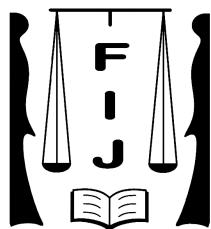


Nº 32
2009

REVISTA DEL CENTRO
DE INVESTIGACIONES
DE FILOSOFÍA JURÍDICA
Y FILOSOFÍA SOCIAL



FUNDACIÓN PARA LAS
INVESTIGACIONES JURÍDICAS



UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO
FACULTAD DE DERECHO
CONSEJO ASESOR DE INVESTIGACIONES

ISSN 1851-3247

©

Registro de la Propiedad Intelectual N° 670828, Formulario R N° 16161

Propietaria: Fundación para las Investigaciones Jurídicas

San Lorenzo 1155, 8° “A”, Rosario (Código Postal 2000), Argentina.

Teléfono/fax: (341) 4404009

E-mail: mciuroc@arnet.com.ar

CUIT: 30-68913973-2

La “REVISTA DEL CENTRO DE INVESTIGACIONES DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y FILOSOFÍA SOCIAL” es continuadora del “BOLETÍN DEL CENTRO DE INVESTIGACIONES DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y FILOSOFÍA SOCIAL”

ISSN 1851-3247

Salvo indicación expresa, la “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social” no se identifica necesariamente con las opiniones y los juicios que los autores sustentan.

Director responsable: Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani

Responsable de edición: Dr. Mariano H. Novelli

Publicación de periodicidad anual, al servicio del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (Córdoba 2020 - 2000 Rosario - Argentina).

Tirada: 100 ejemplares.

AUTORIDADES

UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

Rector: Prof. Darío Maiorana

FACULTAD DE DERECHO

Decano: Dr. Ricardo I. Silberstein

Vicedecano: Dr. Carlos Hernández

Consejeros Directivos

Dr. Daniel Erbetta	Pablo Lamberto
Dr. Ernesto Granados	Emiliano Mossotti
Dr. Alfredo Althaus	Ayelén Naput Neme
Dr. Mario Chaumet	Marcial Sorazábal
Dra. Myriam Pasquinelli	Iván Matacín
Dr. Jorge Stähli	Pablo Pellizón
Dra. Ana Wolkowicz	Emiliano Torno
Dra. Adriana Taller	Fabio Ferreyra
Dra. María Elena Martín	
Dr. Daniel Bóccoli	

Consejero No Docente

Andrea Rojas

Consejero Graduado

Luis Horacio Vila

CENTRO DE INVESTIGACIONES DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y FILOSOFÍA SOCIAL

Director: Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani (Investigador del CONICET)

Subdirectora: Dra. María Isolina Dabóve (Investigadora del CIUNR)

Secretario Técnico: Dr. Mariano H. Novelli (Becario del CONICET)

En Internet: www.centrodefilosofia.org.ar

Diseño y edición web: Dr. Gabriel Salmén

Comité Académico

Dr. Roberto H. Brebbia
Dra. Noemí L. Nicolau
Dra. Alicia M. Perugini
Dr. Nelson Saldanha
Dr. Jean-Marc Trigeaud

ÍNDICE

DOCTRINA

BENTOLILA, Juan José

Complejidades interpretativas: la falta de coincidencia entre la voluntad real y la argumentada 9

CIURO CALDANI, Miguel Ángel

El verbo en el antecedente de la norma jurídica (un aporte a la “Jurilingüística” con especial referencia a la lengua española) 17

FEUILLADE, Milton C.

El juez natural, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 27

NUEVAS INVESTIGACIONES SOBRE DIKELOGÍA (PARTE ESPECIAL)

ARTÍCULOS

ARIZA, Ariel

El Derecho Civil y la “Ciencia de la Justicia (Dikelogía)”. Vigencia de una obra clave en el Derecho Civil postmoderno 53

MASCITTI, Matías

El Derecho del Trabajo en la dimensión dikelógica 63

NAWOJCZYK, Érika

Derecho de la Ancianidad. Reflexiones sobre la construcción de esta nueva rama jurídica a partir de la Dikelogía trialista 75

NOVELLI, Mariano H.

La justicia en el Derecho Ambiental 81

PREGNO, Elian

El Derecho de la Salud como nueva rama del mundo jurídico. Una respuesta jurídica justa 95

TEMAS EN DEBATE

LAPENTA, Eduardo Víctor

La Dikelogía de Werner Goldschmidt en el Derecho Penal 113

SALMÉN, Gabriel Mauricio

La Dikelogía de Werner Goldschmidt en el Derecho de la Ciencia y de la Técnica 123

STÄHLI, Jorge

Goldschmidt, Justicia y Derecho Internacional Privado 129

Normas Editoriales 133

COMPLEJIDADES INTERPRETATIVAS: LA FALTA DE COINCIDENCIA ENTRE LA VOLUNTAD REAL Y LA ARGUMENTADA *

JUAN JOSÉ BENTOLILA **

Resumen: En este trabajo queremos subrayar la importancia de contar con una teoría interpretativa que, utilizando categorías de la dimensión sociológica del Derecho, permita operar sobre formalizaciones normativas en las que la voluntad del legislador es diversa a la declarada.

Palabras clave: Filosofía - Derecho - Teoría trialista del mundo jurídico - Interpretación de la norma - Argumentación.

Abstract: In this work we want to underline the importance of relying on an interpretive theory which, using categories of the sociological dimension of the Law, should allow to operate on normative formalizations in which the will of the legislator is diverse to the declared one.

Key words: Philosophy - Law - Trialist Theory of the Juridical World - Interpretation of law - Argumentation.

1. La cuestión que versa sobre los métodos de interpretación de las normas jurídicas ha sido desde antaño uno de los más arduos de la filosofía jurídica, a punto tal que la inmensa mayoría de los autores han abordado el tema¹, postulando diversos posicionamientos tendentes a la construcción de un modelo sobre el particular.

* Trabajo presentado en el Panel “Argumentación y Derecho” de las XXIII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, organizadas por la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. Buenos Aires, 19, 20 y 21 de noviembre de 2009.

** Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

1 Dentro del elenco que ha trabajado sobre el particular, y sin pretender en modo alguno ser exhaustivos, puede v. especialmente BETTI, Emilio, “Teoria generale della interpretazione”, Milán, Giuffré, 1955; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Meditaciones trialistas sobre la interpretación”, en “El Derecho”, t. 72, pág. 813; COMPAGNUCCI de CASO, Rubén H., “Interpretación de los contratos”, en “La Ley”, t. 1995-B, pág. 538; GÉNY, François, “Método de

Así, la pretensión de arribar a la disección completa del contenido de la norma, suele constituir el norte hermenéutico de la tarea de los encargados del funcionamiento normativo, a menudo perplejos en razón de las inteligencias encontradas que el quehacer interpretativo les brinda.

1.1. Ante el privilegio que rodeaba en términos históricos a aquella metodología que se ceñía al texto expreso de la norma, debemos a la escuela de la exégesis el haber introducido ciertas variantes que luego se transformarían en un lugar común de la teoría general del Derecho.

En apretada síntesis, los caracteres fundamentales que pueden extraerse de tal profusa producción doctrinaria, apuntan a tres casos diferenciados: a) la existencia de una norma clara y expresa; b) la existencia de un texto oscuro o dudoso; y c) la inexistencia de norma.

En el primero de los supuestos analizados, ninguna dificultad se presenta. El encargado del funcionamiento de la norma, obviando toda consideración axiológica, debe aplicarla. Al fin de cuentas, *dura lex sed lex*.

En el segundo supuesto, el intérprete debe desentrañar, a través del razonamiento, el pensamiento real y psicológico del legislador al tiempo de dictar la ley², para lo cual cuenta con diversos elementos extranormativos (notas, discusiones parlamentarias, proyectos, trabajos preparatorios, etc.). Percatados de las dificultades ínsitas en esta empresa investigativa, con posterioridad la doctrina desplazó el centro gravitacional de la idea, desde la *intención del legislador* hacia la *voluntad de la ley*.

Finalmente, en la tercera hipótesis, la voluntad presunta del legislador habría de dilucidarse con el recurso a las normas análogas³ y a los principios generales del Derecho.

1.2. Fue Federico de Savigny quien a su turno efectuó un gran aporte en materia interpretativa, aseverando que “*Destinada la ley a fijar una*

interpretación y fuentes en derecho privado positivo”, 2^a ed., Madrid, Reus, 1925; SOLER, Sebastián, “La interpretación de la ley”, Barcelona, Ariel, 1962; VIGO, Rodolfo L., “Interpretación Jurídica”, Santa Fe, Rubinzel-Culzoni, 1999; y ZULETA PUCEIRO, Enrique, “Interpretación de la ley. Casos y materiales para su estudio”, Bs. As., La Ley, 2003; entre muchos otros.

2 AFTALIÓN, Enrique R., GARCÍA OLANO, Fernando y VILANOVA, José, “Introducción al Derecho”, 12^a ed. actualizada, Bs. As., Abeledo Perrot, pág. 420.

3 V. ATIENZA, Manuel, “La analogía en el derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico”, Madrid, Civitas, 1986.

relación de derecho, expresa siempre un pensamiento simple o complejo que pone esta relación de derecho al abrigo del error o de la arbitrariedad; mas para que tal resultado se consiga en la práctica, es necesario que su espíritu sea percibido enteramente y en toda su pureza por aquellos a quienes se refiere, los cuales deben colocarse en el punto de vista del legislador, reproducir artificialmente sus operaciones y recomponer la ley en su inteligencia. Tal es el procedimiento de la interpretación que puede, por tanto, definirse de esta manera: la reconstrucción del pensamiento contenido en la ley”⁴.

Como puede claramente percibirse, para este autor la interpretación pretende “poner en armonía la expresión y el pensamiento”⁵ –extremos que no siempre se presentan coincidentes–, estableciendo el énfasis en que la reproducción de la inteligencia legislativa debe hacerse siempre con consideración de las circunstancias históricas en las que la norma fuera pronunciada, en tanto el Derecho no constituye más que un producto de la historia, del *espíritu del pueblo*⁶.

Conducidos por tal sendero, ha de remarcarse que se distinguen diversas posibilidades a indagar.

En un primer orden de ideas, se ha hecho alusión, como punto de vista predominante, a la *intención de la ley*, entendida como el efecto que la norma jurídica está llamada a producir.

Ello no obsta a que también se haya referido la significación del *motivo de la ley*, que no suele encontrarse expresado en ella y que permanece siempre distinto de su contenido. En relación a este último parámetro se nos advierte que la precaución debe guiarnos, toda vez que su empleo depende de la certidumbre con la que contemos sobre tal motivo y la influencia que él puede haber ejercido sobre el contenido normativo.

1.3. Posteriormente, con marcada afinidad historicista, Werner Goldschmidt postuló que la interpretación normativa tiene por meta lograr la

4 SAVIGNY, Friedrich Karl, “Sistema del Derecho Romano Actual”, trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley, 2^a ed., Madrid, Góngora, t. I, pág. 187.

5 *Íd.*, pág. 202.

6 En rigor, la idea de *volksgeist* fue introducida por Georg Friedrich von Puchta, discípulo de Savigny. Al respecto puede v. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Aportes Iusfilosóficos para la construcción del Derecho (Metodología Jurídica. Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho. La Conjetura del Funcionamiento de las Normas Jurídicas)”, Rosario, Zeus, págs. 283 y ss.

fidelidad de la norma ya formulada⁷, esto es, la adecuada descripción del contenido de la voluntad del autor.

Pertenece la problemática, por ende, a la norma formal entendida como autobiografía de una voluntad.

De tal suerte, considerando que la norma es la captación lógica y neutral de un reparto proyectado, la tarea interpretativa debe indagar la voluntad del autor de la norma al redactarla, en tanto en la lucha entre “verba y voluntas *la victoria corresponde a esta última. Voluntad significa tanto intención como fin. Se podría, pues, hablar también de una interpretación voluntarista o intencional o finalista. Usualmente se habla de interpretación teleológica (...). La imprecisión es en todas las expresiones la misma, ya que voluntarista, intencional o finalista (o teleológica) no caracteriza la actividad de interpretar sino que indica su objeto*”⁸.

Claro está, en caso de encontrarnos ante una interpretación auténtica en sentido cognitivo (en la que el propio autor es el intérprete), aventurariamos que las posibilidades de éxito se encuentran aseguradas. Y si el que formulara la interpretación fuere aquella persona capaz de sustituir la norma a interpretar por otra (interpretación auténtica en sentido decisorio), las opciones también se evidencian auspiciosas, sobre todo teniendo en consideración la facultad de dictado de normas aclaratorias.

El escollo se presenta cuando el encargado del funcionamiento de la norma es un tercero respecto del legislador, sujeto distinto que oscila entre la lealtad al autor y la propia capacidad jurisgeneradora⁹.

En tales términos, de optar por atender la voluntad legislativa, no se despeja la perplejidad en las doctrinas de la interpretación, toda vez que no se explica si el encargado del funcionamiento de la norma ha de atenerse a la voluntad legislativa real (móvil) o a la argumentada (razón alegada).

En efecto, nada obsta a que el autor de la norma a interpretar haya contado con una voluntad oculta bajo el ropaje argumentativo brindado en las manifestaciones extranormativas producidas, cuyo objetivo habría sido

7 GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción Filosófica al Derecho”, 6^a ed., 4^a reimpr., Bs. As., Depalma, 1987, pág. 253.

8 *íd.*, pág. 263.

9 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Filosofía de la Jurisdicción. Con especial referencia a la posible constitución de un Tribunal Judicial del Mercosur”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998, pág. 67.

sólo el de “*provocar o acrecentar la adhesión a las tesis presentadas para su asentimiento*”¹⁰.

Los desarrollos trialistas han nominado tales entidades bajo ciertas categorías, explicando que “*no siempre las fuentes formales son autobiografías formalizadas con autenticidad, y hay meras fuentes “espectáculos”, elaboradas para las apariencias, y que hay otras fuentes que pese a ser auténtica voluntad de sus autores no son expresiones de la voluntad de repartir, sino instrumentos de mera propaganda*”¹¹. Así se oculta la voluntad repartidora (o su ausencia) del sujeto activo, engañando al sujeto pasivo, con distorsión consciente entre los móviles y las razones alegadas, lo que afecta la fidelidad de las normas puesto que la auténtica voluntad es la destinada a que lo alegado no se cumpla¹².

2. En el ordenamiento normativo argentino, encontramos diversos casos en los cuales se prevé esta disociación entre las voluntades real y argumentada del autor de la norma.

En efecto, el art. 1198 del Código Civil (texto según ley 17.711), estatuye que “*Los contratos deben (...) interpretarse (...) de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender (...)*”.

