

### 2.3. La integración de los derechos fundamentales puede exigir préstamos y la UE ha hecho uso de esta posibilidad con el CEDH del Consejo de Europa

La mención y el uso del CEDH por parte del Tribunal de Justicia han sido profusos desde la sentencia NOLD de 1974. Es más, desde los años setenta, cuando le llegaban al Tribunal de Justicia casos con connotaciones para los derechos fundamentales, el tribunal fue cogiendo confianza: donde al principio solo citaba el CEDH de modo genérico, luego pasó en sucesivas sentencias a citar artículos concretos del CEDH, e incluso después pasó a citar también sentencias del TEDH, esto es, jurisprudencia del tribunal de otra organización internacional en apoyo de sus argumentaciones jurídicas, como si fuera jurisprudencia propia<sup>14</sup>.

Todo esto hizo que desde el Parlamento Europeo y desde la Comisión Europea se sugiriera ya en los años setenta que las CCEE se adhirieran al CEDH. La idea consistía en que, si informalmente las instituciones comunitarias usaban este instrumento jurídico de otra organización internacional, que al menos se diera el paso valiente de adherirse al convenio. De ese modo, se daría por zanjado el vicio de origen que se atribuía a las CCEE y que consistía en que no tenían una declaración de derechos propia ni un sistema de protección de los derechos fundamentales adecuado<sup>15</sup>.

Durante décadas se habló y escribió mucho sobre la posibilidad de que las CCEE –o luego la UE– se adhirieran a este tratado internacional auspiciado por el Consejo de Europa<sup>16</sup>. Incluso había quien decía que, dadas las competencias económicas de la UE, también la adhesión debería ser a la Carta Social Europea de esa misma organización. Sin embargo, cuando parecía que esto era posible, el Consejo de la UE le presentó al Tribunal de Justicia una solici-

tud de dictamen preguntando si los tratados permitían la adhesión. Eran principios de los años noventa, se acababa de crear la UE a través del Tratado de Maastricht, era un momento de euro-optimismo y parecía factible que la respuesta del tribunal fuera positiva. Por eso, el dictamen del TJCE fue un mazazo. El 28 de marzo de 1996 el Tribunal de Justicia emitió una opinión consultiva que claramente establecía que en el estado actual del Derecho Comunitario, en ese momento histórico, no era posible la adhesión<sup>17</sup>. La argumentación del tribunal era lógica y coherente, aunque fuera también decepcionante: la razón por la que el Tribunal de Justicia había empezado a proteger los derechos fundamentales en 1969 con la sentencia STAUDER fue precisamente para cubrir y enmendar la falta de valentía de los Estados miembros, que cuando negociaron los tratados constitutivos no incluyeron una competencia para las CCEE en materia de derechos fundamentales. Por tanto, si los Estados miembros no tomaban ahora la iniciativa de reformar los tratados, a fin de incluir los derechos fundamentales como competencia o política de la UE, los jueces europeos no tenían por qué sustituir a los estadistas en su trabajo legislativo. Por tanto, los jueces comunitarios decidieron que no iban a hacer otra vez el trabajo por los Estados miembros con su dictamen. A mayor abundamiento, el dictamen fue emitido en una época en la que los Estados miembros estaban discutiendo la reforma del que luego sería llamado el Tratado de Ámsterdam, de modo que la opinión del tribunal se podía considerar realmente como una invitación a los Estados para que incluyeran un sistema de protección de los derechos fundamentales en los tratados aprovechando que estaban debatiendo sobre la reforma de la Unión en esos instantes, cosa que no hicieron. Aunque el Tratado de Ámsterdam mejoró y amplió mucho el contenido y el número de derechos que serían objeto de protección<sup>18</sup>, sin embargo no incluyó un auténtico sistema o competencia de la UE en la materia. Los derechos fundamentales siguieron siendo considerados como una condición para la legalidad de los actos comunitarios pero no se creó un mecanismo de protección de los mismos, sino que siguieron siendo monitorizados a través del expediente de los principios generales que había sido acuñado previamente por el tribunal.

Toda esta controversia a cuenta del dictamen del Tribunal de Justicia demuestra que los Estados miembros de la UE también discuten por los derechos fundamentales, unos porque creen que los protegen más que la propia UE –como Finlandia o Suecia– y otros porque no quieren que la UE les dicte cómo deben protegerlos –como el Reino Unido. La conclusión es que en ese momento los derechos fundamentales no sirvieron para integrar Europa sino para lo contrario. Sin embargo, la UE, fiel a su modo de actuar tradicional, jalonado de pasos atrás seguidos de notables saltos hacia delante, regaló un nuevo hito en pro de la integración y la protección de los derechos fundamentales con la reforma de los tratados que tuvo lugar en 2007, es decir,

14. Aunque normalmente este uso del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH por parte del TJCE ha sido positivo, en ocasiones ha llevado a contradicciones y divergencias entre ambas jurisprudencias, incluso en ocasiones a interferencias entre ambos sistemas (SANZ CABALLERO, Susana: "Interferencias entre el Derecho Comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Luxemburgo versus Estrasburgo", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2004, vol. 17, pp. 117-160; "El control de los actos comunitarios por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2001, vol. 10, pp. 473-513 y MARTÍNEZ PÉREZ, Enrique: "La actualización de los derechos fundamentales en Europa: la incidencia de la Carta en la jurisprudencia de Estrasburgo", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2013, n. 44, pp. 155-190).

15. CHUECA SANCO, Ángel: "Por una Europa de los derechos humanos: la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos", en *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, Fernández Sola, Natividad (Ed.), Dykinson, Zaragoza, pp. 37-56.

16. CHALTIÉL, Florence: "L'UE doit-elle adhérer à la CEDH ?", en *Revue du marché commun et de l'UE*, 1997, n. 404, pp. 34-50; FERRARI BRAVO, Luigi: « Problemi tecnici dell'adesione della CE alla CEDH », en *Rivista di Diritto Europeo*, 1979, pp. 347-359; SPERDUTTI, Giuseppe: «Le rattachement des CCEE à la CEDH», en *Revue du Marché Commun*, 1980, n. 4, pp. 179-183.

17. SANZ CABALLERO, Susana: "A vueltas con una vieja cuestión: la adhesión de la CE/UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos tras la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja*, 2003, vol. 11, supl., pp. 69-80

18. SANZ CABALLERO, Susana: "Los derechos fundamentales en el Tratado de Ámsterdam: una reforma tímida pero positiva de los tratados constitutivos", en *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja*, 1998, n. 4, supl., pp. 58-77.

la del Tratado de Lisboa, que de nuevo plantea como meta, ni siquiera como posibilidad, sino como una auténtica obligación y un fin, la adhesión de la UE al CEDH en su artículo 6.2. Esa adhesión se está negociando en estos momentos entre el Consejo de Europa y la UE<sup>19</sup> y el 5 de abril de 2013 se presentó el informe final sobre la adhesión<sup>20</sup>.

Lo cierto es que aunque esa adhesión es importante, incluso necesaria para la UE –puesto que tendrá como efecto principal que la propia organización estará obligada por el mismo tratado de derechos humanos por el que están obligados sus Estados miembros–, es todo menos sencilla. Porque para que entre en vigor, hará falta la ratificación de los 47 Estados miembros que forman el Consejo de Europa (entre ellos, la de los 27 que a su vez son miembros de la UE). En todo caso y pese a su dificultad, el gesto de la UE decidiendo adherirse al CEDH es una demostración de que en esta integración, a través de los derechos fundamentales en la UE, no importa pedir prestado (en este caso, pedir prestado un convenio de otra organización internacional). Es más, al Consejo de Europa tampoco le importa dejar prestado y ha aceptado gustoso esta adhesión que demuestra el éxito de su convenio más emblemático, manifestado en el hecho de que hasta una organización internacional de carácter supranacional lo quiere asumir como propio. Además, este mandato actual por el que la UE se debe adherir al CEDH nos demuestra que Beck estaba en lo cierto: a veces se dan pasos hacia atrás, como cuando en 1996 el Tribunal de Justicia impidió la adhesión de la UE al Convenio, pero otras veces los pasos son auténticas zancadas hacia adelante, como ahora, cuando el Tratado de Lisboa obliga a la adhesión.

#### 2.4. El déficit democrático ha actuado como acicate para iniciar la protección de los derechos fundamentales y para, después, mejorarla

Durante décadas se ha hablado y se sigue hablando del déficit democrático de la UE. Con esta expresión, se reprochaba a la UE que su Comisión Europea, el germen del futuro gobierno europeo no tuviera la legitimidad de las urnas; que el Parlamento Europeo gozara de escasísimos poderes siendo como es la única institución elegida por los ciudadanos; así como la falta de transparencia y cercanía de la UE al ciudadano. Para paliar el déficit democrático, que es algo que ha acompañado y ha capitidismuido bastante el trabajo de la UE, se han llevado a cabo acciones a lo largo de los últimos años. Entre ellas, se ha convertido al Parlamento Europeo en co-legislador y se le ha dado un mayor control político sobre las otras instituciones y órganos. También ha servido para paliar el déficit democrático, la creación del estatus de ciudadanía europea por el Tratado de Maastricht de 1992. Asimismo, ha servido la reforma que supuso el Tratado de Ámsterdam en 1997, que contiene un nuevo artículo que estipula que la UE promueve la democracia, la igualdad, la solidaridad e incluye acciones para lograr estos

objetivos, con la posibilidad incluso de sancionar al Estado miembro que viole los principios democráticos. Por último, se ha incorporado al tratado, la prohibición expresa (antes era sólo algo implícito) de ingresar en la UE si no se es un Estado democrático y respetuoso de los derechos fundamentales. Otra de las iniciativas ideadas para huir de esa lacra, que es la acusación de déficit democrático, ha sido la reciente creación en el Tratado de Lisboa de la iniciativa ciudadana europea, que abre el paso a los ciudadanos europeos para que, si consiguen un millón de firmas, las instituciones europeas legislen a nivel europeo en la materia que les sea propuesta<sup>21</sup>, habiéndose ya alcanzado el millón de firmas necesario para la primera iniciativa ciudadana que propugna el reconocimiento del derecho al agua como un derecho fundamental.

Pero otra acción que ayuda a este propósito de paliar el déficit democrático consiste, sencillamente, en dar más relevancia a los derechos fundamentales como instrument o para mostrar la existencia de unos valores comunes, un sustrato de principios compartidos por todos los Estados miembros de la UE, un patrimonio común<sup>22</sup>. Y todo esto se demuestra en el hecho de que los derechos fundamentales se protejan como principios contenidos en tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, que se haya elaborado una declaración de derechos propia y que se haya promovido la adhesión al CEDH. Por eso, a ese complejo de la UE, sabedor de su déficit democrático, también le debemos que se haya paliado el vicio de origen que se le atribuía que consistía en carecer de un sistema de protección de los derechos fundamentales.

#### 2.5. El compromiso con los derechos fundamentales se ha evidenciado e institucionalizado con la creación de una agencia europea de derechos fundamentales

Como se ha indicado anteriormente, la Unión no se suele enrocar en sus posiciones sino que, más pronto o más tarde, acaba enmendando sus errores. En este sentido, si no ha previsto algo y es consciente de que ese algo le falta, resuelve ese vacío o problema más tarde. Así, para demostrar su compromiso con los derechos fundamentales, en 2007 la UE creó una agencia de derechos fundamentales.

La creación de esta agencia tiene una doble lectura. Por un lado, una lectura positiva, porque siempre es bueno crear un órgano que demuestre el compromiso de la UE en materia de derechos fundamentales, algo que además con-

19. ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ESPAÑA: *La adhesión de la UE al CEDH: su impacto institucional sobre la política y la ciudadanía europea*, APDHE, Madrid, 2011, *passim*.