A su turno, el art. 218 del Código de Comercio prescribe que “*Siendo necesario interpretar la cláusula de un contrato, servirán para la interpretación las bases siguientes: 1. Habiendo ambigüedad en las palabras, debe buscarse más bien la intención común de las partes que el sentido literal de los términos; (...) 4. Los hechos de los contrayentes, subsiguientes al contrato, que tengan relación con lo que se discute, serán la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato; (...)*”.

10 PERELMAN, Chaïm, y OLBRECHTS-TYTECA, Lucie, “Tratado de la argumentación. La nueva retórica”, trad. de la 5^a ed. por Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Gredos, 2000, pág. 91.

11 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Las fuentes de las normas”, en “Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario”, N° 4/6, pág. 236 (también en “Zeus”, t. 32, págs. D-103 y ss.), con cita de NITSCH, Nicolas, “L’inflation juridique et ses conséquences”, en “Archives de philosophie du droit”, t. 27, págs. 167 y ss. Puede v. también CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Meditaciones sobre las fuentes de las normas”, en “Investigación y Docencia”, N° 31, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998, págs. 59 y ss.

12 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Perspectivas Jurídicas”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985.

Como puede apreciarse, los textos legales precitados, que sientan las bases de la interpretación de normas contractuales¹³, remiten no tanto a la voluntad declarada en el instrumento, sino a la intención de las partes que surgirá de datos extranormativos (conjeturales o reales).

En tales términos, el *iter* de la tarea interpretativa puede delinearse del siguiente modo: a) si existe un texto claro (voluntad declarada), el intérprete ha de atenerse a él, salvo que surgiere que las partes tuvieron una inteligencia diversa (motivada tal vez por error, dolo, reticencia, etc.); b) si el texto es ambiguo, ha de indagarse la voluntad de las partes a través de la tarea de conjetura, o por medio de la investigación de sus conductas posteriores.

Como puede apreciarse, el legislador tuvo en cuenta la posibilidad de que las partes argumentaran razones irreales, imponiendo la necesidad de vincular a los sujetos con sus intenciones no declaradas.

El Derecho Laboral también conoce de estas situaciones, lo que ha llevado al legislador a sancionar con la nulidad a los pactos en fraude al ordenamiento (arg. art. 14, Ley de Contrato de Trabajo), toda vez que por imperio del principio de primacía de la realidad se “*otorga prioridad a los hechos, es decir, a lo que efectivamente ha ocurrido en la realidad, sobre las formas o apariencias o lo que las partes han convenido: el contrato de trabajo es un contrato - realidad. Prescinde de las formas para hacer prevalecer lo que efectivamente sucedió. (...) en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos suscriptos por las partes o acuerdos celebrados entre ellos (lo que se pactó o documentó), se debe dar preferencia a los hechos*”¹⁴.

3. Otros ejemplos pueden relevarse en el ordenamiento normativo argentino.

Así, se ha configurado, en relación al acto administrativo, la figura denominada *desviación de poder*, entendida como un abuso cometido por la

13 Sobre lo cual puede v. VIGO, op. cit., págs. 145 y ss.

14 GRISOLÍA, Julio Armando, “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, 11^a ed., Bs. As., Lexis Nexis, 2005, t. I, pág. 181

autoridad pública al argumentar el fundamento del acto en una finalidad falsa, encubriendo los móviles verdaderos¹⁵.

En tal situación, las intenciones no declaradas gravitan sobre la motivación (argumentación) del acto, causando su invalidez.

4. Claramente se evidencia del desarrollo precedente que el ordenamiento normativo prefiere, tanto en el ámbito del Derecho privado como en el de Derecho público, interpretar las normas contractuales o administrativas otorgando mérito especial a la intención que informaba a los autores, con independencia absoluta de lo que ellos hubieren argumentado en las fuentes formales.

Lo expresado no ha de causarnos sorpresa, sino que, por el contrario, guarda debida coherencia con el principio general de buena fe, que proscribe la falta de veracidad, causando la invalidez de los argumentos que se saben insinceros.

5. Ahora bien, sentado lo antedicho, hemos de resaltar lo que entendemos constituye una cierta asincronía en el mecanismo jurídico.

Es que cuando de interpretar normas generales se trata, la remisión a la voluntad del autor de la norma, según los autores que propugnan tal tipología interpretativa, parece referir a la voluntad argumentada, cuya constancia suele encontrarse en diversos instrumentos formales (tales como los ya citados: exposiciones de motivos, notas, proyectos, actas de sesiones).

Y si bien no ha de presumirse la mala fe de los autores de las normas (contratante o legislador, es igual), no es menos cierto que, ante la comprobación de una divergencia entre la voluntad legislativa real y la argumentada en las fuentes formales, no existen grandes desarrollos teóricos acerca de cuál es la que debe ser tomada a los efectos de la tarea interpretativa.

Imaginemos el siguiente ejemplo: se sanciona una norma de flexibilización laboral, argumentándose que ello generará la reactivación del mercado de trabajo, redundando en beneficio del trabajador, fin último de la norma. Con posterioridad se evidencia que la norma fue dictada con la intención de

15 MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, Bs. As., Abeledo Perrot, 2005, t. II, págs. 486 y ss.

favorecer al sector empresario con la precarización del mercado laboral que acontecería en los hechos.

Si una perplejidad de sentido llegara a surgir, ¿hay que entender que la voluntad legislativa a la que cabe remitir es la que se argumentó o la real?

El inconveniente no es menor, toda vez que cualquier ambigüedad ha de ser interpretada sobre la base de una u otra intención, claramente incompatibles.

6. Entendemos que, contrariamente a lo que ocurre con las fuentes formales vistas con anterioridad, en el caso de las normas generales, la interpretación debe hacer uso de la razón alegada y no la voluntad real del legislador, cuando ellas no coincidieren.

Es que parece existir un altísimo grado de probabilidad de encontrar incompatibilidades con el sistema en caso contrario, puesto que las razones alegadas por el legislador usualmente se orientarán en el sentido de proveer legitimidad a la norma en relación al sistema normativo, calidad que puede faltar en caso de ocurrir a la voluntad real cuando ella no concordara con la alegada¹⁶.

Aun cuando somos conscientes de la falta de sinceridad que tal recurso consagra, no es menos cierto que el sistema normativo puede sostenerse sobre la base de significativos principios que lo informan y lo orientan en beneficio de los sectores que, aun cuando no se encontraban en la voluntad real del legislador histórico, sí aparecen reflejados en la voluntad por éste declarada.

Caso contrario, siempre contará el sistema con el recurso de la inconstitucionalidad por violación de las relaciones de contenido para mantener incólume el principio de buena fe eventualmente vulnerado.

16 Idéntica solución propone CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Notas sobre Derecho y astucia”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 9, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1987, pág. 29, refiriendo en relación a las fuentes propaganda que, entre la voluntad de no repartir y la voluntad aparente debe prevalecer esta última.

EL VERBO EN EL ANTECEDENTE
DE LA NORMA JURÍDICA
(un aporte a la “Jurilingüística”
con especial referencia a la lengua española)

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI *

Resumen: Se considera el papel del verbo en la construcción de los *antecedentes* normativos, es decir, de las captaciones lógicas de los problemas resueltos en las normatividades, utilizando la teoría trialista del mundo jurídico.

Palabras clave: Integrativismo - Tridimensionalismo - Trialismo - Mundo jurídico - Verbo - Antecedente.

Abstract: This paper considers the role of the verb in the construction of normative antecedents, that is to say, of logical graspings of problems which are solved in norms, using the Trialist Theory of the Juridical World.

Key words: Integrativism - Tridimensionalism - Trialism - Juridical World - Verb - Antecedent.

I. Ideas básicas

1. El Lenguaje vive en la sociedad y en el Derecho, generando respectivamente las perspectivas de la Sociolingüística¹ y la “*Jurilingüística*”².

* Ex investigador principal del CONICET. Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

1 En relación con la Sociolingüística y la Lingüística cabe c. por ej. Centro Virtual Cervantes, Diccionario de términos clave de ELE, Sociolingüística, http://cvc.cervantes.es/ensenanza/biblioteca_ele/diccionario/sociolinguistica.htm (11-1-2010); CALVET, Louis-Jean, “Lingüística y colonialismo: breve tratado de glotofagia”, trad. Luciano Padilla, Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 2005; MALMBERG, Bertil, “Los nuevos caminos de la lingüística”, trad. Juan Almela, 20^a ed., México, Siglo XXI, 1997; Biblioteca Nacional de Maestros, Filosofía del Lenguaje, <http://www.bnm.me.gov.ar/cgi-bin/wxis.exe/opac/?IsisScript=opac/opac.xis&dbn=BNAM>

El enfoque jurilingüístico difiere, a su vez, del Derecho del Lenguaje³, que es la rama del mundo jurídico que trata el régimen del lenguaje. En otras oportunidades nos hemos referido, en el ámbito de la Jurilingüística, a la presencia de los pronombres en el Derecho; ahora atenderemos a algunas perspectivas de los *verbos*⁴.

&src=link&tb=tem&query=FILOSOFIA%20EL%20LENGUAJE&cantidad=&formato=&sala=(11-1-2010).

- 2 (o “Jurislingüística”). Pueden v. CORNU, Gérard, “Linguistique juridique”, 3^a ed., París, Montchrestien, 2005; “International Journal for the Semiotics of Law - Revue internationale de Sémiotique Juridique”, <http://www.springer.com/law/journal/11196> (14-1-2010); también es posible c. “Hommage à Gérard Cornu”, París, Dalloz-Sirey, 2009; Facultad de Lingüística Aplicada, Varsovia, http://www.wlsifw.uw.edu.pl/hiszpanski/o_wydziale_h.html (13-1-2010); Facoltà di Economia. Sapienza, Università di Roma, Proyecto del primer laboratorio en el ámbito del Seminario permanente “Lionello R. Levi Sandri”, http://w3.uniroma1.it/studieuropei/convegni/Call%20for%20papers_SPA.pdf (13-1-2010). Importa tener en cuenta el curso de Lingüística para la Elaboración de Normas que dicta el profesor Ricardo A. Guibourg en la Maestría en Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/mae_tpen_juridicas_programas.php#13 –12-1-2010–). En cuanto al uso de la expresión Lingüística jurídica cabe c. por ej. GÉNY, François, “Science et Technique en droit privé positif”, París, Sirey, t. III, págs. 448 y ss. Cabe c. en otro sentido más cercano al Derecho del Lenguaje, Manual de Técnica Legislativa, Prof. Antonio A. Martino, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, <http://exwww.dsp.unipi.it/didattica/Digesto/manual.html> (14-1-2010); Ministère de la Justice, Canada, Guide fédéral de jurilinguistique législative française, <http://www.justice.gc.ca/eng/dept-min/pub/juril/index.html>, (12-1-2010). Acerca de la construcción fraseológica del Derecho puede v. por ej. págs. BERGEL, Jean-Louis, “Théorie générale du droit”, 4^a ed., París, Dalloz, 2004, págs. 248 y ss., respecto del Lenguaje jurídico, págs. 237 y ss.
- 3 Es posible v. nuestro artículo “El lenguaje desde la perspectiva jurídica (Con especial referencia a los pronombres)”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Nº 31, págs. 55 y ss.
- 4 Puede v. Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, verbo, http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=verbo (11-1-2010). En cierto aspecto, verbo quería decir en un principio palabra (en relación con el tema v. COROMINAS, Joan, con la colaboración de José A. PASCUAL, “Diccionario crítico epistemológico castellano e hispánico”, Madrid, Gredos, t. V., 1983, pág. 780). Sin embargo suele afirmarse que esa procedencia no es acertada, que la palabra verbo no se origina en la latina “verbum” (que en esa lengua significaba palabra), porque designa una clase de palabras que funciona como núcleo de la oración y es la única idónea para construir una oración por sí sola. Se sostiene que es la palabra por excelencia, al menos la parte más importante de una sentencia (uOttawa, What is a verb?, Heather MacFadyen, <http://www.arts.uottawa.ca/writcent/hypergrammar/verbs.html> –12-1-2010–). V. por ej. acerca del concepto lógico y el concepto teológico de verbo, FERRATER MORA, José, “Diccionario de Filosofía”, Bs. As., Sudamericana, t. II, 1965, págs. 883/4. Según Aristóteles el verbo indica que algo se dice o se afirma de algo y posee una referencia temporal (ARISTOTELES, “Lógica. De la expresión o interpretación”, cap. 3, 16a / 17a, en “Obras”, trad.

Los verbos empleados en el mundo jurídico, especialmente en las consecuencias de las normas, han generado importantes investigaciones, de manera principal desde la filosofía analítica⁵. En el curso de esos estudios se han producido, v. gr., muy esclarecedoras clasificaciones de las normas. Sin embargo, deseamos volver sobre el tema de los verbos para considerar el papel de éstos en la construcción de los *antecedentes* normativos, es decir, de las captaciones lógicas de los problemas resueltos en ellas⁶.

La inclusión de verbos en los antecedentes de las normas es una expresión de evolución jurídica, que supera a la mera presencia de sustantivos. Captar “Dado que Juan mató será (o debe ser) preso” es más evolucionado que captar “Juan será (o debe ser) preso”. Esta superioridad es no sólo de “técnica” jurídica sino también jusfilosófica, porque da cuenta del motivo de la prisión.

Francisco de P. Samaranch, Madrid, Aguilar, 1964, pág. 259). También c. Bibliografía Resultats de la cerca, Verbo, <http://www.ub.edu/crai/filo/bib.php?text=verbo&camp=clau&ordre=autor&sentit=ASC> (10-1-2010); Estudios de Lingüística. Universidad de Alicante, <http://www.ua.es/dpto/dfelg/publicaciones/estudios-linguistica/> (10-1-2010), Año: 2004, Número: Extraordinario 1. Dedicado a: el verbo; CIFUENTES HONRUBIA, José Luis y MARIMÓN LLORCA, Carmen (coord.), “Estudios de Lingüística: el verbo”, Universidad de Alicante, 2004; PADILLA GARCÍA, Xose Antonio, “Y al principio...no fue el verbo (estrategias pragmáticas relacionadas con la posición del sujeto en la conversación coloquial)”, en “Estudios de Lingüística”, Nº Extra 2, 2004, págs. 451 y ss., <http://hdl.handle.net/10045/9792> (10-1-2010).