20. COUNCIL OF EUROPE: *Final Report to the CDDH: Fifth negotiation meeting between the CDDH ad hoc negotiation group and the European Commission on the accession of the EU to the ECHR*, 5 de abril de 2013, Estrasburgo, Doc. 47+1(2013)008.

21. Art. 11.4: "Un grupo de al menos un millón de ciudadanos de la Unión, que sean nacionales de un número significativo de Estados miembros, podrá tomar la iniciativa de invitar a la Comisión Europea, en el marco de sus atribuciones, a que presente una propuesta adecuada sobre cuestiones que estos ciudadanos estimen que requieren un acto jurídico de la Unión para los fines de la aplicación de los Tratados.

Los procedimientos y las condiciones preceptivos para la presentación de una iniciativa de este tipo se fijarán de conformidad con el párrafo primero del artículo 24 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea".

22. SANZ CABALLERO, Susana: "Algunos signos de déficit democrático en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y en el proyecto de Constitución Europea", en *La constitucionalización del proceso de integración europea*, 2005, Ed. Escuela Diplomática, José Pérez de Nancles (coord.), pp. 273-288.

tribuye a la integración europea. Pero también tiene una interpretación negativa, porque se suele decir que cuando la UE tiene un problema que no sabe cómo resolver, lo que hace es crear una agencia para que lo gestione.

La UE creó a través del Reglamento 168/2007 del Consejo de 15 de febrero de 2007 la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE<sup>23</sup>, con sede en Viena. La creación de esta Agencia fue la manera que tuvo de la UE de enmendar dos fracasos anteriores: 1) la incapacidad de la UE para otorgar valor vinculante a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE en la cumbre de Niza de 2000. 2) El abandono del Tratado Constitucional Europeo, que hubiera dado valor vinculante a esa Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

El objetivo de la Agencia se establece en el artículo 2 del Reglamento y consiste en proporcionar a las instituciones, órganos, organismos y agencias competentes de la UE y de sus Estados, asistencia y asesoramiento en materia de derechos humanos con el fin de ayudarles a respetarlos cuando adopten medidas en esferas de competencia de la UE. El artículo 4 clarifica estos objetivos generales y dice que sus funciones serán: recoger, analizar y divulgar datos objetivos y fiables; desarrollar nuevos métodos para mejorar la comparabilidad y fiabilidad de los datos; fomentar la investigación sobre los derechos fundamentales; elaborar y publicar conclusiones y dictámenes sobre temas concretos, por iniciativa propia o a petición de las instituciones de la UE y fomentar el diálogo con la sociedad civil para sensibilizar al público sobre los derechos fundamentales. Es importante saber que la Agencia no puede examinar denuncias individuales ni interestatales. La Agencia nació con vocación de colaborar con organizaciones internacionales vinculadas a la protección de los derechos humanos, como el Consejo de Europa o la OSCE. También debe coordinar sus tareas con las del Defensor del Pueblo Europeo, para que no se solapen.

La creación de la Agencia no pasó desapercibida en el Consejo de Europa, es decir, en la organización que lleva más de sesenta años predicando en Europa el respeto de la dignidad humana y apostando por los derechos humanos. Aunque, formalmente, la creación de la Agencia de la UE fue aplaudida desde el Consejo de Europa, desde el seno del mismo se duda sobre hasta qué punto no supone una duplicidad innecesaria, puesto que las funciones que realiza ya las realizaban hasta el momento algunos órganos del Consejo de Europa como el Comisario de Derechos Humanos o la Comisión de Venecia en favor de la UE. En todo caso, para evitar esas duplicidades y garantizar la complementariedad, el Reglamento de la Agencia prevé el nombramiento de una persona independiente del Consejo de Europa en el Consejo de Administración de la Agencia. La Agencia debe convertirse con el tiempo en el centro de promoción de una cultura europea de derechos humanos, pero huelga decir que el Consejo de Europa ha sido siempre el referente en materia de derechos fundamentales del continente europeo y que su trabajo ha constituido un laboratorio de ideas que está siendo emulado e imitado ahora por la Agencia Europea de Derechos Fundamentales.

Oficialmente, Consejo de Europa y UE colaboran de modo estable y casi diario en material de derechos fun-

damentales. La máxima demostración está en las negociaciones actuales sobre la adhesión de la UE a un tratado del Consejo de Europa como es el CEDH. Sin embargo, entre bambalinas, en conversaciones informales, las autoridades del Consejo de Europa a menudo comentan que la UE es abusiva en sus condiciones, burda en su modo de plagiar el trabajo del Consejo de Europa y que quien realmente tiene la vocación humanista es el Consejo de Europa y no la UE, que mientras el Consejo de Europa es la Europa de las ideas, la UE sigue siendo la Europa de los mercaderes.

### 3. Un nuevo revés para la integración en el ámbito de los derechos fundamentales en Europa: el opt-out de tres Estados miembros a la obligatoriedad de la Carta de Derechos Fundamentales

La UE no está terminada. Ni en materia económica, ni en materia política, ni en materia fiscal, ni mucho menos en materia de defensa o de derechos fundamentales. Este proceso se asemeja a una escalera en la que poco a poco se van subiendo peldaños. A veces hay que pararse a descansar y hasta, en ocasiones, el peso del cuerpo tira a uno para atrás y obliga a bajar algún escalón, pero la meta está clara, y se sigue subiendo poco a poco, también en materia de derechos fundamentales. Europa es consciente de que si quiere una unión, sea del tipo que sea, si quiere una integración en el siglo XXI, debe ser una unión y una integración basadas en el respeto de los derechos fundamentales. No hay alternativa, afortunadamente.

En este momento, la UE ha conseguido avanzar y sofisticar extraordinariamente la protección. Estamos en un tiempo en el que la protección de los derechos fundamentales es de carácter jurisprudencial, pero también incluye una tutela basada en las constituciones de los Estados miembros, incluso tiene un mecanismo supranacional propio (el de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión) y pronto también tendrá otro de carácter convencional con la adhesión al CEDH. Además, junto a esas grandes iniciativas jurisprudenciales, nacionales, supranacionales y convencionales, se han ido añadiendo otras más concretas que llevan al mismo resultado, esto es, a proteger los derechos fundamentales, como son ciertas normas de derecho derivado, entre ellas, la Directiva por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos de 2012<sup>24</sup>, la Directiva sobre la orden de protección europea para víctimas de delitos de 2011<sup>25</sup> o, antes de ellas, la Decisión marco sobre la lucha contra la explotación sexual de menores de 2003<sup>26</sup>, entre cientos de medidas adoptadas en el seno de la UE.

Sin embargo, a veces nosotros mismos somos nuestros propios enemigos, y no es la primera vez que algunos Estados miembros se desligan de decisiones adoptadas por todos los socios de la UE relativas a derechos fundamentales. Así, se entiendo mal el no de tres países de la UE a aceptar la obligatoriedad de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que ellos mismos habían ayudado a redactar, cada uno por distintas razones. Y es que, a veces también

23. DOUE L 53/01 de 22 de Febrero de 2007.

24. DOUE L 315/57 de 14 de Noviembre de 2012.

25. DOUE L 338/2 de 21 de Diciembre de 2011.

26. DOUE L 013/44 de 20 de Enero de 2004.

bajamos peldaños de esa escalera. Hay tres excepciones a la vinculatoriedad de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, puesto que Reino Unido, Polonia y República Checa han pactado un régimen de exenciones, esto es, un dispositivo derogatorio de la vigencia de la Carta en sus territorios. Dicho régimen se encuentra en el Protocolo 30 sobre la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea por lo que respecta a Polonia y a Reino Unido, y en una Declaración adicional al Tratado de Lisboa, por lo que respecta a República Checa. Por tanto, el opt in/out británico y polaco ya está en el Tratado a través de un protocolo. La República Checa obtendrá el suyo previsiblemente con la adhesión croata, tal como se decidió durante la Presidencia sueca del Consejo<sup>27</sup>.

El Reino Unido rechaza la vinculatoriedad de la Carta, porque considera que el que el Tribunal de Justicia pueda revisar lo que digan los legisladores y jueces británicos en el campo de los derechos fundamentales va contra la soberanía británica, que radica en el Parlamento de Westminster. Además, temen el contenido social de la Carta de Derechos Fundamentales, que incluye los derechos socio-económicos que aparecían en el Protocolo Social al Tratado de Maastricht y que Reino Unido rechazó en su día, además de muchos otros derechos sociales que Reino Unido no está dispuesto a proteger, porque cree que van contra la competitividad de la economía británica.

En cuanto a Polonia, su razón para rechazar la obligatoriedad de la Carta es que teme que la UE se acabe entrometiendo en asuntos internos que afecten la moralidad o la religión, sobre todo en relación al derecho de familia, en asuntos como el matrimonio gay o el aborto.

La negativa de la República Checa es todavía más desconcertante porque, aparentemente, el temor de su ex Presidente Klaus era a que, por la vía de la obligatoriedad de la Carta, los alemanes que perdieron posesiones en la región de los Sudetes (región que pasó a manos de la República Checa tras la Segunda Guerra Mundial), inicien procedimientos de reclamo de esas tierras, amparándose en el derecho de propiedad que menciona la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Este argumento resulta un tanto absurdo, porque si quisieran esos antiguos propietarios alemanes podrían reclamar esas tierras a día de hoy, ahora mismo, llevando sus casos ante el TEDH, porque Chequia es parte de este convenio, y el Protocolo 1 protege el derecho de propiedad. La respuesta que el TEDH diera a sus reclamos es otra cuestión, por supuesto. Y dichos alemanes podrían hacer esto sin necesidad de que la UE se tenga que adherir al CEDH e independientemente de que la Carta de Derechos Fundamentales sea vinculante o no.

27. Con el fin de aclarar su posición, Polonia añadió dos declaraciones al Tratado y la República Checa otra más. La posición del Reino Unido, Polonia y la República Checa ha sido analizada por: FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio: "La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa. Limitaciones a su eficacia y alcance generadas por el Protocolo para la aplicación de la Carta a Reino Unido y Polonia", en *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional*, Martín y Pérez de Nanclares, José (coord.), 2008, Iustel y AEP-DIRI, Madrid, pp. 119-149 y por PASTOR PALOMAR, Antonio: "La regla *inclusio unius exclusio alterius* y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en pp. 159-178 de la misma obra.

## 4. Conclusión

Resulta increíble pensar que tres organizaciones internacionales como las CCEE que en los años cincuenta partieron de una base jurídica tan pobre en materia de derechos fundamentales, casi de la nada, hayan podido llegar tan lejos creando un sistema de protección de derechos que se basa en: 1) una fuente no escrita (principios generales) que, a su vez, se inspira en el derecho constitucional de los Estados miembros (tradiciones constitucionales comunes) y en los tratados de derechos humanos; 2) una fuente escrita (una carta de derechos con el mismo valor que el derecho originario); y 3) un tratado internacional ajeno a esas organizaciones internacionales, el CEDH.

Las CCEE prometían poco en materia de derechos fundamentales en 1951 y en 1957, y la razón de la creación de todo este entramado, todo este sistema de protección que ha beneficiado a la UE, se lo debemos a dos factores: 1) la progresiva concienciación de los líderes europeos sobre la cuestión de que los derechos fundamentales eran condición *sine qua non* de la integración y que podían unir más que la consecución de un mercado común; y 2) la presión de la población europea con la acusación de déficit democrático del que adolecían las instituciones europeas y la propia construcción europea.

Quien sí tuvo todo esto claro desde el principio fue la otra gran organización europea, el Consejo de Europa, aunque precisamente la entrada en la misma de todos los países de la Europa del Este, empezando por Hungría, continuando por la gran Rusia y terminando con Armenia y Azerbaiyán, la hayan acabado convirtiendo más en una escuela de democracia y aprendizaje de derechos humanos que en un auténtico club de democracias.

En resumen, y tal y como se comenzó este trabajo, lo cierto es que en vez de una organización para integrar a los Estados europeos a través de los derechos fundamentales, en Europa existen dos: una creada ex professo para este fin, el Consejo de Europa, y otra "conversa" en relación con los derechos fundamentales, la Unión Europea. Las relaciones entre ambas a menudo son sinérgicas y acompañadas<sup>28</sup>. Sin embargo, en alguna ocasión hay divergencias y recelos entre ambas debido a que el Consejo de Europa teme perder su tradicional liderazgo moral y político en esta materia en favor de una Unión Europea que es "novata" en cuanto a la creación de un sistema propio de protección de los derechos fundamentales. Ese liderazgo del Consejo de Europa lo puede ir perdiendo realmente, dada: 1) la composición actual del Consejo de Europa (que permitió la adhesión de prácticamente todos los Estados europeos –salvo Bielorrusia– y ahora engloba a países que aún no son democracias totalmente asentadas) y 2) también la furia y el tesón con que la Unión Europea se está aplicando para conseguir un sistema de defensa y protección de los derechos fundamentales que sea referencia en el continente europeo. ■

28. SANZ CABALLERO, Susana: "La contribución del Consejo de Europa...", *cit.*, p. 61.

## “ Etica, sport e doping oggi ”

### *Por Fabio Pigozzi*

Rector Universidad de Roma "Foro Italico". Professor Honorario Universidad de Buenos Aires, Facultad de Medicina. Presidente Curso de Laurea "Management dello sport" Universidad de Roma "Foro Italico".  
[fabio.pigozzi@uniroma4.it](mailto:fabio.pigozzi@uniroma4.it)



L'etica riveste oggi grande importanza nello studio dello sport come pratica sociale e umana legata al corpo della donna e dell'uomo moderno. L'etica dello sport presenta diverse prospettive che possono essere sociali, filosofiche, pedagogiche, mediche. Per quanto riguarda la scienza medica contemporanea, l'etica dello sport si presenta come un crocevia di problemi che la medicina, intesa come sapere che si configura come un sistema integrato di conoscenze teoriche e pratiche di tipo bio-umanistico rivolte alla cura e alla protezione delle persone, studia in modo integrale; vale a dire attraverso una visione non-riduzionista, frammentata o parziale dei fenomeni.

Di tutte le questioni che più preoccupano coloro che riflettono criticamente sull'etica sportiva nella prospettiva medica, la questione principale è senza dubbio quella del doping. L'analisi etica intorno a tale problema, rispetto anche alle sostanze ed ai metodi per il miglioramento delle prestazioni ad esempio, rivela che esistono differenti posizioni.

Di solito gli studiosi che animano questo dibattito si raggruppano in due schieramenti opposti: da un lato, ci sono i sostenitori delle politiche di tolleranza "zero" rispetto al fenomeno; vale a dire, quelli che sostengono la condanna e l'eliminazione di ogni forma di doping. Dall'altra, ci sono invece gli autori a favore della revoca del divieto contro il doping, che, in molti casi, diventano fautori di un atteggiamento pericoloso, che lascia intendere che "tutto va bene" nello sport pur di raggiungere prestazioni più elevate e rendere migliore lo spettacolo.

Tuttavia, in questo dibattito, gli stessi specialisti sembrano accettare il fatto che nessuno degli argomenti a favore o contro il doping è determinante in se stesso. Sembra che tutti dicano qualcosa di importante o, per meglio dire, indichino alcune linee guida che meritano riguardo e considerazione; eppure nessuna linea è sufficiente di per sé a rendere definitivo un argomento (o a dare consistenza ad una posizione) a favore o contro il doping.

Questo accade forse perché il compito principale di ciò che noi chiamiamo "etica dello sport" ci sembra non fornire risposte definitive sulle questioni controverse che ci si presentano, ma, piuttosto, spiegazioni per meglio comprendere ciò che è complesso all'interno di esse. Tuttavia, questo non dovrebbe essere visto come un difetto della riflessione etica in sé, ma piuttosto come la sua principale virtù. Infatti soltanto chiarendo il più possibile i problemi che ci riguardano, i concetti che usiamo, le forze e gli elementi che vi sono alla base, possiamo essere in grado di prendere misure realistiche ed efficaci per risolvere questi problemi.

Nel caso specifico del doping, solo se arriveremo ad una sua definizione, ad un chiarimento del tipo di sostanze e di metodi di miglioramento delle prestazioni che esistono, di quali interessi e forze (ad esempio, politiche o economiche) sono alla base di questo fenomeno (in quanto fenomeno sociale), possiamo agire in modo appropriato per ottenere un migliore

stato delle cose; cioè, un mondo migliore dello sport. Come ci ha mostrato Aristotele, la conoscenza nel campo pratico è una questione di "prudenza", il cui modo di procedere consiste nel riflettere e capire che cosa è in gioco per cercare di agire nel modo più corretto possibile. La "prudenza" non cerca tanto di conoscere una verità quanto piuttosto il modo per capire la situazione pratica in modo efficace.

Quali sono, allora, gli elementi normativi che caratterizzano il dibattito sul doping? In un primo momento sembrano essere tre e ben definiti: l'*uguaglianza di condizioni* che debbono essere date all'interno della pratica sportiva e che rendono possibile la competizione. Se tutti gli atleti non partecipano ad una competizione seguendo la stessa serie di regole, è impossibile (e senza senso) dire che alcuni sono migliori di altri: vale a dire, che ci sia un vincitore. Tutto ciò altera la logica dei beni interni dello sport; non dimentichiamoci poi che si tratta di una competizione fisica tra persone che vogliono diventare vincitori; senza competizione non c'è un vincitore nello sport. L'etica dello sport, poi, ha tra le sue principali funzioni quella di proteggere la natura intrinseca dei beni interni dello sport, salvaguardandone l'integrità degli elementi contro la corruzione e il danno. Tuttavia l'area di applicazione di questa disciplina non finisce qui. Il soggetto umano in quanto tale, e la società in generale, sono anch'esse soggette all'etica. Lo sport non sarebbe nulla se non ci fossero le persone che lo praticano e la società che lo rende possibile e lo potenzia.

Il secondo criterio normativo che caratterizza il dibattito sul doping è: l'*integrità*. Il doping non è solo un aiuto artificiale, ma è anche una alterazione del normale funzionamento del corpo umano. Ciò significa che ci sono alcuni rischi collaterali per la salute degli atleti collegati ad esso. Infatti, quando molti condannano il doping come un elemento artificiale, non lo fanno da un punto di vista amatoriale, che contrappone il naturale all'artificiale, come se la natura, potenziata, avesse la supremazia, ma perché l'alterazione artificiale della nostra natura ha conseguenze dannose e pericolose. Troppo, forse, per una pratica, come lo sport, che si vorrebbe fosse il paradigma della vita buona e sana (da un punto di vista fisico).

In terzo luogo, il doping si riferisce ad un *elemento normativo definitivo* che di solito è introdotto nel dibattito sulla società in generale. Ci sono vari modi in cui il doping potrebbe causare conseguenze dannose per la società da un punto di vista etico, ma certamente la più diffusa è quella che ha a che fare con l'educazione dei giovani. Coloro che criticano il doping sostengono, per esempio, che una società che apertamente consente il doping non farebbe altro che approvare atteggiamenti, valori e posizioni che sono favorevoli a far correre dei rischi inutili. A questo dobbiamo aggiungere il fatto che per molti il doping è l'equivalente di una droga utilizzata per scopi ricreativi, ma che porta con sé aspetti negativi quali: il mercato nero, l'emarginazione sociale e la violenza.

Lo sport in sé, l'essere umano in quanto tale, e la società in generale, sono alla fine questi i tre pilastri che devono fornire le basi per un'etica sportiva che non solo vuole pro-

teggere lo sport dalla corruzione, ma proporsi anche come agente fondamentale che contribuisce al progetto di tutta l'etica e dei suoi valori: vale a dire l'emancipazione delle persone e la creazione di società più giuste e democratiche in cui tutti possono perseguire gli stili di vita che hanno ragione di considerare come valori. ■

## “ Il rischio consentito nell'attività sportiva (scriminante) ”

Por María Moroni

Abogada. Periodista.



Nell'ordinamento giuridico italiano l'esimente è una categoria generale che esclude la responsabilità penale e che ricomprende tutte le ipotesi di non punibilità<sup>1</sup>. Tra le esimenti rientrano, come sottogruppi, le cause di giustificazione o cause oggettive di esclusione del reato dette anche scriminanti<sup>2</sup> o cause di liceità. Le scriminanti sono cause di esclusione del reato tassativamente individuate dalla legge ed escludono l'antigiuridicità di una condotta che in loro assenza sarebbe penalmente rilevante e sanzionabile. Un fatto, quindi, che è vietato in quanto costituisce reato dovrà considerarsi lecito poiché vi è una norma dell'ordinamento che lo autorizza o lo impone: un fatto conforme alla fattispecie astratta rimane esente da pena perché l'ordinamento lo autorizza, lo consente o l'impone. Le cause di giustificazione sono desumibili dall'intero ordinamento giuridico italiano e la loro efficacia non è limitata al solo diritto penale, ma si estende a tutti i rami del diritto civile e amministrativo.

### L'attività Sportiva Come Causa Di Giustificazione Non Codificata Classificazione In 3 Gruppi Dell' Attività Sportiva

"L'attività sportiva, costituente il contenuto del diritto all'esercizio della stessa, va considerata in modo unitario come comprensiva di tutte quelle condotte che siano funzionali al tipo di sport praticato, inerenti dinamicamente al gioco e occasionate direttamente dallo svolgimento dello stesso."<sup>3</sup> Tale attività comporta una carica agonistica ed un eventuale

1. Garofoli Roberto *Manuale di Diritto Penale*, (parte generale), edizione X, nel Diritto Editore 2014- pag. 681 " Si è rilevato che il codice penale non menziona espressamente le scriminanti, ma fa riferimento alle "cause di esclusione della pena". La nozione, però, racchiude in sé situazione eterogenee, non riconducibili a un principio ispiratore unitario, accomunate dal solo fatto che la loro sussistenza esclude la punibilità. All'interno delle cause di esclusione della pena possono individuarsi tre categorie dogmatiche, riconducibili a piani di valutazione distinti: le scriminanti, le cause di esclusione della colpevolezza o scusanti, le cause di non punibilità in senso stretto, dette anche cause di esclusione della sola pena. Le prime rendono lecito un fatto contemplato da una norma incriminatrice, le seconde rendono non colpevole un fatto tipico (antigiuridico), le terze rendono non punibile un fatto tipico (antigiuridico) e colpevole. Come accennato, queste tre tipologie di " non punibilità" rispondono ad esigenze di politica criminale differenti. Si è già detto che il fondamento delle cause di giustificazione risiede nel bilanciamento degli interessi in conflitto: l'interesse protetto dalla norma incriminatrice soccombe dinanzi all'interesse tutelato dalla norma legittimante, cosicché il fatto non assume alcuna connotazione negativa per l'ordinamento giuridico, il quale lo consente o addirittura lo impone. L'attenzione dell'ordinamento è comunque incentrata sul fatto, nella sua dimensione oggettiva."