El antecedente es pieza inicial de la *dinámica* que, sobre todo mediante su composición verbal, presenta la consecuencia jurídica. El verbo indica la dinámica, el tiempo de la adjudicación, pero en sentido religioso y teológico la misma expresión suele referirse a la eternidad: Catholic.net, Evangelio según San Juan, Capítulo I: Juan 1. “1 En el principio existía la Palabra y la Palabra estaba con Dios, y la Palabra era Dios. 2 Ella estaba en el principio con Dios. 3 Todo se hizo por ella y sin ella no se hizo nada de cuanto existe. 4 En ella estaba la vida y la vida era la luz de los hombres. 5 y la luz brilla en las tinieblas, y las tinieblas no la vencieron”; “«En el principio existía el Verbo» (Jn 1, 1). Estas palabras, con las que comienza san Juan su evangelio, nos remontan más allá del inicio de nuestro tiempo, hasta la eternidad divina. A diferencia de san Mateo y san Lucas, que sobre todo se dedican a relatar las circunstancias del nacimiento humano del Hijo de Dios, san Juan dirige su mirada al misterio de su preexistencia divina”. Multimedios, Biblioteca Electrónica Cristiana, Catequesis de Juan Pablo II, 26 de noviembre de 1997, <http://multimedios.org/docs/d000666/> (12-1-2010). Siempre existe la cuestión acerca de la relación entre el ser y el devenir.

5 Dejamos de lado el vasto campo de la lógica deontica quizás iniciado por Leibniz y desarrollado principalmente por Georg Henrik Von Wright, con otros valiosos aportes, por ejemplo, de Carlos Alchourron y Eugenio Bulygin.

6 Vale tener en cuenta que antecedente y consecuencia son cierta perspectiva *lógica* de lo que la *gramática* llama sujeto y predicado.

Las fuentes de las normas pueden ser “unimembres” (unitarias) o bimembres, pero las construcciones lógicas respectivas han de ser siempre bimembres, con antecedente y consecuencia jurídica.

Las *respuestas jurídicas* y los *problemas* que ellas solucionan, a los que deseamos referirnos principalmente, pueden ser comprendidos mejor a la luz de la teoría de las respuestas jurídicas y de los verbos utilizados para formarlas⁷. También aceptando la propuesta de construcción del *mundo jurídico* presentada, dentro del integrativismo tridimensionalista, por la *teoría trialista*⁸. Según la propuesta de la teoría trialista del mundo jurídico, éste ha de abarcar *repartos* de potencia e impotencia (de lo que favorece o perjudica a la vida humana; dimensión sociológica) *captados normativamente* (dimensión normológica) y valorados por un complejo de valores que culmina en la *justicia* (dimensión dikelógica).

2. La *dimensión sociológica* del mundo jurídico abarca *adjudicaciones* de potencia e impotencia, incluyendo *distribuciones* de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar y, en lugar central, *repartos* originados por la conducta de seres humanos determinables.

La comprensión de las distribuciones requiere considerar la causa distribuidora, los recipientes, los objetos y las razones sociales que atribuye la comunidad cuando considera que son valiosas. La comprensión de los repartos exige atender a los repartidores, los recipientes, los objetos, las formas (caminos previos para llegar a los repartos) y las razones en sentido amplio (móviles, razones alegadas y razones sociales).

Los repartos pueden ser *autoritarios* o *autónomos*. Los primeros se desenvuelven por imposición y realizan el valor poder, los segundos se desarrollan por acuerdo de los interesados y satisfacen el valor cooperación.

7 Es posible c. nuestro artículo “Perspectivas trialistas para la construcción de los casos. La complejidad de los casos”, en “La Ley”, t. 2004-D, págs. 1181 y ss.; asimismo “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976 (reedición en “Investigación y Docencia”, Nº 37, págs. 85/140).

La lengua española es “flexiva”, dotada de un patrón de conjugación.

En chino el verbo tiene siempre la misma forma y no posee variación según persona, número, aspecto, tiempo o voz.

8 Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6^a ed., 5^a reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

Los repartos autoritarios pueden ser ordenancistas o directos; en los primeros se desenvuelve el esquema ordenanza-obediencia, en los segundos no se produce siquiera la ordenanza.

La dimensión sociológica se apoya en categorías “*pantónomas*” dirigidas a la totalidad de sus manifestaciones, como la causalidad, la finalidad objetiva (que “encontramos” en los acontecimientos), la posibilidad y la realidad (pan=todo, nomos=ley que gobierna). Dicha pantonomía nos es inalcanzable, de modo que tenemos que *fraccionarla* donde no podemos abarcarla más, produciendo certeza. Además, la dimensión sociológica incluye la categoría de la finalidad subjetiva que pretendemos realizar.

En la *dimensión dikelógica*, la *justicia* es también una categoría pantónoma, dirigida a la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras, al complejo personal, temporal y real y a las consecuencias. Para ponerla a nuestro alcance, porque no somos omniscientes ni omnipotentes, nos vemos en la necesidad de fraccionarla cuando no podemos avanzar más, generando seguridad jurídica.

El fundador del trialismo, Werner Goldschmidt, propuso con carácter objetivo y natural el *principio supremo* de justicia de adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, para convertirse en persona. En nuestro caso, proponemos que ese principio sea adoptado como una *construcción básica* sobre la cual puedan desarrollarse razonamientos metodológicamente rigurosos.

3. En la *dimensión normológica*, el trialismo considera a las *normas* captaciones lógicas de repartos proyectados. Como juicios, las normas están dotadas de *antecedente*, que capta el problema a solucionar (reglamentar) y *consecuencia jurídica*, que capta la solución (reglamentación). Distribuciones y repartos pueden estar en los antecedentes de las normas. Goldschmidt señaló que las normas sólo pueden construirse desde el punto de vista de terceros, a fin de que se integre más la importancia de su cumplimiento. Esto indicamos cuando decimos que hay normas “promisorias”. Cuando las normas se cumplen son “exactas”. Sin embargo, es posible también atender, en otra referencia de uso más común de la palabra norma, a captaciones lógicas de repartos proyectados que, en sentido muy amplio, pueden considerarse “prescriptivas”. Las normas promisorias son construidas como “será”, las

prescriptivas en sentido amplio, como “debe ser”⁹.

Entre las diversas clasificaciones de las normas, el trialismo atiende con especial interés a la que, con referencia al antecedente, las diferencian según sean *individuales*, o *generales*. Las normas individuales resultan dirigidas a sectores sociales pasados, que son descriptos, o generales, referidas a sectores sociales futuros, que son supuestos.

Cuando las normatividades de casos presentes son captaciones de repartos que se constituyen mediante órdenes “vividas” por los protagonistas suele utilizarse en sentido fuerte –en lugar del nombre norma– la denominación *imperativo*.

Dentro del grupo de las normas generales cabe diferenciar las meramente *generalizadas*, que permiten la inclusión posterior de otros casos, y las *generales* en sentido estricto, que poseen antecedentes “cerrados”, tipificados, y no admiten esa incorporación.

Las normas generales comienzan lógicamente con la condición “si …”; las normas individuales se inician lógicamente indicando “dado …”. Son específicamente generales, por ejemplo, las normas del Derecho Penal liberal¹⁰.

Las normas individuales, históricamente más antiguas que las generales, requieren especial capacidad para referirse a lo concreto; las generales necesitan particular aptitud para dirigirse a lo abstracto. Las sentencias suelen ser fuentes formales de normas individuales; las leyes suelen serlo de normas generales.

II. El verbo en el antecedente

4. Los *verbos* tienen especial relación con los sucesos que adjudican (la naturaleza, las influencias humanas difusas, el azar o la conducta de seres humanos determinables). La construcción verbal de los *antecedentes* de las normas plantea cuestiones complejas. Uno de los despliegues es el de la

9 Hay un “será” y un “deber ser” gramatical y otro lógico. Es posible pasar de lo gramatical a lo lógico cambiando la formación del verbo. Aunque las fuentes usen el deber ser es viable repensarlas normativamente como será y a la inversa. Por esto, por ejemplo, el empleo de la gramaticalidad será en el Código Penal es un argumento a favor de la construcción promisoria sólo relativamente importante. Indica que se necesita la promesa, pero no excluye la otra construcción.

10 Al menos en cuanto a la protección del reo.

plenitud o la *parcialidad* de problemática que hace la presentación verbal, cuestión que tiene incluso valor para la comprensión de la consecuencia.

Dado el mayor desarrollo de la construcción de los antecedentes en ciertos tipos de normas individuales, como las que tienen sus fuentes en las sentencias, por el desenvolvimiento que posee de modo habitual la fundamentación, la problemática de los verbos utilizados en ellos se hace más significativa¹¹.

5. Los verbos *defectivos*, en que no se cumple el paradigma de la conjugación completo y necesitan un sujeto de cosa o nombran fenómenos de la naturaleza y normalmente no llevan sujeto (por ej. llueve) son más idóneos para presentar problemas de las distribuciones. Sin embargo para conocer la realidad social y los valores es conveniente completar en todos los casos el panorama problemático distribuidor.

Los verbos *transitivos*, que se refieren a acciones que “*transitan*” desde el actor al objeto y exigen un objeto directo (complemento directo) abren un camino mejor para la comprensión de los repartos, porque atienden a los repartidores y los objetos. Los verbos *intransitivos* pueden dar panoramas de los casos menos completos.

Existen *modos* y *tiempos* verbales que permiten la presentación de problemas más *completos*, otros se muestran menos completos, exigiendo el esfuerzo de considerar lo que ha quedado oculto. En las *normas individuales*, el pretérito perfecto simple del indicativo (amé) muestra un antecedente pleno. Ya el pretérito perfecto compuesto (he amado) exhibe un posible contacto de respuestas con lo sucedido después y esto se acentúa en el pretérito imperfecto (amaba), el pretérito pluscuamperfecto (había amado) y el pretérito anterior (hube amado). Incluso ocurre en el subjuntivo pretérito perfecto (haya amado), el pretérito pluscuamperfecto (hubiera –o hubiese– amado) y el futuro perfecto (hubiere amado). En las *normas generales* la plenitud está en el indicativo presente (ame), el pretérito imperfecto (amara o amase) y el futuro imperfecto (amare). En el *imperativo* el sector social sobreentendido debe pensarse en presente del indicativo.

11 La complejización del antecedente puede producirse también por tratarse de problemas y respuestas “conexos” (puede v. nuestro estudio “Los contratos conexos. En la Filosofía del Derecho y el Derecho Internacional Privado”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1999).

Lo *mentionado* en los antecedentes domina formalmente a lo no mencionado, a lo *silenciado*, aunque corresponde investigar si también lo domina fáctica y dikelógicamente. El trialismo pone especial énfasis en el *desenmascaramiento* de la realidad y de los despliegues de valor y el silencio produce un ocultamiento que es indicio de “disvalor”. La corrección del uso del lenguaje suele llevar a que en ciertos casos no haya ocultamientos formales pero los haya, en cambio, en el razonamiento de los repartidores. A veces se utiliza formalmente un recurso verbal y se piensa en otro¹².

Los modos y tiempos verbales se expresan también en la *vida de las normas*, sea cual fuere la expresión utilizada. En el proceso el paso de la norma general a la individual se produce idealmente a través del pretérito pluscuamperfecto del subjuntivo (hubiera o hubiese)¹³.

Un problema especial que complica la clasificación de las normatividades se presenta en la medida que el antecedente se expresa en *gerundio*, que en sí puede estar en el pasado, el presente y el porvenir, con características de normas individuales y generales e incluso de imperativo.

6. Las *desinencias* verbales aportan además del modo y el tiempo el número y la persona, permitiendo así una más clara comprensión de los alcances asignados a las adjudicaciones¹⁴. Es relevante atender, por esta vía, a la consideración del complejo personal. En éste como en los otros casos de uso de verbos hay que averiguar en qué medida lo expresado corresponde a la realidad social y a los despliegues axiológicos.

7. En cuanto a los *contenidos* de los verbos, las culturas más fundamentalistas y de referencia metafísica tienden directa o indirectamente

12 Hay que evitar en la mayor medida posible que el lenguaje se convierta en una “ideología”. Es importante que haya *correspondencia* y no mera yuxtaposición entre lo expuesto en el antecedente y en la consecuencia jurídica (es posible ampliar en nuestro artículo “Acerca de la correspondencia entre tipos legales iusprivatistas internacionales y puntos de conexión”, en “Juris”, t. 80, págs. 298 y ss.).

13 También interesan los verbos *iteractivos*, que expresan acciones repetidas. La relación entre antecedente y consecuencia debate entre el indicativo futuro imperfecto (forma promisoria) y el indicativo presente y el futuro imperfecto, por ej. de deber, con infinitivo (forma prescriptiva en sentido amplio).

14 En esta tarea confluyen con los pronombres.

a referirse más al ser, las menos fundamentalistas y metafísicas utilizan verbos de contenidos más superficiales. Ser homicida o incluso deudor es diferente que haber cometido un homicidio o tener una deuda¹⁵.

8. Es importante reconocer si las construcciones, en este caso verbales, de los antecedentes atienden al debido juego de las categorías básicas de la realidad social pantónomas y de la justicia.

III. Horizonte consecuencial

9. El modo *imperativo* se emplea en las captaciones de las consecuencias de las normatividades homónimas.

10. En la medida que no oculten a otros destinatarios, los verbos *reflexivos* y los *recíprocos* pueden contribuir a la expresión y la realización de la *autonomía*¹⁶. Si se adopta el principio supremo de justicia propuesto

15 En la *nueva era* que se abre en nuestro tiempo, signada de modos principales por las revoluciones en las comunicaciones, la información, las relaciones sexuales y reproductivas y la genética humana, motivada en mucho por cambios en las fuerzas y las relaciones de producción y generadora de globalización/marginación (“made by” en lugar de “made in”; despliegue sorprendente del mundo financiero, etc.), el marco lingüístico también vive enormes transformaciones incluso, como es obvio, en el espacio verbal (v. gr. en los verbos amar, concebir, tener, etc.). En cuanto al cambio histórico pueden v. nuestros “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000. Un reflejo crítico del desenvolvimiento del tener sobre el ser obra, v. gr., en FROMM, Erich, “¿Tener o ser?”, trad. Carlos Valdés, 3^a reimp. argentina, México-Argentina, Fondo de Cultura Económica, 1981.

16 Puede v. Verbos pronominales. *Pronominalverben*, Recop. Justo Fernández López, http://culturitalia.uibk.ac.at/hispanoteca/lexikon%20der%20linguistik/v/VERBOS%20PRONOMINALE_S.htm (12-1-2010).

Para que los repartos proyectados captados en las normatividades se conviertan en repartos realizados es necesario que ellas *funcionen* en un complejo de tareas que integran, con diversa importancia, el reconocimiento, la interpretación, la determinación, la elaboración, la argumentación, la aplicación y la síntesis. El reconocimiento, la interpretación y la aplicación se refieren más a sentidos del ser de la normatividad; la determinación, la elaboración (con su tarea de integración) y la síntesis se despliegan más en lo que debe ser valorativamente. Además del funcionamiento real existe el funcionamiento conjetural, en base al cual se toma la mayoría de las decisiones (cabe c. nuestro libro “La conjetura...” cit.). En este caso se usa principalmente el indicativo condicional imperfecto.

por el trialismo, la autonomía tiene preferencia básica sobre la autoridad y el horizonte de verbos reflexivos y recíprocos presenta un área de interesante relevancia.