2. Le *scriminanti* possono essere suddivise in: *comuni*: sono previste nella parte generale del codice penale, hanno una portata generale e risultano applicabili a tutti i reati con esse compatibili. Esse sono: art 50 c.p. consenso dell' avente diritto; art 51 c.p. esercizio del diritto adempimento di un dovere; art 52 c.p. difesa legittima; art 53 c.p. uso legittimo delle armi; art 54 c.p. stato di necessità; art 55 c.p. eccesso colposo; *speciali*: previste dalla parte speciale o in leggi speciali e si applicano solo a specifiche figure di illecito penale (es. la reazione legittima agli atti arbitrari del pubblico ufficiale); *codificate*: previste dagli artt. 50-54 c.p.; *non codificate o tacite o extra-legislative o atipiche*: espressamente previste dall'ordinamento, dalla legge, ma attinte da fonti materiali che assumono rilievo in virtù del ricorso al procedimento di applicazione analogica delle scriminanti codificate e la cui applicazione richiede un procedimento analogico.

3. Di Nella Luca- *Il fenomeno sportivo nell' ordinamento giuridico*- Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, Pag. 312

contatto fisico che, in certi casi, può generare illeciti apprezzabili a danno degli atleti impegnati. L'evoluzione giurisprudenziale ha quindi segnato 3 gruppi di sport :

1. attività sportiva dove la violenza è esclusa dalla tipologia dell'attività stessa esercitata (nuoto, tennis, atletica leggera);

2. attività sportiva a violenza eventuale, il contatto fisico è possibile ma non necessario (calcio o il basket);

3. attività sportiva necessariamente violenta dove il contatto fisico anche cruento è alla base dell'attività stessa (boxe, judo, football americano).

Nel primo gruppo di sport la violenza non è mai consentita, mentre nelle altre due categorie occorre stabilire se e quando l'ordinamento consente di ritenere non punibili le offese provocate nell'esercizio dell'attività sportiva. Per gli sport a violenza necessaria (boxe) o eventuale (calcio, basket) l'orientamento giurisprudenziale prevalente esclude la responsabilità penale dell'atleta quando le regole tecnico-sportive sono state rispettate, le finalità agonistiche raggiunte e l'azione è rimasta nello stretto esercizio e nei limiti dell'attività sportiva. Secondo l'autorevole dottrina di F. Antolisei "nell'esercizio degli sports violenti che importano l'applicazione di forza muscolare contro le persone (pugilato, rugby, lotta, ecc.), si verificano con grande frequenza, e per taluno di essi normalmente, dei fatti che di per se stessi costituiscono reato (percosse e lesioni personali). Può anche derivarne la morte di uno dei competitori. Allorché l'esito dannoso si verifica a causa della violazione delle regole di gioco, come ad es. per un colpo basso nel pugilato, "nulla quaestio": la responsabilità penale (per dolo, preterintenzione o colpa, secondo i casi) sussiste senza alcun dubbio. Qualora, invece, le regole anzidette siano state osservate, secondo l'opinione prevalente il fatto non può considerarsi illecito e quindi non è punibile". Inoltre, sempre secondo l'Antolisei "il vero fondamento della liceità deve ravvisarsi nella considerazione che l'attività sportiva è permessa dallo Stato, il quale, anzi la favorisce, ritenendola utile dal punto di vista sociale, in quanto migliora le condizioni fisiche della popolazione e sviluppa lo spirito agonistico. Si aggiunga che le competizioni sportive non solo vengono autorizzate dalla Pubblica Sicurezza, ma sono disciplinate in tutti i particolari da regolamenti dettati dagli organi che ad esse presiedono, organi che, dipendono dallo Stato, non hanno carattere privato". In conclusione si può affermare il principio generale che "l'esercizio di attività autorizzata dallo Stato perché rispondente all'interesse della comunità sociale, importa l'impunità dei fatti lesivi o pericolosi che eventualmente ne derivano, quando tutte le regole che disciplinano l'attività medesima siano osservate." <sup>4</sup>

Ogni sport ha un suo regolamento che disciplina l'agire dell'atleta: sono regole di condotta che da un lato tutelano lo sport e dall'altro tendono a limitare i possibili danni della violenza. Se così non fosse, l'atleta avrebbe "l'incubo",

se così si può dire, della responsabilità per ogni possibile incidente, anche fortuito. L'attività sportiva, tutelata dallo Stato<sup>5</sup>, ha lo scopo di soddisfare l'interesse generale della collettività nel pieno rispetto delle regole di gioco e, nello stesso tempo, l'atleta adegua la propria condotta a norme generali di prudenza e diligenza.<sup>6</sup>

## Consenso Dell' Avente Diritto (Art 50 C.P.) e Rischio Consentito

Tra le scriminanti disciplinate nel codice penale italiano rientra quella dell'art. 50 c. p. del consenso dell'avente diritto che trova applicazione anche in ambito sportivo. L'accertamento del rischio consentito è questione di fatto da risolvere caso per caso in relazione al tipo di sport praticato. Il superamento del limite di tale rischio comporta una responsabilità per dolo o colpa perché supera la carica agonistica e sfocia nella lesione dell'incolumità personale e dell'integrità fisica. Molte elaborazioni dottrinarie e giurisprudenziali ricomprendono nell'illecito sportivo tutti quei comportamenti che, pur sostanziando infrazioni delle regole che governano lo svolgimento di una certa disciplina agonistica, non sono penalmente perseguibili neppure quando risultano pregiudizievoli per l'integrità fisica di un avversario in quanto non superano la soglia del c.d. rischio consentito<sup>7</sup>. Si tratta, quindi, di un'area di non punibilità la cui giustificazione teorica non può che essere individuata

5. *Garofoli Roberto Manuale di diritto penale (parte generale)* - Nel Diritto Editore, X Ed., 2014, Pag. 784 "Nell'esaminare i problemi prospettati giova considerare che l'intero ordinamento giuridico guarda con favore allo svolgimento dell'attività sportiva ed alle associazioni che la promuovono, considerata l'indubbia rilevanza sociale di detto fenomeno, reputato utile nell'ottica del completamento della crescita psico-fisica individuale e della realizzazione della personalità (art 2 Cost.). Invero, la legislazione di settore - tradotta nell'istituzione del CONI ed in numerosi successivi interventi mirati alla promozione di simili attività- induce a parlarne come di attività autorizzata."

6. *Greco Andrea La giustizia sportiva nel calcio*- Edizioni Fag Milano, 2012, Pag. 51 "Le norme contenute nel Codice Giustizia Sportiva (CGS) sono costituite da un binomio strutturale: il precetto (la descrizione della condotta da osservare) e la sanzione (la reazione punitiva dell'ordinamento federale alla violazione della regola di condotta). Fa eccezione l'art. 1, co. 1, CSG che descrive solo in termini latenti il comportamento dovuto, rinviando ad altre disposizioni le sanzioni da applicare. Il comma in parola, infatti, stabilisce che "le società, i dirigenti, gli atleti, i tecnici, gli ufficiali di gara e ogni altro soggetto che svolge attività di carattere agonistico, tecnico, organizzativo, decisionale o comunque rilevante per l'ordinamento federale, sono tenuti all'osservanza delle norme e degli atti federali e devono comportarsi secondo i principi di lealtà, correttezza e probità in ogni rapporto comunque riferibile all'attività sportiva."

7. *Art. 50 c.p.* - Consenso dell'avente diritto- "Non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporre [579; c.c. 5]"

*Art. 51 c.p.* - Esercizio di un diritto o adempimento di un dovere - "L'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica autorità, esclude la punibilità [55]. Se un fatto costituente reato è commesso per ordine dell'Autorità, del reato risponde sempre il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine. Risponde del reato altresì chi ha eseguito l'ordine, salvo che, per errore di fatto, abbia ritenuto di obbedire ad un ordine legittimo. Non è punibile chi esegue l'ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine."

4. *Antolisei Francesco Manuale di diritto penale (parte generale)* - Giuffrè Editore, 2000, Pag 314-315

nella dinamica di una condizione scriminante. Il consenso deve rispettare alcuni fondamentali requisiti per essere considerato legittimamente espresso: deve essere attuale, libero, informato e provenire dal titolare dell'interesse tutelato, riguardare un bene disponibile e non può oltrepassare la soglia dei diritti inviolabili dell'uomo<sup>8</sup>. E' tacito accordo di assunzione del rischio fra i vari partecipanti. Non ci sarà responsabilità per una condotta che, se pur oggettivamente pericolosa, rientra nei margini di rischio lecito ed ammesso per una determinata disciplina sportiva. La partecipazione a competizioni sportive comporta l'accettazione implicita dei rischi ad esse connessi e, quindi, anche il consenso alle condotte di violenza sportiva ed alle conseguenze lesive a queste riconducibili. Su tale argomento la giurisprudenza di merito<sup>9</sup> ha statuito che "in tema di lesioni personali cagionate durante lo svolgimento di una manifestazione sportiva, non ogni violazione delle regole del gioco, nè la commissione di un fatto per semplice ansia di risultato può dar luogo ad una responsabilità penale dell'atleta, bensì quelle sole scorrettezze che si pongano al di là del rischio consentito o siano commesse per finalità personali, giacché in quest' ultima ipotesi il soggetto risponderebbe di lesioni personali dolose o di percosse.

In particolare, il limite del c.d. "rischio consentito" oltre il quale si riesponde la responsabilità per colpa ovvero a titolo di dolo eventuale dell'agente, è superato quando il fatto sia di tale durezza da comportare la prevedibilità di pericolo serio dell'evento lesivo a carico dell'avversario, che in tal caso viene esposto ad un rischio superiore a quello accettabile dal partecipante medio. (Fattispecie nella quale il giudice ha ritenuto sussistere la scriminante non codificata dell'attività sportiva nei confronti della condotta di un giocatore di calcio che durante una partita aveva cagionato delle lesioni personali ad un giocatore della squadra avversaria).

La giurisprudenza di legittimità ha escluso<sup>10</sup>, invece, la sussistenza di tale scriminante quando si travalica il dovere di lealtà sportiva, si ponga seriamente in pericolo l'incolumità fisica del partecipante esponendolo ad un rischio superiore a quello consentito in quella determinata pratica sportiva ed accettato dal partecipante medio e quando il fatto lesivo si verifichi perché l'atleta viola volontariamente le regole del gioco disattendendo i doveri di lealtà verso l'avversario. In tal caso il fatto non potrà rientrare nella causa di giustificazione, ma sarà penalmente perseguibile.

8. Art 2 Cost.: "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale."

9. Sent. Tribunale Rieti del 12/01/2001

10. Sent. Corte di Cassazione, Sez. I, 20/11/1973: nel caso di specie esclude l'applicabilità dell'esimente dell'articolo 50 c.p. all'illecito sportivo compiuto senza il rispetto delle regole del gioco. Non ricorre l'esimente del consenso dell'avente diritto, prevista nell'art. 50 cod. pen., nel caso in cui una lesione personale venga volontariamente prodotta nel corso di una gara sportiva, allorché lo svolgimento della gara stessa sia solo l'occasionale sede di tempo e di luogo dell'azione lesiva e questa sia avulsa dalle esigenze di svolgimento della gara. (E' la prima sentenza che si occupa del problema)

Nella fattispecie la Corte di Cassazione Penale - Sez. V- con Sentenza n. 1951 del 21/2/2000 ha ritenuto che non possa ritenersi scriminato il comportamento del giocatore di basket che aveva sferrato un pugno al giocatore avversario attingendone la mandibola destra<sup>11</sup>.

In tema di lesioni cagionate durante un' attività sportiva non opera la scriminante di cui agli artt. 50 e 51 c.p. e si verte, invece, in un' ipotesi di superamento del rischio consentito ogniqualvolta l' agente realizzi l'evento lesivo mediante una violazione volontaria delle regole del gioco, tali da superare appunto i limiti della lealtà sportiva (Fattispecie in cui in una partita di calcio, l'imputato poneva in essere un intervento a gamba tesa colpendo un ragazzo coetaneo e cagionandogli un lesioni guaribili in 40 giorni).<sup>12</sup>

E' importante valutare anche il lato psicologico dell'agente: la Sentenza della Cassazione Penale, Sez. V, del 13/02/2013 n. 11260 esclude la scriminante statuendo che "vi è responsabilità a titolo di dolo e va esclusa la scriminante dell'esercizio di attività sportiva, per la condotta volontariamente lesiva dell'incolumità dell'avversario in relazione alla quale l'occasione del gioco può dirsi solamente pretestuosa (confermata la responsabilità a titolo di dolo di un giocatore di calcio che aveva colpito, in maniera del tutto volontaria, un avversario con un pugno allo zigomo)."<sup>13</sup>

In relazione all' attività sportiva necessariamente violenta (es. boxe), la Suprema Corte ha più volte affermato che "nelle competizioni sportive nelle quali la violenza fisica costituisce l'elemento essenziale e che implicano necessariamente la possibilità di cagionare un danno fisico all'avversario (come la boxe), sono lecite le lesioni prodotte nello stretto esercizio e nei limiti dell'attività sportiva e si risponde a titolo di colpa solo per quelle cagionate nella violazione colposa di tali limiti."<sup>14</sup>

11. Sent. Cass. Pen., Sez. V, Sent. n. 1951 del 21/02/2000 (ud. 2-12-1999): "Premesso che l'esercizio di attività sportiva, entro i limiti di quello che può essere definito "rischio consentito", si configura come causa di giustificazione non codificata rispetto ai fatti lesivi dell'integrità personale cui esso abbia dato luogo, deve escludersi che detta causa di giustificazione possa operare quando si violino volontariamente le regole del gioco, venendo così meno ai doveri di lealtà verso l'avversario (nel qual caso si risponderà a titolo di colpa, ove il mancato rispetto delle regole del gioco sia determinato soltanto dall'ansia del risultato), ovvero quando la gara rappresenti soltanto l'occasione della condotta volta a cagionare l'evento lesivo, come pure quando tale condotta non sia immediatamente rivolta all'azione di gioco, ma sia piuttosto diretta ad intimidire l'antagonista oppure a "punirlo" per un precedente fallo da lui commesso (ipotesi tutte, queste, nelle quali si risponderà, invece, a titolo di dolo). (Nella specie, in applicazione di tali principi la S.C. ha ritenuto che correttamente fosse stato configurato il reato di lesioni personali volontarie a carico di un giocatore di pallacanestro il quale, in fase di c.d. "gioco fermo" - aspettandosi la rimessa in campo della palla - aveva colpito volontariamente con un pugno alla mascella un giocatore della squadra avversaria)."

12. Sent. Cass. Pen., Sez. IV, 7 ottobre 2003, n. 39204

13. Sent. Cass. Pen., Sez. V- 20/01/2005 n. 19473; Cass. Sent. 2 dicembre 2010 - 14 marzo 2011, n.° 10138; Cassazione Penale - Sez. V- Sentenza n. 42114 del 16/11/ 2011.

14. Sent. Cass. Pen., Sez. I, 20 novembre 1973 Pres. Reviglio; Ricorrente: Piccardi

Il pugile sa a priori di andare incontro ad un rischio fisico: è consapevole che la supremazia agonistica si afferma solo con l'uso di mezzi violenti e, quindi, con la messa in pericolo della integrità personale propria e dell'avversario. Chi pratica tale sport non può ignorare tale carattere e col praticarlo assume le eventuali conseguenze svantaggiose. I danni che egli può subire rientrano nel "rischio professionale" che si è volontariamente assunto.

Il pugile quando sale sul ring non consente l'aggressione della propria integrità fisica<sup>15</sup> quanto, accettando il combattimento, cercherà di raggiungere la vittoria colpendo l'avversario prendendo meno colpi possibile.

In un caso di morte di un pugile italiano, a seguito di un match, il Tribunale di Milano con la Sent. del 14/01/1985 ha statuito che "non integra né il delitto di omicidio preterintenzionale, né quello colposo, il fatto che un pugile, in assenza di colpi volontariamente diretti a cagionare lesioni e della violazioni di norme regolamentari e di altre di prudenza e diligenza, abbia cagionato, durante un incontro sportivo, la morte dell'avversario."<sup>16</sup>

Non costituisce reato, quindi, la morte cagionata in un match pugilistico quando risulti che il combattimento si è svolto con l'osservanza della disciplina relativa, senza "colpi proibiti" o comunque diretti a cagionare lesioni e senza eccessi o imprudenze da parte dei pugili. Infine anche per tali discipline sportive cosiddette "violente" è indubbio che quando l'esito dannoso (lesioni o evento letale) si verifica a causa della violazione delle regole del gioco, come ad esempio per un colpo basso nel pugilato, la responsabilità penale sussiste, per dolo, preterintenzione o colpa, secondo i casi<sup>17</sup>.

In conclusione, si può affermare che gli ordinamenti statali dedicano particolare attenzione al mondo dello sport, attività riconosciuta sia a livello nazionale che internazionale.

Un esempio è la Carta Europea dello Sport approvata dai Ministri europei per lo Sport riuniti a Rodi per la loro 7° Conferenza (13-15 maggio 1992) con le Risoluzioni n. 1/92 e 2/92. Essa riprende ed amplia i principi della "Carta Europea dello Sport per Tutti" approvata nel 1975 a Bruxelles, recepiti poi nella "Carta Internazionale per l'Educazione Fisica e lo Sport" adottata dalla Conferenza Generale dell'Unesco nel 1978 a Parigi.

Infine, anche il Trattato di Lisbona<sup>18</sup> nell'art. 165 al punto 2 specifica che tra le azioni dell'Unione Europea c'è anche quella di "sviluppare la dimensione europea dello sport (...) "<sup>19</sup>. ■

---

15. Art 579 c.p.- Omicidio del consenziente ; art. 5 c.c. - Atti di disposizione del proprio corpo.

16. Sent. Tribunale Milano del 14/01/1985: Giud. Lombardi; imputato: Lupino (Laserra Salvatore e Lupino Maurizio)

17. Sent. Cass., Sez. I, 12 giugno 1957, Del Villano, Foro it., Rep. 1957, voce Lesione personale, n. 26

18. Il Trattato di Lisbona è il trattato internazionale firmato il 13/12/2007 che ha apportato ampie modifiche al Trattato sull'Unione europea e al Trattato che istituisce la Comunità europea.

19. Art 165 Trattato di Lisbona (Titolo XII), ex articolo 149 del TCE: "Istruzione, formazione professionale, gioventù e sport".

# “ Il Lupo Solitario: terrorismo ideologico – religioso nella società liquida ”

*Por Monique Iandolo*

Coautora.

*Por Vincenzo Mastronardi*

Psiquiatra criminologo clinico. Director del Master of Science en Criminología Forense de la Facultad de Medicina de la Universidad Sapienza de Roma.  
[vincenzo.mastronardi@gmail.com](mailto:vincenzo.mastronardi@gmail.com)



## Riassunto

*Il terrorismo di matrice ideologico-religiosa è una delle modalità in cui l'exasperazione del conflitto tra utopie, proprio del nostro secolo, si esprime. È necessario, però comprendere i meccanismi che hanno contribuito al passaggio dal terrorismo islamico, che prevede l'aggregazione di un gruppo esteso di persone e di un ingente finanziamento economico, al terrorismo di cui oggi si sente maggiormente parlare: quello che vede un solo attore agire per conto proprio nonostante vi sia, in realtà, comunque un'appartenenza ideologica. Li chiamano lupi solitari e, nonostante la forza del lupo risieda sempre nel branco, la preoccupazione che può suscitare e la velocità di movimento che può detenere un lupo solitario, sono sicuramente di grande effetto in un contesto labile come quello proprio della società liquida dei nostri tempi.*

*All'interno di questo elaborato si è, dunque, tentato in prima istanza di analizzare le storie di alcuni lupi solitari del nostro passato e presente, alla ricerca di radici, ragioni, comunanze. A fare da cornice a questo punto nevralgico della trattazione postulata, è stata effettuata un'analisi criminologica e sociologica che cerca di addentrarsi nelle motivazioni che sottostanno all'acuirsi del "terrore dell'epoca globale".*

*In secondo luogo si è cercato di ipotizzare quali possano essere gli sviluppi del terrorismo di matrice ideologico religioso del prossimo futuro cercando di andare al di là di mere ipotesi apocalittiche o illusorie.*

*Con la ferma convinzione dell'esistenza di svariati arricchimenti da poter apportare all'interno di queste pagine, da intendersi come input iniziale ad una trattazione maggiormente approfondita, si è tentato non tanto di dare risposte ma piuttosto di produrre nuove domande.*

Nel corso dei secoli, il terrorismo ha plasmato il suo volto a seconda delle condizioni socioculturali dei suoi esponenti, dell'obiettivo che si prefissava e dei mezzi a disposizione per realizzarlo.

Ai giorni nostri, il volto che spaventa maggiormente è quello del "lupo solitario". Nonostante questa tipologia di terrorista non sia una nuova forma di terrorismo, questa figura viene vista sempre più come una minaccia reale alla sicurezza degli Stati Uniti e, con essa, del mondo intero.

Il terrorista solitario pone in essere atti violenti mossi da un'auto – radicalizzazione di ideologie condivise da un gruppo di appartenenza ideologica (questa tipologia di terrorista agisce per conto proprio, in luoghi e tempi da lui stesso

prescelti) o da forti convinzioni personali, ispirate comunemente ad ideologie preesistenti. Nonostante i pochi mezzi economici e bellici a disposizione, i lupi solitari riescono ad infondere un terrore forse unico nel suo genere.

La paura nata in risposta all'attacco delle Torri Gemelle del 2001 è stata fomentata e cristallizzata dal costante "bombardamento" mass – mediatico di questa figura che sconvolge attraverso atti terroristici improvvisi, posti al di fuori di una struttura di comando.

<<L'assenza di volto dei terroristi si proietta, di rimando, al fenomeno terroristico per se stesso. E proprio nella "assenza di figura" del nemico, Derrida indica <<la causa dell'origine indeterminata del terrore>><sup>1</sup>, indeterminatezza che riguarda anche il se, il quando e il come colpirà.

Nel lupo solitario, l'invisibilità del terrorista "classico" si unisce al silenzio di individui che, non avendo alcun legame diretto con associazioni o comunque non avendo una gerarchia da dover rispettare, agiscono in modo isolato. Questa fattispecie di terrorista risulta essere la più difficile sia da delineare che da contrastare.

La stessa definizione di lupo solitario non deve trarre in inganno: non vi è un profilo psichiatrico o criminologico che possa indicare le caratteristiche tipo di questo individuo e non vi è, nemmeno, una descrizione dettagliata di cosa si debba intendere per lupo solitario.

In ogni caso, e secondo ogni accezione che è stata data al suddetto termine, Italia ed America sono concordi nell'affermare che non vi è una relazione diretta tra il soggetto che pone in essere l'atto terroristico ed una qualsiasi organizzazione "madre". Ciò non deve, però, trarre in inganno e far supporre che questi individui siano del tutto scevri da un qualsiasi legame con le organizzazioni "classiche" del terrorismo. Basti pensare alla quantità di mail che Breivik inviò prima di compiere il suo gesto. Simpatizzante di movimenti estremisti, il lupo solitario non è, però un fenomeno nuovo; atti terroristici posti in essere individualmente, infatti, sono ravvisabili già all'interno del XIX secolo.

Alcune fonti americane hanno stimato che, nel periodo tra il 1955 ed il 1977, il 7% del totale delle vittime del terrorismo è stato ucciso per mano di questa fattispecie di terrorista, salendo poi al 26% nel ventennio successivo.