IV. Conclusión

11. La Jurilingüística y en este caso en especial el estudio de los verbos de los antecedentes contribuyen a *orientar*, *desenmascarar* y *controlar* los despliegues jurídicos. Asimismo aportan al logro de las garantías a las que mucho se aspira en la juridicidad de nuestro tiempo. Se trata de garantizar mediante el Lenguaje y contra el Lenguaje¹⁷.

17 Es posible v. en el muy abundante horizonte lingüístico, por ej. ProQuest, Linguistics and the Law, <http://www.csa.com/discoveryguides/linglaw/overview.php> (10-1-2010); General Linguistics Internet Resources, http://liceu.uab.cat/~joaquim/general_linguistics/internet_ling/rec_ling_internet.html (14-1-2010); from A Bibliography of Literary Theory, Criticism and Philology; José Angel García Landa, http://www.unizar.es/departamentos/filologia_inglesa/garciala/bibliography/Subjects/6.Linguistics/2.Linguistics.doc (14-1-2010); “Encyclopedia of Linguistics”, New York, Routledge, 2005.

EL JUEZ NATURAL, EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

MILTON C. FEUILLADE *

Resumen: El principio base relativo a la independencia de la judicatura es que toda persona debe ser juzgada por tribunales ordinarios competentes, independientes e imparciales, con arreglo a procedimientos legalmente establecidos para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete. Esta garantía es base para un Estado democrático de derecho y se aplica a todos los fueros, no bastando con que el juez natural este establecido por ley sino que además debe haber suma claridad y detalle en la circunscripción de los sujetos, tipos, tribunales y procedimientos. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, da claridad sobre esto, brindando conceptos constantes a los cuales se les puede atribuir el carácter de estándares.

Palabras clave: Juez natural - Garantías Fundamentales - Jurisprudencia Interamericana.

Abstract: The basic principle concerning the independence of the judiciary is that every person should be tried by ordinary courts competent, independent and impartial, in accordance with established legal procedures for understanding and resolution of the case submitted to it. This guarantee is the basis for a democratic state of law and applies to all courts, not enough that the judge this stable natural law but also must be very clearly and in detail the division of subjects, types, courts and procedures. The jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights sheds light on this, extended concepts and constants to which they can attribute the character of standards.

Key words: Natural Judge - Fundamental Guarantees - Inter-American Court.

Sumario: I. Introducción. II. Estándares de aplicación general. III. Principio aplicable a cualquier órgano que desempeñe funciones jurisdiccionales. IV. Juez competente. A. Requisitos para delimitar competencia. B. Jurisdicción penal militar. 1. Límites a su competencia. 2. Prohibición de trasladar competencias de la jurisdicción civil a la militar. 3. Competencia sólo sobre militares activos. 4. Competencia restrictiva. 5. Incompatibilidad de la identidad orgánica. 6. Violaciones a los Derechos Humanos como ámbito propio de la justicia ordinaria. V. Independencia e imparcialidad. A. Independencia. B. Imparcialidad. C. Provisionalidad y proyecto político. D. Nombramiento y remoción de jueces. E. Recusación y prohibición de

* Investigador del CONICET. Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona. Profesor de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Profesor de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

jueces sin rostro. F. Inhibición. VI. Conclusiones. VII. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A. Casos contenciosos. B. Opiniones consultivas.

I. Introducción

En este artículo se tratará a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las condiciones propias de las autoridades que ejercen funciones jurisdiccionales¹ en los Estados, temática que usualmente se enmarca bajo la denominación de juez natural o juez competente.

Sea bajo una u otra denominación, tal como lo hace la Corte IDH, se utilizarán como sinónimos, analizaremos los requisitos mínimos que deben tener las personas que ejerzan funciones jurisdiccionales dentro de los Estados Partes de la Convención, derivadas principalmente de los artículos 7 y 8 del Pacto.

La Corte IDH, a lo largo del tiempo, constituyó una línea jurisprudencial, de la que se puede dilucidar que el estándar básico en cuanto a juez natural comprende los siguientes elementos: a) Que se trate de un tribunal competente, independiente e imparcial. b) Que el tribunal haya sido establecido con anterioridad por la ley y sus decisiones se enmarquen en un proceso legal.

En el desarrollo de la temática se expondrán los estándares base para el cumplimiento del requisito convencional de protección del Derecho a un Juez Natural y las situaciones puntuales donde su infracción ha sido declarada y de las cuales resultará ilustrativo analizar las conclusiones de la Corte IDH². En especial se verán todas las problemáticas que giran en torno a la jurisdicción penal militar y sus ámbitos lícitos de competencia a la luz de las exigencias del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, así como las cuestiones que atañen a la prohibición de jueces sin

1 Sobre el alcance de lo jurisdiccional puede v.: FEUILLADE, Milton C., “La Sentencia Extranjera”, Ábaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., 2008, 339 págs.

2 Si se desea ampliar desde otros marcos jurisprudenciales y normativos en el plano internacional, puede consultarse: O’DONELL, Daniel, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos – Normativa, Jurisprudencia y Doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano”, Alejandro Valencia Villa, Bogotá, 2004, págs. 374/391.

rostro y los aspectos de aquellos funcionarios que sin pertenecer al poder judicial ejercen funciones propias de la judicatura.

II. Estándares de aplicación general

El establecimiento de las condiciones concretas de jurisdicción y competencia son un ámbito propio del derecho interno de los Estados. Sin embargo, la Corte IDH ha determinado mediante sus fallos estándares mínimos para los miembros del Pacto Interamericano de Derechos Humanos.

Se ha dicho que: *“El artículo 8 de la Convención que se refiere a las garantías judiciales consagra los lineamientos del llamado “debido proceso legal” o “derecho de defensa procesal”, que consisten en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera”*³.

Se han señalado parámetros, en relación al art. 8.1 de la Convención, donde se ha declarado la incapacidad del tribunal de ser competente, independiente e imparcial, de las cuales puede destacarse:

- a) El principio base relativo a la independencia de la judicatura es que toda persona debe ser juzgada por tribunales ordinarios competentes, independientes e imparciales, con arreglo a procedimientos legalmente establecidos para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete⁴.

3 Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr. 74.

4 Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111 párr. 186. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párr. 61 y ss. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 112. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 169. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 167. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 124 y ss. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 130.

- b) El derecho de audit a parte es el primero en su ejercicio ante el tribunal competente, independiente e imparcial, en un plazo razonable⁵.
- c) No resulta imparcial el juez perteneciente las mismas fuerzas armadas inmersas en el combate contra insurgentes⁶.
- d) Los jueces que se vean sometidos a juicio político, deben tener garantizada la competencia, independencia e imparcialidad del tribunal⁷.
- e) En los supuestos autorizados de suspensión de garantías, establecidos en el art. 27 de la Convención, debe garantizarse la plena efectividad de los mecanismos judiciales indispensables para no infringir los derechos no susceptibles de supresión o limitación en estado de excepción. En

Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 140.

- 5 La Cantuta, op. cit., párr. 140. Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180, párr. 79.
- 6 Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 130, donde puntualmente se ha dicho: “El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial de acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención Americana. En el caso en estudio, las propias fuerzas armadas inmersas en el combate contra los grupos insurgentes, son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos. Este extremo mina considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador. Por otra parte, de conformidad con la Ley Orgánica de la Justicia Militar, el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano dentro de la justicia castrense, es realizado por el Ministro del sector pertinente. Los miembros del Consejo Supremo Militar son quienes, a su vez, determinan los futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones de sus inferiores. Esta constatación pone en duda la independencia de los jueces militares”.
- 7 Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 77. Sobre este tema entre los párrs. 72 a 76, la Corte IDH ha hecho suyos Los Principios Básicos de las Naciones Unidas Relativos a la Independencia de la Judicatura, a los efectos de considerar el procedimiento de destitución de jueces y el de independencia de la judicatura en la división de poderes, por ello ha dicho en el párr. 73 que: “La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura”. Para continuar diciendo en el párr. 74, citando a los mencionados principios que: Toda acusación o queja formulada contra un juez por su actuación judicial y profesional se tramitará con prontitud e imparcialidad con arreglo al procedimiento pertinente. El juez tendrá derecho a ser oído imparcialmente. En esa etapa inicial, el examen de la cuestión será confidencial, a menos que el juez solicite lo contrario. En otras palabras, la autoridad a cargo del proceso de destitución de un juez debe conducirse imparcialmente en el procedimiento establecido para el efecto y permitir el ejercicio del derecho de defensa”. En el mismo sentido, el Alto Tribunal ha hecho suyas las conclusiones de su homólogo europeo, diciendo en el párr. 75: “...la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo y con una garantía contra presiones externas”. Destacamos también que en este caso en particular, el contenido de la norma constitucional, estaba acorde a lo citado, habiendo entonces el Estado también infringido el derecho interno, ver párr. 76.

particular, esas garantías indispensables deben ser amparadas por medios judiciales, así: “*Esta expresión no puede referirse sino a medios judiciales idóneos para la protección de tales derechos, lo cual implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción*”⁸.

III. Principio aplicable a cualquier órgano que desempeñe funciones jurisdiccionales

Las garantías del debido proceso establecidas en el art. 8 de la Convención, son aplicables a todos los fueros y no se circunscriben a la materia penal, en particular, aquella de la que estamos tratando⁹.

Sobre los poderes del Estado a los que esta obligación concierne se ha dicho: “*De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se*

8 El Habeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 30. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 20.

9 Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11, párr. 28, donde se dijo: “En materias que conciernen con la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter el artículo 8 no especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales. Sin embargo, el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal. Cabe señalar aquí que las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso”. En el mismo sentido: Ivcher Bronstein, op. cit., párr. 103. Y sobre la aplicación en el fuero laboral: Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 116 y 198.

refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana”¹⁰.

En el Caso Yatama Vs. Nicaragua, ante hechos que trataban sobre situaciones resueltas por el Tribunal Electoral del mencionado país, la Corte IDH ha reafirmado que: “*Todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana. El artículo 8.1 de la Convención, que alude al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, es igualmente aplicable al supuesto en que alguna autoridad pública, no judicial, dicte resoluciones que afecten la determinación de tales derechos, como ocurrió en el presente caso*”¹¹.

El Alto Tribunal, a su vez, ha dicho que: “*Todas esas exigencias, así como criterios de independencia e imparcialidad, se extienden también a los órganos no judiciales a los que corresponda la investigación previa al proceso judicial, realizada para determinar las circunstancias de una muerte y la existencia de suficientes indicios para interponer una acción penal. Sin el cumplimiento de estas exigencias, el Estado no podrá posteriormente*

10 Tribunal Constitucional, op. cit., párr. 71. En similar redacción: Ivcher Bronstein, op. cit., párrs. 104 a 106. En este último párrafo citado, destacamos lo dicho como ejemplo de deber de autoridad jurisdiccional no judicial: “En el caso concreto, existen suficientes elementos para afirmar que durante las actuaciones administrativas que se realizaron para elaborar el Informe No. 003-97-IN/05010 (supra párr. 76.p), la Dirección General de Migraciones y Naturalización no informó al señor Ivcher que su expediente de nacionalización no se hallaba en los archivos de la institución, ni le requirió que presentara copias con el fin de reconstruirlo; no le comunicó los cargos de que se le acusaba, esto es, haber adulterado dicho expediente e incumplido el requisito de renuncia a su nacionalidad israelí, y, por último, tampoco le permitió presentar testigos que acreditaran su posición”.

11 Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 149. Y sobre el tribunal electoral en particular se ha dicho en el párr. 150 que: “Las decisiones que emiten los órganos internos en materia electoral pueden afectar el goce de los derechos políticos. Por lo tanto, en dicho ámbito también se deben observar las garantías mínimas consagradas en el artículo 8.1 de la Convención, en cuanto sean aplicables al procedimiento respectivo”.

ejercer de manera efectiva y eficiente su facultad acusatoria y los tribunales no podrán llevar a cabo el proceso judicial que este tipo de violaciones requiere”¹².

IV. Juez competente

Creemos apropiado comenzar este párrafo citando directamente las palabras de la Corte IDH sobre el tema, así: “*Constituye un principio básico relativo a la independencia de la judicatura que toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. El Estado no debe crear ‘tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios’*”¹³.

De esta forma ha dicho el Alto Tribunal que: “*Estado no debe crear tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios. Con esto se busca evitar que las personas sean juzgadas por tribunales especiales, creados para el caso, o ad hoc*”¹⁴.

A. Requisitos para delimitar competencia

Para que se respete el derecho al juez natural, no basta con que esté establecido previamente por la ley cuál será el tribunal que atenderá una causa y se le otorgue competencia. En particular y sobre los fueros militares

12 Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167, párr. 133.

13 Castillo Petruzzi, op. cit., párr. 129. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 143.

14 Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 50.

la Corte IDH ha dicho que debe haber suma claridad y detalle en la circunscripción de los sujetos, tipos, tribunales y procedimientos¹⁵.

B. Jurisdicción penal militar

La jurisdicción penal militar o castrense no es de por sí violatoria del derecho a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial, aunque como se verá más adelante se ha declarado que es un fuero especial que tiende a desaparecer, por los problemas que usualmente acarrea.

El Sistema Interamericano lo restringe exclusivamente a personas que posean el rango de militares en actividad. Pasaremos a continuación a la exposición de las condiciones que ha puesto la jurisprudencia interamericana.

1. Límites a su competencia

Sobre la finalidad de la jurisdicción militar en un Estado Democrático, se ha determinado que: “*La Corte advierte que la jurisdicción militar ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias*”¹⁶.

Posteriormente, reiterando lo ya citado, el Alto Tribunal ha dicho: “*En un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la*

15 Palamara Iribarne, op. cit., párrs. 125 y 126, donde se dijo: “En este sentido, las normas penales militares deben establecer claramente y sin ambigüedad quiénes son militares, únicos sujetos activos de los delitos militares, cuáles son las conductas delictivas típicas en el especial ámbito militar, deben determinar la antijuridicidad de la conducta ilícita a través de la descripción de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos militares gravemente atacados, que justifique el ejercicio del poder punitivo militar, y especificar la correspondiente sanción. Las autoridades que ejercen la jurisdicción penal militar, al aplicar las normas penales militares e imputar el delito a un militar, también deben regirse por el principio de legalidad y, entre otras, constatar la existencia de todos los elementos constitutivos del tipo penal militar, así como la existencia o inexistencia de causales de exclusión del delito”.