Per quanto concerne l'ideologia alla base del pensiero del lupo solitario, essa risiede per la maggior parte dei casi in:

- Supremazia della "razza bianca"
- Fondamentalismo islamico
- Nazionalismo

Le armi maggiormente utilizzate negli attacchi dei lupi solitari sono prevalentemente armi da fuoco, seguite da ordigni esplosivi e da dirottamenti armati. Mentre negli Stati Uniti l'utilizzo delle armi da fuoco risulta preponderante e da attribuire, essenzialmente, alla loro maggior

diffusione e reperibilità, in Europa si registra un maggior ricorso ad ordigni esplosivi, facilmente assemblabili anche in casa e con un dispendio economico molto basso.

Per quanto concerne gli obiettivi, sia in suolo americano che in quello europeo, gli attentati dei lupi solitari hanno prediletto, nel corso della storia, targets civili. Unica differenza sostanziale è ravvisabile nell'ingente numero di attentati posti in essere, in territorio americano, nei confronti di medici a favore dell'aborto.

Nonostante risulti complesso definire dei limiti univoci entro i quali poter descrivere la figura del lupo solitario, esistono alcuni aspetti che accomunano e che diversificano i vari esponenti di tale tipologia di terrorismo nel corso degli ultimi decenni.

Cercheremo, pertanto, di analizzare le storie di alcuni lupi solitari del nostro passato e del presente, alla ricerca di radici, ragioni, comunanze che possano aggiungere connotazioni significative agli elementi generali, che lo descrivono di genere maschile e solitamente spinto da motivazioni di natura politica o religiosa, sebbene vi sia traccia anche di interessi personali che inducono ad agire in risposta ad un evento reale, o percepito come tale (vd. caso di George Metesky che, dal 1940 al 1957, terrorizzò New York facendo esplodere 22 bombe artigianali per essere stato ferito durante lo svolgimento del suo lavoro all'interno della Consolidated Edison).

Per far ciò, prenderemo in considerazione un campione per il quale sia stato reperito un insieme di informazioni sufficienti allo scopo, ovvero i casi di Baruck Goldstein, Theodore Kaczynski, Volkert van der Graaf, Franz Fuchs, David Copeland ed Anders Breivik.

Le caratteristiche, quali età ed aspetto, che accomunano i soggetti analizzati, delineano un profilo tipo <<di giovani uomini di età compresa tra i 20 ed i 30 anni, nella maggioranza dei casi di aspetto comune>><sup>2</sup>; un profilo che, appunto, contribuisce, insieme allo stile di vita che normalmente conducono, a renderli simili a tanti altri e, quindi, invisibili.

La fascia d'età prevalente coincide, di norma, con il periodo in cui la mente è più sensibile al coinvolgimento/condizionamento ideologico e in cui il vigore fisico predispone all'azione diretta.

Sono esclusivamente uomini, spesso dotati di ottime capacità intellettive (talvolta il loro QI rasenta la genialità) e pienamente capaci di intendere e di volere, nonostante vi sia in alcuni la presenza di alcune patologie psichiche.

Si vede, quindi, oggi nel lupo solitario una delle minacce maggiori alla sicurezza degli Stati poiché <<la libertà totale per i lupi significa morte per gli agnelli>><sup>3</sup>.

2. ibidem

3. Isaiah Berlin. Il legno storto dell'umanità. Capitoli della storia delle idee. Ed Adelphi. Pag.33

1. Primavera Fisogni. Terroristi, la persona nell'agire eversivo. Pag.58

	<b>Baruch Goldstein</b>
<b>Nato</b>	9 dicembre 1956 Brooklyn, New York, USA
<b>Morto</b>	25 febbraio 1994 (37 anni) ad Hebron, Cisgiordania
<b>Causa della morte</b>	Picchiato a morte
<b>Studi</b>	Yeshiva University (1977) massimo dei voti
<b>Occupazione</b>	Medico (medico di emergenza)
<b>Noto per</b>	Aver ucciso 29 palestinesi e ferito 125
<b>Religione/rientamento politico</b>	Giudaismo

Dimostrazione umana che il male non si compie per ignoranza o per un basso livello di scolarizzazione, Baruch Goldstein viene descritto come una persona dai modi gentili e devoti.

Fisico ebreo di Brooklyn, si laurea in medicina all'Albert Einstein College of Medicine. Il suo incontro con il rabbino Meir Kahane lo porta prima ad iscriversi alla Jewish Defense League e poi a prestare servizio nell'esercito israeliano come medico, prestando soccorso a tutti tranne che ai musulmani e ai palestinesi, ritenuti invasori.

<< A Hebron, Baruch diventa un uomo sempre più tormentato dalla rabbia, proprio lui, che era nato in pace e che, più di tutti, aveva assaporato l'ebbrezza della libertà di movimento, di studio, di pensiero, di parola. Di vita>><sup>4</sup>.

Piano piano, Baruch si convince che Hebron debba essere liberata, così, il 25 febbraio 1994, entra nella moschea di Ibrahimi, in cui si erano raccolti in preghiera circa duecento musulmani <<a piedi nudi. Chini verso la Mecca. Adornati verso Dio. Allah. Un Signore che in quel momento non passa di là. Perché Baruch inizia a sparare. All'impazzata. Decine di colpi. [...] E intanto urla. Canta. Prega. Adora Dio. Il suo Dio. Che non è nemico di quello dei musulmani. Ma questo Baruch non lo sa. O meglio, lo rifiuta. [...] Da lì è iniziato tutto. E non è mai finito. Sassaiole, spari, urla, spintoni. E morti. Altri ancora. 25 palestinesi. 5 coloni israeliani. E la decisione finale: dividere in due la città. Sedici anni dopo, a Hebron non è cambiato nulla. Le pietre continuano a volare da una parte all'altra. L'odio continua a governare la città. La rabbia continua ad allevare generazioni di ebrei e musulmani. La morte a vincere sulla vita. Solo che ora

a Hebron c'è un muro. A tratti visibile. A tratti no. Poi ci sono tante reti. E segni di sparatorie. E famiglie spezzate. Per vedere il più grande fallimento di cui l'uomo è capace bisogna venire qui. A Hebron. Nel bel mezzo del vuoto. Un vuoto fisico. E mentale>><sup>5</sup>.

	<b>Theodore Kaczynski</b>
<b>Nato</b>	22 maggio 1942, Chicago
<b>Morto</b>	In vita
<b>Causa della morte</b>	
<b>Studi</b>	Università di Harvard, Università del Michigan
<b>Occupazione</b>	Ex docente universitario. Arrestato nel 1996
<b>Noto per</b>	Essere stato condannato per aver inviato pacchi postali esplosivi a numerose persone, durante un periodo di quasi diciotto anni, tra il 1978 ed il 1995, provocando tre morti e 23 feriti
<b>Religione/rientamento politico</b>	Anarchico

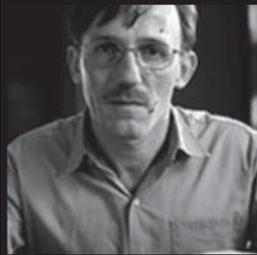
Figlio di genitori immigrati polacchi, dai 6 ai 10 anni, Kaczynski frequentò la Sherman Elementary School a Chicago. Successivamente, studia alla Evergreen Park Central. Un test che svolse all'età di 11 anni determinò che il suo QI era pari a 167. Kaczynski descrisse questo come un evento chiave della sua vita. Difatti, da piccolo non riusciva ad integrarsi con il suo gruppo di pari, essendo spesso anche vittima di atti di bullismo ed offese. La preoccupazione della madre circa il comportamento del figlio fu talmente grande da portarla ad iscriverlo in tenera età ad un corso per bambini autistici. La motivazione sottesa al suo gesto sembra vedere un'unione di teorie politiche e personali. Legato ideologicamente all'anarchismo, inveisce spesso contro la tecnologia, la distruzione dell'ambiente e del mondo, affermando anche, in un suo scritto, che l'inarrestabile progresso tecnologico e tecnico della post – modernità può comportare esclusivamente ed inevitabilmente l'estinzione del genere umano.

In una intervista per il New York Times del 15 dicembre 1996, afferma che le persone che promuovevano spon-

4. <http://falafelcafe.wordpress.com/2010/03/02/la-storia-baruch-goldstein/>

5. ibidem

taneamente il progresso tecnologico, dovevano essere visti come dei criminali e, per questo, fatti "saltare in aria" come meritavano. Durante il processo, Kaczynski, giustificò la messa in atto dell'attentato come un tentativo di fermare la marcia inarrestabile del processo tecnologico della società nella quale viveva.

	<b>Franz Fuchs</b>
<b>Nato</b>	12 dicembre 1949 a Gralla, Stiria
<b>Morto</b>	26 febbraio 2000 a Graz
<b>Causa della morte</b>	auto-impiccagione
<b>Studi</b>	Università di Harvard, Università del Michigan
<b>Occupazione</b>	Ex docente universitario. Arrestato nel 1996
<b>Noto per</b>	Aver ucciso 4 persone e ferito 15 con tre ordigni esplosivi improvvisati tra il 1993 ed il 1997. Persona solitaria molto intelligente ma socialmente inetta
<b>Religione/ rientamento politico</b>	Xenofobo

Franz Fuchs fu responsabile di una campagna dinamitarda in Austria e Germania, durata quasi quattro anni tra il 1993 e il 1996. A causa dei suoi attacchi hanno perso la vita quattro persone e ne sono state ferite quindici. I suoi obiettivi furono principalmente gli immigrati. Nasce nel 1949 in Austria e sin dalla scuola primaria viene definito come un bambino dall'intelligenza eccezionale. Si dice addirittura che, ai tempi dell'Università di Graz, superò talvolta gli insegnanti su alcuni teoremi di fisica grazie al suo QI pari a 139. Per potersi pagare gli studi in maniera autonoma, inizia a lavorare come dipendente presso la Volkswagen, ma decide di abbandonare gli studi dopo poche settimane dall'inizio del lavoro. Si trasferisce poi in Germania e trova impiego alla Mercedes dove conosce un ragazzo di origini jugoslave con il quale stringe amicizia. In seguito alla perdita del lavoro ed alla rottura di una storia d'amore, Fuchs cade in depressione e progetta il suicidio. L'8 agosto del 1976 scrive all'interno di una lettera indirizzata ai genitori <<il senso della mia esistenza per l'umanità è pari a zero>>.

Internato in un ospedale psichiatrico per mano del padre, viene rilasciato dopo soli due mesi. Dopo aver cambiato

numerosi lavori, si chiude in se stesso ed inizia ad odiare sé e gli stranieri. Descritto come razzista e xenofobo, Fuchs cercò di convincere il governo, attraverso alcune lettere, a modificare la propria posizione in materia di immigrazione. Uomo solitario, non fornì mai una dichiarazione coerente circa le motivazioni del suo attacco, nemmeno dopo il suo arresto avvenuto nel 1997.

	<b>Volkert van der Graaf</b>
<b>Nato</b>	9 luglio 1969
<b>Morto</b>	In vita
<b>Causa della morte</b>	
<b>Studi</b>	
<b>Occupazione</b>	Attivista ambientale
<b>Noto per</b>	Il 6 maggio 2002 uccise il politico olandese Pim Fortuyn a Hilversum
<b>Religione/ rientamento politico</b>	Attivista politico a favore dei diritti animali

Durante il processo, Van der Graaf ha dichiarato di aver posto in essere l'omicidio guidato dalla sua coscienza. Egli ha sostenuto: <<Di solito trovo moralmente riprovevole uccidere qualcuno. Il 6 maggio ho sentito che era giustificato, ora faccio fatica a rispondere se fosse giusto>> (Agence France Presse, 15 aprile 2003).