16 Castillo Petruzzi, op. cit., párr. 128. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 202.

jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”¹⁷.

Es por ello que la jurisdicción funcional de los tribunales militares, debe estar reservada a éstos¹⁸ cuando hayan ocurrido en una falta o delito en el ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias: “...por lo que cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia”¹⁹.

Reiterando lo citado la Corte IDH, ha ampliado el considerando estableciendo que en la jurisdicción militar: “...sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”²⁰. Lo cual hace a la circunscripción no sólo del ámbito personal sino material de esta jurisdicción.

17 Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párrs. 116 y 117, citado. En idéntica redacción: Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párrs. 112 y 113. Almonacid Arellano, op. cit., párr. 131. Masacre de Mapiripán, op. cit., párr. 202.

18 Comerciantes, op. cit., párr. 166, donde se dijo: “Es necesario señalar que la jurisdicción militar se establece en diversas legislaciones para mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. En el caso de la legislación colombiana, el artículo 221 de la Constitución Política de 1991 dispone que los tribunales militares conocerán ‘de los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio’. Esta norma indica claramente que los jueces militares tienen una competencia excepcional y restringida al conocimiento de las conductas de los miembros de la fuerza pública que tengan una relación directa con una tarea militar o policial legítima”. En similar redacción: Lori Berenson Mejía, op. cit., párr. 141. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 189.

19 Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, párr. 52. Almonacid Arellano, op. cit., párr. 131. Caso Escué Zapata Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165, párr. 105.

20 Palamara Iribarne, op. cit., párr. 124. Para mejor explicación, se dijo en el párr. 132: “La Corte estima que en las normas que definen la jurisdicción penal militar en Chile no se limita el conocimiento de los tribunales militares a los delitos que por la naturaleza de los bienes jurídicos penales castrenses protegidos son estrictamente militares y constituyen conductas graves cometidas por militares que atentan contra dichos bienes jurídicos. El Tribunal destaca que esos delitos sólo pueden ser cometidos por los miembros de las instituciones castrenses en ocasión de las particulares funciones de defensa y seguridad exterior de un Estado”. En el mismo sentido: Masacre de Pueblo Bello, op. cit., párr. 189. La Cantuta, op. cit., párr. 142. Masacre de Mapiripán, op. cit., párr. 202.

De hecho si bien no es una jurisdicción de por sí prohibida, ha sido como tendencia de consideraciones a futuro por parte del Alto Tribunal, restringida a los siguientes conceptos: “*La jurisdicción penal militar en los Estados democráticos, en tiempos de paz, ha tendido a reducirse e incluso a desaparecer, por lo cual, en caso de que un Estado lo conserve, éste debe ser mínimo y encontrarse inspirado en los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno*”²¹.

De forma contundente se ha establecido que la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos²².

21 Palamara Iribarne, op. cit., párr. 132.

22 Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, párr. 200, donde citamos el párrafo por considerarlo trascendente en la materia: “Este Tribunal ha establecido que la jurisdicción penal militar debe tener un alcance restrictivo y excepcional, teniendo en cuenta que solo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar. En este sentido, cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural. Esta garantía del debido proceso debe analizarse de acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana. Por estas razones y por la naturaleza del crimen y el bien jurídico lesionado, la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos”. También: 19 Comerciantes, op. cit., párr. 173, donde se dijo: “En el presente caso el derecho a un debido proceso debe ser analizado de acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana, es decir, debe hacerse una interpretación pro persona. No hay lugar a dudas de que la participación que pudieran haber tenido los militares investigados al “conocer de las actividades delictivas de grupos al margen de la Ley, ... prestándoles apoyo y cohonestando los acontecimientos delictivos” (supra párr. 169) de la detención, la desaparición y la muerte de los 19 comerciantes, así como en la sustracción de sus vehículos y mercancías, no tiene una relación directa con un servicio o tarea militar. Esta Corte considera que la anterior atribución de competencia de la jurisdicción penal militar para conocer de los supuestos delitos perpetrados en perjuicio de los 19 comerciantes por miembros del Ejército, quienes ya estaban siendo investigados por la jurisdicción penal ordinaria, no respetó los parámetros de excepcionalidad y el carácter restrictivo que caracteriza a la jurisdicción castrense, ya que dicha jurisdicción no era competente para conocer de tales hechos, todo lo cual contravino el principio del juez natural que forma parte del derecho a un debido proceso y del derecho de acceso a la justicia, consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana”. En el mismo sentido y de reciente data: Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 66.

2. Prohibición de trasladar competencias de la jurisdicción civil a la militar

Infringe el art. 8 de la Convención, el traslado de competencias propias de la justicia ordinaria a la justicia militar, como es la situación de cuando se pretende juzgar a civiles por el delito de traición a la patria de parte de militares²³. Esta violación del debido proceso al verse afectado el derecho al juez natural, posee a su vez una íntima relación con el derecho de acceso a la justicia²⁴.

En la misma línea, sobre los civiles tampoco es lícito escindir la jurisdicción en dos, sobre la base del mismo supuesto fáctico, donde por ejemplo la justicia militar juzgue por traición a la patria y la ordinaria por terrorismo, donde los dos tribunales conocen ya sea simultáneamente o consecuentemente, afectándose a su vez el principio de *non bis in idem*²⁵.

En definitiva, el juzgamiento de civiles compete a la justicia ordinaria, de lo contrario se verá conculado el derecho al juez natural y consecuentemente el debido proceso²⁶.

23 Castillo Petruzzi, op. cit., párr. 128, donde se dijo: “El traslado de competencias de la justicia común a la justicia militar y el consiguiente procesamiento de civiles por el delito de traición a la patria en este fuero, supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas. En efecto, la jurisdicción militar no es la naturalmente aplicable a civiles que carecen de funciones militares y que por ello no pueden incurrir en conductas contrarias a deberes funcionales de este carácter. Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia”. En el mismo sentido: Cantoral Benavides, op. cit., párr. 141.

24 Las Palmeras, op. cit., párr. 167.

25 Loayza Tamayo, op. cit., párr. 61.

26 Palamara Iribarne, op. cit., párr. 143. La Cantuta, op. cit., párr. 142 y 143, donde se dijo: “La Sala Penal de la Corte Suprema peruana resolvió la contienda de competencia a favor del fuero militar, que no cumplía con los estándares de competencia, independencia e imparcialidad expuestos y que condenó a algunos militares por los hechos del caso, dispuso el sobreseimiento a favor de otros y dio aplicación a las leyes de amnistía (supra párr. 80.55 e infra párrs. 188 y 189). En el contexto de impunidad señalado (supra párrs. 81, 92, 93, 110 y 136), sumado a la incompetencia para investigar este tipo de crímenes en esa jurisdicción, es claro para este Tribunal que la manipulación de mecanismos legales y constitucionales articulada en los tres poderes del Estado resultó en la derivación irregular de las investigaciones al fuero militar, la cual obstruyó durante varios años las investigaciones en la justicia ordinaria, que era el fuero competente para realizar las investigaciones, y pretendió lograr la impunidad de los responsables”. En el mismo sentido: Escué Zapata, op. cit., párr. 105

3. Competencia sólo sobre militares activos

La competencia personal de los tribunales militares es sobre los agentes que se encuentran activos y no en retiro, hacer lo contrario implica una violación al art. 8.1 de la Convención²⁷.

4. Competencia restrictiva

El tema ha sido explicado por la Corte IDH, del siguiente modo: “*En un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar*”²⁸.

Ya hemos mencionado sobre este tema que el Alto Tribunal ha declarado que en Estados Democráticos es una jurisdicción que tiende a reducirse e incluso a desaparecer: “...*por lo cual, en caso de que un Estado lo conserve, éste debe ser mínimo y encontrarse inspirado en los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno*”²⁹. Es así que esos delitos sólo pueden ser cometidos por los miembros de las instituciones castrenses en ocasión de las particulares funciones de defensa y seguridad exterior de un Estado. O dicho de otro modo, se juzga sólo a militares activos por delitos o faltas que exclusivamente atenten contra bienes del orden militar³⁰.

Reiteramos también lo mencionado en el sentido de que las violaciones a los derechos humanos no pueden ser conocidas por la jurisdicción penal militar, esto ha sido recientemente reiterado por la Corte IDH en relación a

27 Caso Cesti Hurtado Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56, párr. 151. Palamara Iribarne, op. cit., párr. 139.

28 Durand y Ugarte, op. cit., párr. 117. Cantoral Benavides, op. cit., párr. 113. Las Palmeras, op. cit., párr. 51. 19 Comerciantes, op. cit., párr. 165. Lori Berenson Mejía, op. cit., párr. 142.

29 Palamara Iribarne, op. cit., párr. 132.

30 Masacre de Mapiripán, op. cit., párr. 202. La Cantuta, op. cit., párr. 142. Masacre de la Rochela, op. cit., párr. 200. Escué Zapata, op. cit., párr. 105.

hechos de desaparición forzada de personas y la convención que en el ámbito interamericano regula la materia³¹.

5. Incompatibilidad de la identidad orgánica

En los casos de justicia penal militar, si son las propias fuerzas armadas inmersas en el combate contra los grupos insurgentes y los nombramientos de los magistrados son realizados por los superiores que se encuentran en el seno de la fuerza, queda puesta en duda la independencia e imparcialidad del órgano juzgador, por poseer una doble función³².

Igualmente, ante situaciones que no han sido de conflicto armado se ha dicho que: *“La Corte estima que la estructura orgánica y composición de los tribunales militares descrita en los párrafos precedentes supone que, en general, sus integrantes sean militares en servicio activo, estén subordinados jerárquicamente a los superiores a través de la cadena de mando, su nombramiento no depende de su competencia profesional e idoneidad para ejercer las funciones judiciales, no cuenten con garantías suficientes de inamovilidad y no posean una formación jurídica exigible para desempeñar el cargo de juez o fiscales. Todo ello conlleva a que dichos tribunales carezcan de independencia e imparcialidad”*³³.

31 Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, párr. 120, donde se dijo: “En resumen, la jurisdicción penal militar tiene un alcance restrictivo y excepcional ligado a la función militar. El reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado y las acciones llevadas a cabo por éste reflejan dicho entendimiento (supra párrs. 14, 15 y 18). Con base en sus obligaciones derivadas del artículo 8.1 de la Convención Americana, que establece que toda persona tiene el derecho a ser oída por un juez o tribunal competente, y del citado artículo IX de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, el Estado está obligado a garantizar, tal como lo hizo en el presente caso (supra párr. 20), el traslado de la jurisdicción penal militar a la jurisdicción ordinaria de aquellos expedientes judiciales que se refieran a cualquier materia no vinculada directamente a las funciones de la fuerzas armadas, particularmente aquellos que impliquen el procesamiento de violaciones de derechos humanos. En este sentido es clara la legislación interna vigente y lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia guatemalteca al respecto (supra párrs. 114 y 115)”.

32 Castillo Petruzzi, op. cit., párr. 130. Durand y Ugarte, op. cit., párrs. 125 y 126. Cantoral Benavides, op. cit., párr. 114. Las Palmeras, op. cit., párr. 53. Lori Berenson Mejía, op. cit., párr. 145. La Cantuta, op. cit., párr. 141.

33 Palamara Iribarne, op. cit., párr. 155 y 156, donde se explica: “Respecto de la necesidad de que un juez o tribunal militar cumpla con las condiciones de independencia e imparcialidad, es imprescindible recordar lo establecido por la Corte en el sentido de que es necesario que se garantice dichas condiciones “de cualquier juez o tribunal en un Estado de Derecho. La independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento,

6. Violaciones a los Derechos Humanos como ámbito propio de la justicia ordinaria

El deber de investigar y sancionar en su caso a los agentes de la fuerza pública, sean militares o de otra fuerza o dependencia, por las posibles violaciones a los Derechos Humanos, corresponde a la justicia ordinaria³⁴.

V. Independencia e imparcialidad

Como veremos, la Corte IDH señala que la independencia e imparcialidad de la judicatura es un requisito imprescindible para la vigencia práctica de los derechos humanos en general. Pasaremos entonces a desarrollar estos conceptos a la luz de lo jurisprudencialmente determinado.

A. Independencia

La independencia de la judicatura en un Estado, parte de la base de la separación de los poderes públicos³⁵ y del no sometimiento de la judicatura a otro poder, en particular cuando se trate de procesos de destitución de jueces. La imparcialidad, asegura el adecuado ejercicio del derecho de defensa³⁶.

Sobre el concepto de independencia se ha especificado que: “*Al respecto, la Corte resalta que si bien es cierto que la independencia y la imparcialidad están relacionadas, también es cierto que tienen un contenido jurídico propio. Así, esta Corte ha dicho que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces. Dicho ejercicio autónomo debe ser garantizado*

con una duración establecida en el cargo, garantías de inamovilidad y con una garantía contra presiones externas”. En el mismo sentido, se expresan los Principios Básicos de Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura”.

34 19 Comerciantes, op. cit., párr. 263. Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132, párr. 97.

35 Tribunal Constitucional, op. cit., párr. 73.

36 Ibíd., párr. 74, don también se establece que la etapa inicial será confidencial a menos que el juez en cuestión solicite lo contrario.

por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico. El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación”³⁷.

La Corte IDH se ha pronunciado sobre algunas de las formas de garantizar la independencia, diciendo que: “...un adecuado proceso de nombramiento y una duración establecida en el cargo. Asimismo, la Corte ya señaló que tanto los jueces titulares como los jueces provisarios no puedan estar sujetos a remoción discrecional”³⁸.

B. Imparcialidad

Para otorgar una definición de imparcialidad, el Tribunal Interamericano ha tomado los parámetros brindados por su homólogo europeo, estableciendo parámetros subjetivos y objetivos, de este modo ha dicho que: “Primero, el tribunal debe carecer, de una manera subjetiva, de prejuicio personal. Segundo, también debe ser imparcial desde un punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima al respecto. Bajo el análisis objetivo, se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas respecto de su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia. Lo que está en juego es la confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos en una sociedad democrática y, sobre todo, en las partes del caso”³⁹.

La imparcialidad del tribunal ha sido considerada por la Corte IDH, como una garantía fundamental del debido proceso, cuanto mayor objetividad tenga el juez a la hora de enfrentar el juicio, hace que los tribunales inspiren

37 Apitz Barbera, op. cit., párr. 55.

38 Ibíd., párr. 138.

39 Herrera Ulloa, op. cit., párr. 170.

confianza a las partes y a los ciudadanos en general en una sociedad democrática⁴⁰.

Además de reiterar los anteriores conceptos, en el Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, se ha dicho: “*La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia*”⁴¹.

En un caso de reciente data, la Corte IDH, ha dado varios parámetros, para que esta garantía pueda cumplirse y que pasamos a describir⁴²:

- La relación entre la imparcialidad, la legitimidad y el debido proceso en la destitución de los jueces, contribuyen a la posibilidad de que los jueces puedan resolver las controversias sin temor a represalias.
- La imparcialidad subjetiva del juez se presume mientras no exista prueba en contrario.
- La prueba objetiva de imparcialidad consiste en: “*...determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona. Ello puesto que el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a –y movido por– el Derecho*”⁴³.
- Un elemento de esta garantía es la posibilidad de recusación, con un doble fin: 1) Como garantía de las partes en el proceso. 2) Para otorgar credibilidad a la función que desarrolla la jurisdicción⁴⁴.

40 Ibíd., párr. 171.

41 Palamara Iribarne, op. cit., párr. 146. O dicho de otro modo se especifica en el párr. 147: “El juez o tribunal debe separarse de una causa sometida a su conocimiento cuando exista algún motivo o duda que vaya en desmedro de la integridad del tribunal como un órgano imparcial. En aras de salvaguardar la administración de justicia se debe asegurar que el juez se encuentre libre de todo prejuicio y que no exista temor alguno que ponga en duda el ejercicio de las funciones jurisdiccionales”.

42 Apitz Barbera, op. cit., párrs. 44, 56 a 57 y 63 a 66.

43 Ibíd., párr. 56.

44 Ibíd., párr. 63, donde se explica: “En efecto, la recusación otorga el derecho a las partes de instar a la separación de un juez cuando, más allá de la conducta personal del juez cuestionado, existen hechos demostrables o elementos convincentes que produzcan temores fundados o sospechas legítimas de parcialidad sobre su persona, impidiéndose de este modo que su decisión sea vista como motivada por razones ajena al Derecho y que, por ende, el funcionamiento del sistema judicial se vea distorsionado. La recusación no debe ser vista necesariamente como un enjuiciamiento de la rectitud moral del funcionario recusado, sino más bien como una herramienta que brinda confianza a quienes acuden al Estado solicitando la intervención de órganos que deben ser y

- Aunque esté permitida la institución de la inhibición, si no se permite la recusación, no estará garantizada la imparcialidad del tribunal, por no tener el justiciable un recurso para cuestionar al juez que debiendo inhibirse no lo hiciere.
- Si el derecho interno prevé la posibilidad de recusación, pero no se permite su ejercicio, se estará conculcando la garantía de marras.

C. Provisionalidad y proyecto político

La independencia de los jueces posee para su cumplimiento, una relación estrecha con el adecuado proceso de su nombramiento, el cual debe estar acompañado de una duración establecida en el cargo y una garantía contra las expresiones externas. Esto lo ha establecido la Corte IDH respecto de cualquier juez, pero en particular y por lo hechos del caso en el que lo dijo, cuando se trata de jueces constitucionales por la naturaleza de los asuntos que debe resolver⁴⁵.

Un punto, sobre el nombramiento es la situación de provisionalidad y sobre esto el Alto Tribunal ha establecido parámetros, que pasamos a exponer⁴⁶:

- La provisionalidad es la excepción y no la regla y es ilegítimo su sostenimiento indefinido en el tiempo. Lo contrario genera importantes obstáculos a la independencia judicial. El concurso público de antecedentes es el canal correcto de un nombramiento.
- El aseguramiento de la independencia de los jueces provisorios, se cumple mediante el otorgamiento de cierta estabilidad y permanencia en el cargo.
- La provisionalidad no equivale a libre remoción, lo que implica que en esta situación se mantienen todas las garantías de un nombramiento

aparentar ser imparciales”. Para continuar explicando en el párr. 64 que: “En tal sentido, la recusación es un instrumento procesal destinado a proteger el derecho a ser juzgado por un órgano imparcial y no un elemento constitutivo o definitorio de dicho derecho. En otras palabras, un juez que no pueda ser recusado no necesariamente es -o actuará de forma- parcial, del mismo modo que un juez que puede ser recusado no necesariamente es -o actuará de forma- imparcial”.

45 Tribunal Constitucional, op. cit., párr. 75.

46 Apitz Barbera, op. cit., párrs. 43 y 44.

- estable para el buen desempeño del juzgador y la salvaguarda de los propios justiciables.
- La provisionalidad, no debe ser una situación de vulnerabilidad ante la destitución, la cual debe ser implementada mediante procesos respetuosos de las obligaciones internacionales del Estado, consistentes básicamente en: 1) su conducción imparcial⁴⁷. 2) permitir el ejercicio del derecho de defensa.

D. Nombramiento y remoción de jueces

Las expresiones de legalidad, que se mencionan en un proyecto político que se lleva a cabo en una República no necesariamente afectan a la imparcialidad de los jueces, ni las garantías procesales de los imputados, en la medida en que refiera a la solución jurídica de controversias políticas y no en la toma de partido por posición política alguna contra el acusado⁴⁸.

E. Recusación y prohibición de jueces sin rostro

La imposibilidad de recusar a los jueces por prohibición legal o por situaciones de hecho, afecta al art. 8.1 de la Convención, contexto que se

47 Tribunal Constitucional, op. cit., párr. 78, donde a modo ilustrativo pasamos a citar la descripción de una situación de irregularidad probada: “Está probado en la presente causa que en el desarrollo del proceso destitutorio llevado a cabo por el Congreso peruano se presentaron, entre otras, las siguientes situaciones: a) que 40 congresistas enviaron una carta al Tribunal Constitucional solicitando que se pronunciara sobre la constitucionalidad o no de la Ley No. 26.657, relativa a la reelección presidencial; b) que algunos de los congresistas que enviaron dicha comunicación luego participaron en las diferentes comisiones y subcomisiones que se nombraron en el proceso en estudio; c) que la “segunda sentencia” emitida por los magistrados García Marcelo y Acosta Sánchez, de 16 de enero de 1997, no fue objeto de análisis, pese a que fue publicada irregularmente como un pronunciamiento aparte del emitido por el Tribunal; y d) que pese a la prohibición expresa del artículo 88 j) del Reglamento del Congreso algunos miembros de la Comisión Permanente participaron en la votación sobre la destitución constitucional. En razón de lo anterior, esta Corte concluye que el Congreso, en el procedimiento del juicio político, no aseguró a los magistrados destituidos la garantía de imparcialidad requerida por el artículo 8.1 de la Convención Americana”.

48 Genie Lacayo, op. cit., párr. 87. en el que se hacía alusión a la “legalidad sandinista”. Apitz Barbera, op. cit., párrs. 99 y 100. Donde se refería a la “revolución bolivariana”.

agrava si el procesado no puede valorar la competencia del juez, por ver imposibilitado el acceso a su identidad, por tratarse de jueces “sin rostro”⁴⁹.

Por otra parte los jueces “sin rostro” afectan *per se* conocer si se configuran causales de recusación y ejercer una adecuada defensa ante un tribunal independiente e imparcial⁵⁰. Ello a su vez se encuentra ligado con el derecho a la publicidad del proceso⁵¹.

F. Inhibición

Sobre el punto se ha dicho: “*En lo referente a la inhibición, la Corte estima que aún cuando está permitida por el derecho interno, no es suficiente para garantizar la imparcialidad del tribunal, puesto que no se ha demostrado que el justiciable tenga algún recurso para cuestionar al juez que debiendo inhibirse no lo hiciere*”,⁵².

VI. Conclusiones

Sobre la base de lo estudiado, podemos decir que el principio base relativo a la independencia de la judicatura es que toda persona debe ser juzgada por tribunales ordinarios competentes, independientes e imparciales,

49 Castillo Petrucci, op. cit., párr. 132 y 133. Cantoral Benavides, op. cit., párr. 127, en el que entre otras cosas se dijo: “...c) los jueces encargados de llevar los procesos por terrorismo tenían la condición de funcionarios de identidad reservada, o “sin rostro” por lo que fue imposible para Cantoral Benavides y su abogado conocer si se configuraban en relación con ellos causales de recusación y ejercer al respecto una adecuada defensa”. En similar redacción: Lori Berenson Mejía, op. cit., párrs. 146 a 147 y 167.

50 Castillo Petrucci, op. cit., párr. 133, donde se dijo: “Además, la circunstancia de que los jueces intervenientes en procesos por delitos de traición a la patria sean “sin rostro”, determina la imposibilidad para el procesado de conocer la identidad del juzgador y, por ende, valorar su competencia. Esta situación se agrava por el hecho de que la ley prohíbe la recusación de dichos jueces”. Cantoral Benavides, op. cit., párr. 127. Lori Berenson Mejía, op. cit., párr. 147. Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C N° 137, párr. 149.

51 García Asto, op. cit., párr. 149 y 150. Donde además se reitera lo dicho en la cita anterior.

52 Apitz Barbera, op. cit., párr. 65.

con arreglo a procedimientos legalmente establecidos para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete.

El derecho de audit a parte es el primero en su ejercicio ante el tribunal competente, independiente e imparcial, en un plazo razonable.

Esta garantía es base para un Estado democrático de derecho y se aplica a todos los fueros, no bastando con que el juez natural este establecido por ley sino que además debe haber suma claridad y detalle en la circunscripción de los sujetos, tipos, tribunales y procedimientos.

La jurisdicción penal militar o castrense no es de por sí violatoria del derecho a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial, aunque consideramos que son más los problemas que acarrea que sus soluciones. Debe estar reservado para militares en actividad y no es competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos.

En los casos de justicia penal militar, si son las propias fuerzas armadas inmersas en el combate contra los grupos insurgentes y los nombramientos de los magistrados son realizados por los superiores que se encuentran en el seno de la fuerza, queda puesta en duda la independencia e imparcialidad del órgano juzgador, por poseer una doble función.

La independencia de la judicatura en un Estado, parte de la base de la separación de los poderes públicos y del no sometimiento de la judicatura a otro poder.

Para que exista una verdadera imparcialidad el tribunal debe carecer, de una manera subjetiva, de prejuicio personal y también debe ser imparcial desde un punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima al respecto.

La relación entre la imparcialidad, la legitimidad y el debido proceso en la destitución de los jueces, contribuyen a la posibilidad de que los jueces puedan resolver las controversias sin temor a represalias.

Aunque esté permitida la institución de la inhibición, si no se permite la recusación, no estará garantizada la imparcialidad del tribunal, por no tener el justiciable un recurso para cuestionar al juez que debiendo inhibirse no lo hiciere.

La independencia de los jueces posee para su cumplimiento, una relación estrecha con el adecuado proceso de su nombramiento, el cual debe estar acompañado de una duración establecida en el cargo y una garantía contra las expresiones externas.

Las expresiones de legalidad, que se mencionan en un proyecto político que se lleva a cabo en una República no necesariamente afectan a la imparcialidad de los jueces, ni las garantías procesales de los imputados, en la medida en que refiera a la solución jurídica de controversias políticas y no en la toma de partido por posición política alguna contra el acusado.

Los jueces “sin rostro” afectan *per se* conocer si se configuran causales de recusación y ejercer una adecuada defensa ante un tribunal independiente e imparcial. Ello a su vez se encuentra ligado con el derecho a la publicidad del proceso.

VII. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

A. Casos contenciosos

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cesti Hurtado Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109.

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Escué Zapata Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190.

B. Opiniones consultivas

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11.

EL DERECHO CIVIL Y LA “CIENCIA DE LA JUSTICIA (DIKELOGÍA)”. VIGENCIA DE UNA OBRA CLAVE EN EL DERECHO CIVIL POSTMODERNO

ARIEL ARIZA *

I. El pensamiento ius privatista y la obra de Werner Goldschmidt

La conmemoración de los cincuenta años de la obra de Werner Goldschmidt “La ciencia de la Justicia (Dikelogía)” posibilita considerar los cauces que este aporte iusfilosófico ha abierto para el Derecho Privado. Desde una perspectiva general, ha de reconocerse que la obra que es objeto de este tan merecido homenaje tuvo para el Derecho Privado un carácter precursor y anticipatorio de un movimiento que posteriormente se instaló en la doctrina nacional desde la década del ochenta y que se caracterizó por integrar la dimensión axiológica del fenómeno jurídico en el análisis de los principales temas que fueron señalándose como novedad y como desarrollo de las concepciones vigentes hasta ese momento¹.

La preocupación por brindar un análisis superador de la limitación normativista en el Derecho Civil tuvo algunas manifestaciones previas y posteriores a la obra de Goldschmidt. Sin embargo, es con la publicación de “La ciencia de la justicia” que queda conformada para el Derecho una elaboración completa e integral del análisis formal y de contenido de la justicia que permite al operador del Derecho Privado abordar sistemáticamente la dimensión axiológica de sus institutos.

En la época actual no sorprende que los ius privatistas se planteen de manera constante la incidencia e importancia que la dimensión valorativa

* Profesor adjunto en la Facultad de Derecho de la UNR. Juez de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario.

1 NICOLAU, Noemí, “Las tendencias en el derecho contractual argentino a la luz de las reformas concretadas y proyectadas en la última década”, en “Trabajos del Centro”, N° 4, Rosario, Centro de Investigaciones de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, 1999, pág. 98.

tiene para un análisis completo del fenómeno jurídico². En tal grado se comparte esta realidad que cada vez más se consolida el carácter sistemático del Derecho Privado en la concepción de un sistema de principios. De igual modo también se reconoce un auténtico carácter modelador a la incidencia que dichos principios tienen en la interpretación de las normas del Código Civil y las leyes complementarias, asumiendo los derechos fundamentales reconocidos en pactos internacionales, la manifestación más tangible de contenidos axiológicos que conducen a superar las previsiones legales que no brindan una regulación adecuada.

Werner Goldschmidt con “La Ciencia de la Justicia”, brindó las herramientas de trabajo para que en la actualidad el jurista explore la dimensión axiológica como una de los ámbitos definitorios para elaborar la solución de un problema o la explicación de un instituto del derecho vigente. Este rasgo, que configura ya una tendencia de la doctrina en el Derecho Privado, no nos autoriza a soslayar la trascendencia de algunos aportes particularmente significativos para el Derecho Civil que han seguido todavía más de cerca la metodología propuesta por Werner Goldschmidt, conformando una auténtica corriente de pensamiento del trialismo iusprivatista. En tal sentido, la obra de Miguel Ángel Ciuro Caldani, ha constituido un testimonio constante por poner en evidencia la raíz axiológica de los institutos del Derecho Privado, extrayendo de los aportes de Goldschmidt toda su potencialidad al ofrecer nuevas categorías y perspectivas. También desde el Centro de Investigaciones de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, la obra de la profesora Noemí Nicolau representa una de las más altas expresiones a nivel nacional e internacional por reflejar las enseñanzas de Goldschmidt en el Derecho Civil. En el pensamiento y obra de esta jurista se refleja de manera permanente la validez de las enseñanzas de Goldschmidt en cuanto a la axiología y axiosofía dikelógicas. Años antes, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Litoral, el trabajo de Elías Guastavino también sentó esas bases de análisis que hoy en día resultan frecuentes y útiles para la doctrina civilista³.