<<Volantini trovati nella casa di Harderwijk, floppy disk sequestrati e un personale sito Internet raccontano la sua militanza nel movimento «Vereniging Milev Offensief»<sup>6</sup>.

Condannato nel 2003 a 18 anni di carcere, l'11 ottobre 2013 gli è stata negata la libertà condizionata.

6. [http://archivistorico.corriere.it/2002/maggio/08/animalista\\_killer\\_del\\_leader\\_xenofobo\\_co\\_0\\_0205087541.shtml](http://archivistorico.corriere.it/2002/maggio/08/animalista_killer_del_leader_xenofobo_co_0_0205087541.shtml)

	<b>David Copeland</b>
<b>Nato</b>	15 maggio 1976, Londra
<b>Morto</b>	In vita
<b>Causa della morte</b>	
<b>Studi</b>	Ha frequentato la Yateley School
<b>Occupazione</b>	Ex Ingegnere assistente Ergastolo
<b>Noto per</b>	aver ucciso 3 persone e ferito 139 nel mese di aprile 1999 con delle bombe. Soffre di schizofrenia paranoide
<b>Religione/rientamento politico</b>	neo-nazista

David Copeland è noto per aver ucciso nel 1999 tre persone e ferite 139 tra persone di colore (tra le quali anche una donna incinta), asiatici ed omosessuali, per mezzo di tre bombe situate in zone differenti di Londra. Apertamente omofobo e razzista, Copeland desiderava non solo migliorare il suo mondo, convinto che la supremazia spettasse alla razza ariana, ma ammise anche di voler diventare famoso poiché «se nessuno ricorda chi sei, non sei mai esistito»<sup>7</sup>. Nato nel 1976 nel Middlesex e cresciuto nello Hampshire, David era il secondo di tre figli. Padre ingegnere e madre lavoratrice part – time presso un centro di sostegno per portatori di handicap, Copeland ha lasciato la scuola secondaria a soli sedici anni ed ha iniziato ad assumere droghe (tra cui LSD ed eroina) e ad abusare di alcool. Sempre in quegli anni viene condannato per ben tre volte con l'accusa di aggressione. Nel 1997 si trasferisce a Londra ed entra a far parte del BNP (British National Party, partito politico britannico di estrema destra, fondato nel 1982) abbandonandolo, però, dopo solo un anno. Questo suo abbandono si dice esser stato deciso in seguito al rifiuto da parte dell'associazione di utilizzare la violenza. Poco tempo dopo si unisce al Movimento nazionale socialista (un'organizzazione neo – nazista). In seguito al suo arresto, Copeland affermerà di aver avuto impulsi sadici nei confronti dei suoi compagni di classe già a dodici anni e che, all'età di sedici anni, il suo più grande sogno sarebbe stato quello di porsi al comando delle SS<sup>8</sup>. Non vi sono fonti che leghino questa sua ideologia a quella dei suoi

genitori o gruppo di amici di riferimento. Lo psicologo Jackie Craissati lo definisce, in una sua perizia, come sessualmente confuso. Nonostante l'odio ideologico esternato nei confronti delle sue vittime, egli afferma, in una intervista del 2000, che non sentiva né piacere né fastidio o tristezza per la morte di quelle persone. «Non sento niente. Non provo tristezza o gioia. Ho fatto solo ciò che dovevo fare. Mi dispiace per la donna e per il bambino. Credo che la donna fosse incinta. Mi dispiace per lei ma non mi sento in colpa per gli altri» affermerà sulle pagine del "The Daily Telegraph". Le successive perizie indicano la personalità di Copeland affetta da schizofrenia.

	<b>Anders Breivik</b>
<b>Nato</b>	Oslo, 13 febbraio 1979
<b>Morto</b>	In vita
<b>Causa della morte</b>	
<b>Studi</b>	Scuola di commercio di Oslo Un ex compagno di classe di Breivik ha riportato che quest'ultimo era uno studente intelligente e che spesso si prendeva cura di compagni oggetto di atti di bullismo
<b>Occupazione</b>	
<b>Noto per</b>	autore degli attentati del 22 luglio 2011 in Norvegia che hanno provocato la morte di 77 persone. Membro della Massoneria norvegese. Affetto da disturbo narcisistico della personalità
<b>Religione/rientamento politico</b>	anti-multiculturalista anti-marxista anti-islamista filo-israeliano ed ultra-sionista

Stando alle ricostruzioni effettuate dalla polizia, Breivik ha posizionato la prima la bomba ad Oslo, poi si è diretto con un traghetto a Utøya. Lì, vestito da agente di polizia, ha fatto radunare tutti i ragazzi presenti in una determinata area aprendo, poco dopo, il fuoco. Per novanta minuti, fino all'esaurimento delle munizioni, ha sparato

7. The Daily Telegraph, 6 giugno 2000

8. The Guardian, 16 giugno 2000

senza sosta. Breivik, la sera prima, aveva pubblicato prima due manifesti, il primo dei quali, di quasi 1500 pagine, descrive la sua ideologia e le sue posizioni politiche, descrivendosi come un crociato, un cristiano pronto alla guerra per difendere l'Europa dalla minaccia della dominazione islamica e marxista. All'interno delle ultime pagine vi è una descrizione dettagliata della preparazione dei due attacchi, sottolineando che la preparazione del suddetto attacco è iniziata nel 2009, e che gli ci sono voluti ottanta giorni per reperire i fertilizzanti e le sostanze con cui ha sintetizzato l'esplosivo. Racconta le tecniche utilizzate, le difficoltà incontrate. Il tutto alternato a parti del manifesto in cui da racconti in cui Breivik racconta come, ad esempio, passava il tempo libero, guardando episodi delle serie tv *True blood* o *The Shield*, oppure il festival musicale Eurovision.

L'analisi criminologica effettuata, porta con sé l'acuirsi del "terrore dell'epoca globale". E così, la paura che appare più temibile nella nostra società risulta essere <<la paura che ci perseguita senza una ragione, la minaccia che dovremmo temere e che si intravede ovunque, ma non si mostra mai chiaramente.

"Paura è il nome che diamo alla nostra incertezza: alla nostra ignoranza della minaccia, o di ciò che c'è da fare – che possiamo o non possiamo fare>><sup>9</sup>.

L'era globale sembra essere caratterizzata da una crisi del legame sociale. L'individuo tende a vedere in ogni cosa e dentro ogni persona una potenziale minaccia.

L'lo caratteristico della post-modernità si ritrova a dover fare i conti con un ambiente restio a garantirne la sopravvivenza.

Dalle minacce terroristiche a quelle atmosferiche, la società post-moderna trova in sé un individuo limitato dalle proprie paure: da quelle verso possibili virus letali nascosti all'interno delle cibarie, a quelle che comportano una riduzione di viaggi a causa della paura di un possibile attacco terroristic.

L'individuo si fa solitario, ma la paura diventa globale.

Il contesto sociale globale assume contorni "multipli": viviamo in una realtà "multipla", determinata da una composizione etnica sempre più varia e da un incontro costante tra mondi, culture e religioni diverse; la maggior facilità ed economicità a spostarsi da un Paese all'altro e la possibilità di comunicazioni istantanee tra parti diverse del globo attraverso la Rete hanno infatti accelerato e, per certi versi, esasperato l'incontro e il confronto multi-etnico. La tecnologia, come sempre nella storia, ha quindi messo l'uomo di fronte alla necessità di adeguarsi alla nuova realtà, da lui stesso creata, in tempi rapidi e senza il sostegno di un'adeguata capacità di adattamento.

In altre parole, viviamo in un contesto labile, all'interno del quale risultano azzerati i confini, da quelli geografici a quelli ideologici, e in cui l'impatto tra culture genera

conflitti interiori ed esteriori. La paura per ciò che è diverso o "straniero", per i limiti che questo pone, o che può porre, alla libertà di ciascuno si scontra con il senso di colpa; il terrore verso ciò che non si conosce, si fonde con la paura dell'invisibile e il distinguo tra bene e male assume contorni a volte poco definiti. Mai come adesso, il processo di globalizzazione ha quindi interconnesso ogni parte del globo facendo sì che qualsiasi cosa accada in una specifica parte del mondo si possa ripercuotere in ogni singola parte di esso, dando così piena attuazione al Butterfly effect.

La paura scaturita da profezie riguardanti la fine del mondo si unisce alla volontà di sopravvivenza. Una sopravvivenza che, però, si cerca non attraverso la lotta, ma tramite la rinuncia.

Viviamo in un'epoca all'interno della quale non vi è la conoscenza diretta della guerra, ma vi è la piena conoscenza dei volti della sofferenza, degli incubi – notturni e diurni – di chi la Guerra l'ha vissuta. A partire dai racconti di generazioni passate ai bombardamenti mass – mediatici, le immagini della sofferenza risultano vivide e traumatiche: il trauma che il proprio volto, da un momento all'altro, si possa unire a quella moltitudine di corpi senza nemmeno un nome al loro fianco.

E così, Bauman vede nella globalizzazione <<il virus che, diffondendosi, alimenta la paura e la conseguente impotenza nell'affrontarla, visto che è quasi impossibile individuare la sua fonte primaria, dato che ogni volta che si pensa di averla individuata ci si trova persi in un labirinto di specchi che riflettono l'immagine di un uomo o di una donna soli di fronte a se stessi>><sup>10</sup>.

Insicurezza ed atrofie come condizioni permanenti dell'epoca odierna, dunque.

Abbandonare, sempre più frequentemente, lo spazio reale per quello virtuale, appare un chiaro sintomo della malattia dell'epoca odierna: una malattia che prende il nome di terrore.

<<Dalla Bibbia ai tragici greci appare chiaro come il male (tanto fisico quanto morale) sia una parte ineliminabile della nostra vita>><sup>11</sup>.

Il concetto di Bene e Male, del quale si è discusso a lungo negli ultimi decenni, racchiude in se stesso la sua chiave di lettura. Chiave che risulta avere una conformazione diversa di cultura in cultura, così come diverse sono le "serrature" del mondo.

<<Alcuni dei Grandi Beni non possono vivere insieme>>, afferma Isaiah Berlin. Se ciò è vero, ne consegue che l'individuo, in tutto l'arco della propria esistenza, è costretto a scegliere quotidianamente tra più opzioni. Ogni scelta porta con sé conquiste e rinunce ed, ognuna di queste, porta a nuove scelte. Nel momento in cui, però, il singolo individuo si innalza quale portavoce dell'Essere umano, ecco che il conflitto assume i colori dell'intolleranza.

9. Eugenio Borgna. La solitudine dell'anima pag. 60

10. [http://www.lavocedifiore.org/SPIP/article.php3?id\\_article=3015](http://www.lavocedifiore.org/SPIP/article.php3?id_article=3015)

11. Maurizio Ferraris. Male. E' possibile vivere senza il male? Pag.9

Del resto, «Visto come strategia razionale, il terrorismo segue un processo logico nel quale la scelta della violenza come mezzo fra altre alternative percorribili è una scelta consapevole, basata sulla razionalità collettiva»<sup>12</sup>.

Immanuel Kant teorizzava circa la possibilità che nell'uomo fosse insito un "male radicale". Con ciò, il filosofo supponeva che vi fosse nell'individuo, paragonato al un "legno storto", una tendenza innata e del tutto naturale verso il male, a causa della volontà da parte del soggetto stesso di soddisfare i propri "impulsi sensibili" ed i propri desideri egoistici. Senza voler disquisire oltre sulle eccezioni che il concetto del male ha assunto nei secoli, questo spunto di riflessione può ritenersi fulcro della difficoltà di comprendere il perché degli atti di natura terroristica.

Il proliferarsi delle minacce asimmetriche, proprie dello scenario geopolitico di questo secolo, porta ad ipotizzare che il terrorismo cambierà volto, ma non sostanza.

Basti pensare che «era impensabile, fino a pochi anni fa, immaginare che uno Stato provasse a mettere in ginocchio un avversario con l'uso di un mouse e una tastiera; o che un'azienda sottraesse segreti industriali e brevetti a un possibile concorrente senza infiltrare spie o corrompere informatori, ma semplicemente facendo breccia nello scudo virtuale che protegge i sistemi informatici ed i PC»<sup>13</sup>.

Tra tutte le varie forme che il terrorismo potrà assumere, secondo le visioni che vedono nel futuro la presenza e la proliferazione del terrorismo, una più di tutte spaventa: il terrorismo CBRN. Un attentatore che abbia come mezzi delle armi di distruzione di massa con componenti chimiche, biologiche, radioattive o nucleari, potrebbe infliggere al proprio obiettivo, ferite molto peggiori di quelle inferte durante l'attentato del 2001 alle Torri Gemelle.

Nonostante siano realmente esigui, ad oggi, i casi di attentati attraverso tecnologia CBRN, e nonostante questi pochi casi non abbiano visto un numero di vittime ingente, dimostrano comunque che una volontà di base c'è, così come la possibilità di reperire tali strumenti. Certo è che la proliferazione delle armi di distruzione di massa, proprie dell'epoca odierna, rappresentano un "territorio propizio" per i lupi solitari, o per le grandi cellule terroristiche, che vogliano utilizzare la tecnologia CBRN.

E già c'è chi, anticipando o forse andando al passo con i tempi, mette in campo nuove invenzioni per offrire un aiuto al contrasto di tale modalità di terrorismo: «La Paul Boyé ha iniziato la sua attività di fabbricante di indumenti da combattimento nel 1914. In seguito si è specializzata nella ricerca, lo sviluppo e la produzione in serie di indumenti per la protezione NRBC/F (Nucleare, Radiologica, Biologica, Chimica e contro il Fuoco)»<sup>14</sup>.

A poco, purtroppo, sono serviti gli sforzi a livello internazionale sul disarmo degli arsenali nucleari e delle armi di distruzione di massa. La fase di arresto e smantellamento attuata in corrispondenza della Guerra Fredda, difatti, ha subito una contrazione all'inizio degli anni '90. Tra i vari esempi, basti citare i test nucleari avvenuti in India, Pakistan e Corea del Nord.

È comunque da sottolineare come la presidenza di Barak Obama, eletto nel 2008 come presidente degli Stati Uniti d'America, abbia ridato comunque una sorta di vigore agli sforzi internazionali sul controllo e sul ridimensionamento delle armi di distruzione di massa.

La "guerra al terrore" quindi, nonostante dopo la morte di Osama bin Laden Al Qaeda abbia perso potere e risorse, sia umane che economiche, è di gran lunga lontana dal concludersi.

Certo, si sono perse le tracce di quei campi di addestramento che un tempo erano facilmente accessibili e che occupavano vasti territori dell'Afghanistan, le "menti" di riferimento sono state arrestate o uccise ed è stato organizzato un massiccio controllo dei mezzi di comunicazione fondamentali per la sopravvivenza del terrorismo, primo fra tutti internet, e Al Qaeda ha dovuto modificare la sua stessa forma, nascondendosi e facendo sì che il mondo occidentale si sentisse rassicurato da un'apparente sua dissoluzione.

Anche la primavera araba, che sembrava sconfiggere tutto ciò che l'ideologia di Al Qaeda affermava, ha contribuito a far pensare che il pericolo stava rientrando.

In realtà, oggi sono attivi affiliati nella penisola arabica, in Iraq, nel Nord Africa ed in Somalia e l'ideologia qaedista sta acquisendo consensi anche all'interno di gruppi del Sahara e de Sahel.

Del resto, gli stessi trionfalismi all'indomani dell'uccisione di Osama bin Laden, che avevano fatto dire a Leon Panetta, Segretario della Difesa in America, di essere ormai a pochi passi dall'annientamento di Al Qaeda, hanno dovuto fare i conti con il trasformismo che la contraddistingue e prendere atto che Al Qaeda non è scomparsa, anzi.

A tal riguardo, infatti, non si deve dimenticare che il nostro Paese è stato espressamente richiamato in un video-messaggio, risalente al 13 settembre 2012, nel quale il successore di bin Laden, Al Zawahiri, ha incitato i libici a non dimenticare l'Italia e i crimini commessi nei loro confronti dal nostro Paese.

È necessario, però, notare come il numero di soggetti che hanno risposto alla campagna di Al Qaeda per ispirare e attivare terroristi fatti in casa, sia in realtà esiguo. Nonostante ciò, almeno su un piano teorico, la figura del lupo solitario porta in sé la potenzialità di risultare come vera e costante minaccia per la sicurezza dello scenario internazionale futuro. ■

12. [http://www.tempiocavalleriaitaliana.it/public/biblioteca/pubblicazioni/Elisabetta%20Benedetti%20-%20La%20configurazione%20a%20rete%20\(franchising\)%20del%20terrorismo%20letta%20attraverso%20la%20teoria%20dei%20sistemi%20complessi%20adattivi.%20Valutazione...pdf](http://www.tempiocavalleriaitaliana.it/public/biblioteca/pubblicazioni/Elisabetta%20Benedetti%20-%20La%20configurazione%20a%20rete%20(franchising)%20del%20terrorismo%20letta%20attraverso%20la%20teoria%20dei%20sistemi%20complessi%20adattivi.%20Valutazione...pdf)

13. Gianluca Ansalone, Angelo Zappalà. 11 settembre 2021. Le minacce del prossimo decennio. Pag.13

14. <http://iniziative.forumpa.it/expo10/officine/indumenti-protettivi->

cbrn-di-ultima-generazione-paul-boyé

## Bibliografia

- ANSALONE GIANLUCA, ZAPPALÀ ANGELO. 11 settembre 2021. Le minacce del prossimo decennio. FrancoAngeli, 2012
- BARBARO VANNUCCIO. SCARTAFACCI (postumo, 2012)
- BEN JELLOUN TAHAR. Il razzismo spiegato a mia figlia. Bompiani
- BERLIN ISAHIA. Il legno storto dell'umanità. Capitoli della storia delle idee. Ed Adelphi.
- BERTACIN ELISA. Le strategie comunicative del movimento talebano.
- CANETTI ELIAS. La provincia dell'uomo, 1973
- D'ANDREA, E. PULCINI. Filosofie della globalizzazione, ETS, Pisa 2001 (ristampa 2003)
- FERRARIS MAURIZIO. Male. E' possibile vivere senza il male? La biblioteca di Repubblica 2012
- FISOGNI PRIMAVERA. Terroristi. La persona nell'agire eversivo. Armando Editore 2004
- Lees Caroline. Turn on, tune in to Radio Taliban, in The Independent, October 26, 1996
- MASTRONARDI, DE LUCA. I serial killer. Il volto segreto degli assassini seriali: chi sono e cosa pensano? Come e perché uccidono? La riabilitazione è possibile? Newton Compton, 2009
- PICCIRILLI MAURIZIO. Le quaglie di Osama. Memori 2006
- REUTER CHRISTOPH. La mia vita è un'arma. Storia e psicologia del terrorismo suicida. TEA 2006
- SAVATER FERNANDO. Etica per un figlio. Laterza 2007
- SONNTAG SUSAN DA CHRISTOPH REUTER. La mia vita è un'arma. Storia e psicologia del terrorismo suicida.
- ZYGMUNT BAUMAN. Paura liquida. Laterza 2008
- XIV legislatura. Documentazione per le Delegazioni presso Assemblee internazionali. La lotta al terrorismo dopo l'11 settembre. Principali iniziative degli USA e dell'UE, prospettive per la cooperazione transatlantica. A cura di Riccardo Alcaro (Istituto Affari Internazionali). Contributi di Istituti di ricerca specializzati. Gennaio 2005
- Commissione Europea. Bruxelles, 20/07/2010. COM(2010) 386 definitivo. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio. La politica antiterrorismo dell'UE: principali risultati e sfide future. SEC(2010) 911.
- Commissione delle comunità europee. Brixelles, 6/11/2007 COM(2007) 649 definitivo. Comunicazione della commissione al parlamento europeo e al consiglio. Intensificazione della lotta contro il terrorismo

- Consiglio dell'Unione Europea. Brixelles, 30 novembre 2005 (01.12) (OR. En) 14469/4/05 REV4 LIMITE HAI 423 ECOFIN353 TRANS 234 RELEX 639 ECO 136 PESC 1010 COTER 72 COSDP 810 PROCIV 174 ENER 172 ATO 103

- The Daily Telegraph, 6 giugno 2000

- The Guardian, 16 giugno 2000

## Sitografia

- [http://www.crimelist.it/index.php?option=com\\_content&task=view&id=792&Itemid=128](http://www.crimelist.it/index.php?option=com_content&task=view&id=792&Itemid=128)

- R. Paternoster. <http://www.storiain.net/arret/num98/artic3.asp>

- <http://www.storiain.net/arret/num98/artic3.asp>

- [http://www.tempiocavalleriaitaliana.it/public/biblioteca/pubblicazioni/Elisabetta%20Benedetti%20%20La%20configurazione%20a%20rete%20\(franchising\)%20del%20terrorismo%20letta%20attraverso%20la%20teoria%20dei%20sistemi%20complessi%20adattivi.%20Valutazione....pdf](http://www.tempiocavalleriaitaliana.it/public/biblioteca/pubblicazioni/Elisabetta%20Benedetti%20%20La%20configurazione%20a%20rete%20(franchising)%20del%20terrorismo%20letta%20attraverso%20la%20teoria%20dei%20sistemi%20complessi%20adattivi.%20Valutazione....pdf)

- [http://ghismunda.blog.tiscali.it/2004/08/25/terrorismo\\_\\_tesi\\_\\_\\_aggressiva\\_\\_\\_e\\_tesi\\_\\_\\_reattiva\\_\\_\\_a\\_confronto\\_166090-shtml/](http://ghismunda.blog.tiscali.it/2004/08/25/terrorismo__tesi___aggressiva___e_tesi___reattiva___a_confronto_166090-shtml/)

- [http://archiviostorico.corriere.it/2002/maggio/08/animalista\\_killer\\_del\\_leader\\_xenofobo\\_co\\_0\\_0205087541.shtml](http://archiviostorico.corriere.it/2002/maggio/08/animalista_killer_del_leader_xenofobo_co_0_0205087541.shtml)

- Commissione delle comunità europee. Brixelles, 6/11/2007 COM(2007) 649 definitivo. Comunicazione della commissione al parlamento europeo e al consiglio. Intensificazione della lotta contro il terrorismo

- Consiglio dell'Unione Europea. Brixelles, 30 novembre 2005 (01.12) (OR. En) 14469/4/05 REV4 LIMITE HAI 423 ECOFIN353 TRANS 234 RELEX 639 ECO 136 PESC 1010 COTER 72 COSDP 810 PROCIV 174 ENER 172 ATO 103

- <http://eprints.sifp.it/8/1/PULCINI.html>

- <http://falafelcafe.wordpress.com/2010/03/02/la-storia-baruch-goldstein>

- <http://iniziative.forumpa.it/expo10/officine/indumenti-protettivi-cbrn-di-ultima-generazione-paul-boye>

- [http://www.ilfoglio.it/media/uploads/Rapporto\\_sul\\_terrorismo\\_internazionale.pdf](http://www.ilfoglio.it/media/uploads/Rapporto_sul_terrorismo_internazionale.pdf)

- [http://www.delirandom.net/x/external/Psicologia\\_del\\_terrorismo.pdf](http://www.delirandom.net/x/external/Psicologia_del_terrorismo.pdf)