2 LLAMAS POMBO, Eugenio, “Orientaciones sobre el concepto y el método del Derecho Civil”, Santa Fe, Rubinzel-Culzoni, 2002, pág. 203.

3 GUASTAVINO, Elías, “Sistema y axiología del Derecho Civil”, en “La Ley”, t. 138, págs. 1035 y ss.

II. La Dikelogía en las etapas recientes del Derecho Privado

La obra de Goldschmidt que es objeto de este homenaje constituye un prisma necesario desde el cual pueden verse algunas etapas anteriores y posteriores a ella en el Derecho Privado nacional. Un debate que signó la primera parte del siglo XX fue el de la autonomía de la voluntad y la interferencia del Estado en los contratos como consecuencia de la finalidad que se asumió de equilibrar relaciones contractuales allí donde se consideraba que no funcionaba adecuadamente el juego de la autonomía de la voluntad de las partes. Fue una etapa intensa de producción normativa en la que primó como finalidad alcanzar metas que satisfagan criterios de justicia general y bien común. Tales fueron las referencias axiológicas que principalmente se tomaron en cuenta en el contrato de locación al proponerse la reforma del Código Civil a través de la ley 11.156 y la legislación de emergencia posteriormente sancionada.

Dicho derrotero siguió también manifestándose a través de otras leyes que fueron expresión de un orden público económico de protección de los adquirentes de inmuebles en lotes y por cuotas periódicas a partir la ley 14.005. La sanción de la ley 14.394 vino a incorporar una serie de soluciones protectorias en el ámbito familiar, mostrando una prevalencia de la justicia ante la utilidad, al excluirse la ejecutabilidad del bien de familia. La noción de orden público y su posterior evolución fue uno de las áreas que permitió la incorporación de perspectivas de justicia general en el molde tradicionalmente individualista del Código de Vélez⁴.

La reforma del Código Civil a través de la ley 17.711, constituye un ejemplo paradigmático para considerar lo que Goldschmidt reconoció como orientaciones de la justicia⁵. La expresión de nuevas directivas axiológicas fue asumida de manera decidida por la reforma del año 1968, con entidad tal, que se ha considerado con razón que la reforma trajo aparejado un cambio en el sistema de Derecho Privado. La incorporación de la lesión como causa de nulidad de los actos jurídicos (art. 954 del C.C.) la protección de la seguridad dinámica del tráfico (art. 1051 del C.C.), el reconocimiento del abuso del

4 BREBBIA, Roberto, “Intento de caracterización jurídica de la noción de orden público”, en “Derecho Privado. Libro homenaje al Dr. Alberto Bueres”, dir. Oscar Ameal, Bs. As., Hammurabi, 2001, pág. 90.

5 MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Justicia contractual”, Bs. As., Ediar, 1977, págs. 21 y ss.

derecho y ineficacia de sus consecuencias (art. 1071 del C.C.), la incorporación expresa del principio general de buena fe (art. 1198 del C.C.) y el principio de protección de la apariencia (art. 3430 del C.C.) son algunas manifestaciones de estos nuevos criterios orientadores plasmados en nuestro Derecho Civil⁶.

III. La personalidad privada

Si bien la dogmática del siglo XIX consideró a la persona como el eje y centro del sistema en torno al cual se ha de erigir la regulación de la vida privada, es con el curso de siglo XX que se comienza a advertir que la noción normativa de persona como ente susceptible de adquirir derechos y obligaciones, resulta insuficiente. La obra de Goldschmidt abrió camino para comprender la sustancial reelaboración axiológica de la que habría de ser objeto la persona en los últimos años. Precisamente en la teoría trialista del mundo jurídico la referencia última de los contenidos de justicia se ubican en torno al reconocimiento al sujeto de derecho del espacio de libertad suficiente para su personalización.

En tiempo más reciente, Ciuro Caldani llevó a cabo un exhaustivo análisis de las manifestaciones que supone en la actualidad la persona en la dimensión sociológica, normológica y dikelógica⁷. Tales consideraciones nos permiten superar la limitación conceptual de la noción de persona de nuestro Código Civil teniendo a la vista la mayor parte de las cuestiones que se plantean en torno al sujeto de derecho en el comienzo del siglo XXI⁸. Convergen en torno a la persona física el núcleo de derechos fundamentales

6 NICOLAU, Noemí, “El principio de confianza en el derecho civil actual”, en “Jurisprudencia Argentina”, t. 2001-III, pág. 1144.

7 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Comprensión jurídica de la persona”, en “El Derecho”, t. 142, pág. 946.

8 NICOLAU, Noemí, “Significación de la metodología trialista aplicada a la construcción de las nociones jurídicas (Un ejemplo: el derecho a la calidad de vida)”, en CIURO CALDANI, Miguel Ángel (coord.), NOVELLI, Mariano H. y PEZZETTA, Silvina (comp.), “Dos filosofías del Derecho argentinas anticipatorias. Homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossío”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007, pág. 147.

garantizados por los pactos internacionales de Derechos Humanos⁹. Tal contenido axiológico ha llevado a la doctrina a reafirmar facetas de la personalidad que no eran debidamente señaladas por la dogmática clásica¹⁰. Interesa actualmente el pleno reconocimiento de la dignidad de la persona, las nuevas manifestaciones de la autonomía privada en los actos personalísimos, la afirmación y el debido respeto de la identidad sexual del sujeto de derecho¹¹.

También, especiales exigencias de justicia determinaron que se reconozca una regulación particularizada, a la hora de asegurar la igualdad de trato en las relaciones privadas, a algunos grupos de personas que son vistos como potencialmente vulnerables. Esta protección especialmente intensa se ha concretado en la ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, en la ley 26.378 que ha ratificado e incorporado a nuestro ordenamiento jurídico la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹² y en la ley 24.240 de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

IV. La obligación dineraria y los desfraccionamientos de la justicia

Uno de los aportes más relevantes de la obra que es objeto de este homenaje es el de los necesarios fraccionamientos de la justicia, respecto del complejo real, personal y temporal. Tales fraccionamientos surgen como

9 ARIZA, Ariel, “Aspectos constitucionales del Derecho Civil”, en “Trabajos del Centro”, N° 1, Rosario, Centro de Investigaciones de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, 1995, pág. 59.

10 TOBÍAS, José, “Hacia una concepción integral de la persona física (nociónes introductorias)”, en “Estudios de la Parte General del Derecho Civil”, Bs. As., La Ley, 2006, págs. 1 y ss.

11 Las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Buenos Aires en 1997, reconocieron que “La identidad personal encuentra su fundamento axiológico en la dignidad del ser humano”. Igualmente se propuso: “La identidad personal confiere el derecho personalísimo a conocer el origen biológico” y la 3ra. De las conclusiones particulares propuso: “Debe reconocerse el derecho de la persona a adecuar su identidad sexual de acuerdo a la conformación psicosomática”, en “Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, Bs. As., La Ley, 2005, pág. 163.

12 ROSALES, Pablo, “Un estudio general de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en número especial de Jurisprudencia Argentina “Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, 27.8.2008, pág. 2.

consecuencia de la imposibilidad de realizar la justicia en forma pantónoma, constituyendo los fraccionamientos un modo de hacerla posible en parte obteniendo cierta seguridad.

Una de las nociones básicas del Derecho Civil patrimonial es la de “obligación dineraria”. Esta temática contiene el régimen jurídico de la actividad económica y de las consecuencias a que han de atenerse deudores y acreedores al adoptar una unidad de cuenta para los contratos y para el pago de obligaciones de fuente extracontractual. En este campo nuestro Código Civil se atuvo al principio nominalista, con un fuerte sesgo fraccionador del complejo real y temporal. Es decir, originariamente no importaba si dicha unidad de cuenta se veía afectada por circunstancias económicas o si se incrementaba notoriamente una pérdida de valor real de la moneda. El principio nominalista indicaba que el deudor se liberaba entregando la cantidad dineraria indicada en el título de la obligación.

Paulatinamente las sucesivas crisis económicas en nuestro país llevaron a que se modifique, matizándolo en muchos casos hasta llegar prácticamente e reemplazarlo, el principio nominalista por el del valorismo monetario. Se culminó reconociendo que prácticamente todas las obligaciones dinerarias debían readjustarse conforme a la pérdida de valor de la moneda generada por la inflación y el aumento de precios¹³.

Las soluciones valoristas tuvieron su origen en la jurisprudencia y constituyeron típicos intentos desfraccionadores de la justicia tendientes a comprender las modificaciones operadas en el complejo real y temporal. Un nuevo período de fraccionamiento de la obligación dineraria estuvo representado por el retorno al régimen nominalista establecido por la ley 23.928. Sin embargo, luego de la modificación del régimen de convertibilidad por la ley 25.561 la tensión entre fraccionamiento y desfraccionamiento vuelve a plantearse acudiéndose por ahora a alternativas autocompuestas de desfraccionamiento que les permiten a las partes superar la limitación nominalista (renegociación, precios escalonados en los contratos de locación, fijación de precios en relación al valor de ciertos bienes)¹⁴.

13 PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Gustavo, “Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones”, Bs. As., Hammurabi, 1999, t. I, págs. 376 y s.

14 ARIZA, Ariel, “Emergencia y sistema de Derecho Privado”, en “Jurisprudencia Argentina”, t. 2003-II, pág. 1255.

V. La ciencia de la justicia en el Derecho de Daños

Uno de los campos que mayores transformaciones registró en los últimos años, a partir de la creciente admisión de criterios orientadores de justicia, ha sido el denominado Derecho de Daños¹⁵. Tanto la expansión y reconocimiento permanente de nuevos daños¹⁶ como así también la exigencia axiológica de que toda víctima que padece un daño injusto debe ser considerada acreedora de una indemnización han llegado a transformarse en el núcleo valorativo de este sector del derecho a partir del cual se adapta la exigencia de los tradicionales presupuestos de la responsabilidad civil¹⁷.

Uno de los aspectos que de manera más actual refleja la tendencia a que prevalezcan criterios axiológicos a favor del reconocimiento de la procedencia de la reparación es el relativo a la superación de la previsión del art. 1078 del C.C. en materia de legitimación activa para la pretensión del daño moral en material de grandes incapacidades. Se ha decidido que la limitación a los padres –que no resultan damnificados directos según el art. 1078 del C.C.– para que puedan reclamar daño moral por la incapacidad padecida por los hijos como consecuencia de un accidente, resultaría inconstitucional¹⁸.

Las enseñanzas de Goldschmidt permiten no obstante preguntarse si los repartos construidos como respuesta a la causación de un daño resultan justificados desde el punto de vista de quien será en definitiva el responsable¹⁹. Es decir, si bien se ha avanzado notablemente en la búsqueda de criterios de responsabilidad que no se limiten a soluciones individualistas y subjetivos de

15 BUERES, Alberto, “El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta”, en “Derecho de Daños. Homenaje a Jorge Mosset Iturraspe”, dir. Félix Trigo Represas y Rubén Stiglitz, Bs. As., La Rocca, 1991, págs. 141 y ss.

16 CALVO COSTA, Carlos, “Daño resarcible”, Bs. As., Hammurabi, 2005, pág. 227.

17 GALDÓS, Jorge Mario, “Nuevos daños a la persona en la sociedad de riesgo”, en “Edición homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe”, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 2005, pág. 159.

18 Corte Suprema de Justicia de Bs. As., 16.5.2007, “C., L.A. c/ Hospital Zonal de Agudos General Manuel Belgrano”, en “LexisNexis Buenos Aires”, t. 2007-8, pág. 882 y Abeledo Perrot On line 35010687.

19 Últimamente se han sentado algunas opiniones que señalan críticas a las posiciones que admiten un imperativo de indemnizar, conf. LÓPEZ MESA, Marcelo, “La ideología de la reparación y la concesión de reparaciones porque sí”, en “La Ley”, 13.3.2008; LENS, Ricardo, “Responsabilidad Civil: Presente, futuro y distorsiones del sistema”, en “Responsabilidad Civil y Seguros”, N° VII, julio de 2008, pág. 30.

atribución de responsabilidad no se ha avanzado tanto en el diseño de mecanismos que lleven a distribuir socialmente el costo de las indemnizaciones en aquellos casos en que puede resultar gravoso que únicamente deba asumirla aquél que se identifica como responsable²⁰.

Más aún, las enseñanzas de Goldschmidt nos permiten analizar que la solución dada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la polémica cuestión de la oponibilidad a la víctima de la franquicia a favor de las aseguradoras en caso del autotransporte de pasajeros, cuando las compañías transportistas causantes del daño se encuentran en insolvencia, ha implicado mantener el fraccionamiento del contrato de seguro por encima del reconocimiento de la víctima a recibir una indemnización²¹. En términos axiológicos cabe preguntarse aquí si la delicada tensión entre justicia y utilidad ha sido desnivelada, en este grupo de casos, a favor de este último valor.

VI. La ciencia de la justicia ante el Derecho Civil postmoderno

La metodología del Derecho Privado postmoderno parece haber encontrado interesantes puntos de confluencia con la superación de la visión normativista del Derecho que Goldschmidt nos legó al publicarse “La ciencia de la Justicia”²². Nuestro autor, vería con beneplácito cómo los caminos abiertos por su obra y pensamiento han terminado por reflejarse en la ampliación del sistema de fuentes del Derecho Privado y en el reconocimiento de distintas tareas del encargado del funcionamiento de la norma que tienen su punto de prueba final en la carencia dikelógica que hoy en día encuentra una expresión usual en el control de constitucionalidad. Empero, el paso de superación definitiva del sistema normativista del Derecho Civil está constituido por el reconocimiento constitucional de los derechos humanos a través de pactos internacionales y la consecuente vinculación del Derecho Privado al núcleo axiológico de la persona que la Constitución Nacional reconoce y garantiza.

20 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “La responsabilidad por daños desde la Filosofía del Derecho”, en “Derecho de Daños. Homenaje a Jorge Mosset Iturraspe” cit., pág. 326.

21 C.S.J.N., 4.3.2008, “Villareal, Daniel c/ Fernandez, Andrés”, en “Jurisprudencia Argentina”, t. 2008-II, pág. 747.

22 LORENZETTI, Ricardo, “Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, págs. 135 y ss.

Este avance ha llevado a superar las discusiones referidas a si la dikelogía formaba parte del fenómeno jurídico, siendo que en la actualidad el análisis de los valores comprometidos detrás de las disposiciones legales, la utilización los conceptos provenientes de la dimensión axiológica y la compatibilización de principios, constituyen herramientas habituales de la *praxis ius privatista*²³. “La ciencia de la Justicia”, sigue ofreciéndose para el jurista postmoderno como aquel conocimiento “nuevo” que permite avanzar en el análisis del significado de la juridicidad de nuestro tiempo identificando los valores propios de cada suborden de la realidad y oponiendo resistencia a la inmensa presión que la utilidad y el economicismo generan sobre el pensamiento iusprivatista. De cara al emprendimiento del postergado proceso de recodificación, juzgamos que la dikelogía tiene por dar todavía frutos duraderos en la discusión sobre las futuras normas del Código Civil²⁴. Es que la obra cuyos cincuenta años se conmemoran nos ayudará a que el proceso de globalización que acompaña nuestro tiempo no nos haga perder de vista que el sistema de derecho privado se concibe en última instancia para permitir al sujeto de derecho el espacio de libertad suficiente para transformarse en persona, lo que supone hacer efectivos de manera plena los derechos fundamentales reconocidos al individuo, en el ámbito público y privado.

23 NICOLAU, Noemí, “La tensión entre el sistema y el microsistema en el derecho privado”, en “Trabajos del Centro”, N° 2, Rosario, Centro de Investigaciones de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, 1997, pág. 79.

24 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “La codificación civil y la internacionalidad”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 24, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, 2000, pág. 93.

EL DERECHO DEL TRABAJO EN LA DIMENSIÓN DIKELÓGICA

MATÍAS MASCITTI

*Antes de morir debemos estar preparados.
No me canso de trabajar.
No me sacio de gozar.
(Leonardo Da Vinci)*

1. El Derecho del Trabajo, como toda rama jurídica, tiende a la realización del valor justicia. Asimismo, aquél está fuertemente vinculado con el valor utilidad, pero, además puede relacionarse, según sea el caso, con diversos valores; verbigracia: salud, humanidad, belleza, etc.

Toda teoría del Derecho Natural debe responder: a la necesidad de integrarlo con el Derecho Positivo, a los interrogantes de las mutaciones culturales y a la pluralidad de situaciones vitales que se manifiestan como dinámica histórica. Principalmente mediante la elaboración de normas (tarea del funcionamiento de la norma, ubicada en la dimensión normológica) en virtud de la declaración de carencias dikelógicas e históricas, el Trialismo cumple cabalmente con dichas exigencias. En ciertos casos hay que admitir que no existe norma, porque no fue hecha (carencia histórica)¹ o porque se la descarta (carencia dikelógica).

La carencia de normas es siempre involuntaria desde el punto de vista del autor de la norma. En otros supuestos, la fuente formal enfoca el caso problemático. Por consiguiente, no existe una carencia histórica de norma. No obstante, quien debe hacer funcionar la norma la estima injusta y no la aplica; por tanto, se produce una carencia dikelógica de norma.

En lo tocante a las carencias dikelógicas en el Derecho Laboral, ubicamos los casos paradigmáticos “Aquino” y “Vizzoti”.

1 Ésta también suele llamarse laguna o vacío.

El límite a la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada, como pauta para realizar la liquidación por despido, está constituido por el triple del salario² medio de la Convención Colectiva aplicable al trabajador (art. 245 LCT). Sin embargo, la CSJN en la causa “Vizzoti” el 14/9/04, declaró la inconstitucionalidad del art. 245 LCT, elevando el tope legal al 67 % dicho mejor salario.

Conforme el orden de repartos descripto por la Ley de riesgos de trabajo (LRT), la indemnización laboral es tarifada. No obstante, la CSJN, en el caso “Aquino”, el 21/9/04, decretó la inconstitucionalidad del art. 39 de la LRT³. En consecuencia, el máximo intérprete de la Constitución Nacional eliminó la necesidad de que se configure dolo de la patronal para el ejercicio de la opción para la vía de la reparación civil, restableciendo, así, el derecho del trabajador a la reparación plena.

Asimismo, existen otras inconstitucionalidades dictadas por la CSJN –como por ejemplo en los casos Castillo (2004), Díaz (2006), Milone (2004) y Llosco (2007)– en relación con las normas surgidas de la LRT⁴. Por consiguiente, dicho plexo normativo es un sistema herido de muerte. Esta es la causa de la existencia de un proyecto de ley de reforma a la ley de riesgos de trabajo.

-
- 2 La palabra salario proviene del pago en sal que los legionarios romanos recibían durante las campañas militares. GALEANO, Eduardo, “Espejos. Una historia casi universal”, 1^a ed., 3^a reimp., Bs. As., Siglo Veintiuno, 2008, pág. 56.
- 3 Según el “art. 39 LRT. 1: Las prestaciones de esta ley eximen a los empleadores de toda responsabilidad civil, frente a sus trabajadores y. a los derechohabientes de éstos, con la sola excepción de la derivada del artículo 1072 del Código Civil”. Y conforme el art. 1.072 del Código Civil: El acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro, se llama en este código ‘delito’”.
- 4 En la causa “Castillo” (7/9/04), se decretó la inconstitucionalidad del art. 46, inc. 1; cuanto dispone la competencia federal y determinó que la justicia provincial debe entender en las apelaciones presentadas contra dictámenes de las comisiones médicas. En el caso “Díaz v. Vaspia SA” (7/3/06), al igual que en la causa “Aquino”, declaró la inconstitucionalidad del art. 39 1 de la LRT; mientras que en la causa “Milone” (26/10/04) estableció la inconstitucionalidad del art. 14.2.b. de la ley 24.557 en su redacción original, ordenando el pago de las indemnizaciones correspondientes de una sola vez, en lugar de usar la modalidad de la renta mensual prevista por la norma. Por su parte, en la causa “Llosco” (12/6/07) reafirmó lo que ya venía sosteniendo parte de la doctrina, en cuanto a que el hecho de que la persona damnificada reciba de parte de la aseguradora de riesgos de trabajo (ART) la indemnización prevista por la ley especial no es un impedimento para que pueda entablar un reclamo judicial contra el empleador con base en el derecho común, si considera que lo recibido de la ART fue insuficiente para reparar el perjuicio, pues se trata de dos sistemas jurídicos independientes entre sí. GRISOLÍA, Julio A. y AHUAD, Ernesto J., “Ley de contrato de trabajo comentada”, 1^a ed., Bs. As., Editorial Estudio, 2007, pág. 118.

2. La justicia tiene una función pantónoma (pantomomía: pan=todo, nomos=ley que gobierna), ya que valora la totalidad de los repartos futuros, presentes y pasados.

Sin embargo, la realización de dicha justicia es imposible para el hombre que desconoce el futuro, que se le escapó el pasado y que sólo domina imperfectamente la actualidad. Precisamente por eso el ser humano se ve forzado a fraccionar. Consiguientemente la justicia humana es fraccionada⁵.

La Teoría trialista muestra la exigencia de considerar la pantomomía con el mayor alcance posible (que se debe fraccionar cuando no se puede desfraccionar). De este modo, atiende a la complejidad pura.

El fraccionamiento produce *eo ipso* seguridad jurídica⁶. Ésta reclama orden con justicia incipiente.

Por su parte, el Derecho Laboral constituye un fraccionamiento de la autonomía de la voluntad con miras a la tutela del trabajador.

Sin embargo, existen distintos supuestos de desfraccionamientos dentro de dicha rama jurídica. *Ergo*, la CSJN desfraccionó en las causas descriptas precedentemente.

A su vez, el contrato de trabajo es un acto jurídico informal (art. 90 LCT); por ende, este es un supuesto de desfraccionamiento. No obstante, existen diversos casos de fraccionamientos contenidos en la LCT sobre la forma exigida para algunos actos jurídicos. Verbigracia: comunicación del embarazo (art. 177), notificación de matrimonio (art. 181), comunicación fecha de vacaciones (art. 184), notificación de suspensión (art. 218), notificación del preaviso (art. 235), acto de renuncia (art. 240), comunicación de justa causa del despido (art. 243) e intimación para jubilación (art. 252).

Asimismo, existen otros ejemplos de fraccionamiento en la LCT: prohibición de aplicar sanciones que modifiquen el contrato de trabajo (art. 69), los controles del personal femenino deberán efectuarse por personas de su mismo sexo (art. 70), prohibición de contratar a un mismo trabajador más de una vez utilizando el período de prueba (art. 92 bis), etc.

5 Una manifestación patente del carácter fraccionado de la justicia humana es la justicia de la injusticia, consistente en que, con frecuencia, las injusticias son medios para que se realice una mayor justicia.

6 La justicia y la seguridad jurídica son la marea alta y la marea baja del mar de la justicia. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción Filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes", 4^a ed., Bs. As., Depalma, 1973, pág. 415.

3. Aunque la solución justa para cada caso es siempre sólo una, las diferentes clases de justicia son distintos caminos con que nuestra limitación debe ir obteniendo la objetividad (no neutralidad) de las valoraciones. Todas las clases de justicia son vías para descubrir la única solución justa que corresponde a cada caso.

Entre las clases de justicia afines al Derecho de Trabajo se ubican: la justicia consensual, con acepción de personas, simétrica, dialogal, conmutativa, parcial, sectorial, de participación, relativa y general.

La justicia con acepción de personas se ve reflejada en la prestación de tipo personal (*intuitu personae*, indelegable, art. 25 LCT) del trabajador.

Por su parte, en el Derecho del Trabajo impera la justicia conmutativa pues es necesaria la proporcionalidad entre el trabajo realizado y la prestación percibida.

Hoy las grandes empresas brindan habitualmente premios por: mérito, puntualidad, asiduidad, etc., que evidencian un alto grado de participación en las ganancias de aquélla⁷.

Finalmente, la justicia general se manifiesta de modo palmario en: la inembargabilidad del salario mínimo vital (art. 120 LCT), la presunción de onerosidad del contrato de trabajo (art. 115 LCT), el privilegio del crédito laboral, la sanción por despido durante el plazo de interrupción paga por accidente o enfermedad inculpable (art. 213 LCT), etc.

En virtud de la realidad del empleo en nuestro país, la Argentina necesita recurrir a una política social eficaz en la lucha contra el desempleo y prácticas conexas (precarización del empleo, economía clandestina y diversas formas de abuso y de marginación social).

7 Al respecto, los capítulos III y IV del Acuerdo 497/06, que modificó algunas partes del convenio colectivo de trabajo 1/76 -aplicable al personal obrero que trabaja en galpones de empaque de frutas y hortalizas en las provincias de Río Negro y Neuquén-, establecen premios por productividad y por reducción del ausentismo. Así, el capítulo III menciona que las partes reconocen que en cada empresa se han acordado premios de productividad con distintas características que se adecuan a las condiciones de tecnología en cada planta y que, por lo tanto, no puede pensarse en un premio único que rija toda la actividad. En este marco las partes acuerdan otorgar un aumento sobre los premios pactados en las empresas y que por el presente se ratifican en el diez por ciento (10%). Y el capítulo IV dice que será acreedor del premio por reducción del ausentismo todo obrero que durante el mes haya cumplido efectiva, íntegra y puntualmente su horario de trabajo durante todas las jornadas de labor establecidas por el empleador, salvo los supuestos de excepción taxativamente enumeradas.

A su vez, la presión de los sindicatos por la conquista de mejores condiciones de trabajo plasmadas en los convenios colectivos genera una puja distributiva permanente.

4. La axiosofía dikelógica enfoca el contenido de la justicia. En primer lugar, ella aborda la justicia del reparto aisladamente considerado; y en segundo término, analiza la justicia del orden de repartos. Obviamente las valoraciones del reparto aislado y del orden de repartos recaen, conjunta y derivadamente, sobre las normas y sobre el ordenamiento normativo que los describen.

El contenido de la justicia muestra un principio general que exige adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para su personalización. A la luz de este principio se advierten los caracteres que requieren los repartos y los regímenes para ser justos.

Este principio arraiga por un lado en el humanismo y por otro lado en la tolerancia. El humanismo proclama que toda la humanidad constituye una gran familia en la que todos los hombres somos iguales, pero poseyendo cada ser humano su unicidad. La tolerancia significa que la única vía correcta para persuadir a los demás de la verdad o de la bondad de sus opiniones es mediante la razón respetando la convicción de los demás.

Comparativamente, podemos imaginar al Derecho con las propiedades de un fractal⁸. En términos matemáticos un fractal es una forma que empieza con un objeto –tal como un segmento, un punto, un triángulo– que es alterado constantemente por medio de la aplicación infinita de una regla determinada. La regla puede describirse por medio de una fórmula matemática

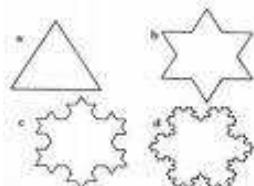
8 Acuñé el término fractal a partir del adjetivo latino *fractus*. El verbo latino correspondiente, *frager*, significa “romper”: crear fragmentos irregulares... ¡qué apropiado para nuestras necesidades! ...que, además de “fragmentado” (como en fracción o refracción), *fractus* también signifique “irregular”, y que ambos sentidos se preserven en fragmento. MANDELBROT, Benito B., “The fractal geometry of nature”, 1^a ed., New York, W.H. Freeman and Company, 1983.

o por medio de palabras⁹.¹⁰ La característica distintiva de los fractales consiste en la autosimilitud; un objeto es autosimilar o autosemejante si sus partes tienen la misma forma o estructura que el todo, aunque pueden presentarse a diferente escala y pueden estar ligeramente deformadas¹¹. Así, sostengo que el principio general de justicia es el objeto inicial –el pilar– sobre cuya base se construye el fractal que denominamos Derecho¹², ya que cualquier parte de éste contiene a su esencia, o sea, a dicho principio¹³.

El objeto del contrato de trabajo consiste principalmente en la adjudicación de quehaceres, cuyo denominador común es la creación por oposición a la rutina¹⁴. En palabras de Pablo Picasso: “La inspiración existe, pero tiene que encontrarte trabajando”.

9 PAPPAS, Theoni, “La Magia de la Matemática. El orden oculto tras la naturaleza y el arte”, trad. Mirta Rosenberg, Bs. As., De Mente, 2005, pág. 51.

10



Estas son las primeras cuatro etapas del copo de nieve inventado por el matemático sueco Helge von Koch, que constituye una de las más sencillas figuras fractales. Dicho copo de nieve se genera empezando con un triángulo equilátero. Se divide cada lado en tercios, se borra el tercio del medio y se construye una nueva punta con lado igual a la longitud del tercio borrado. El proceso se repite hasta el infinito en cada uno de los lados resultantes.

11 <http://es.wikipedia.org/wiki/Fractal>

12 El término Derecho se refiere a un objeto simple y valioso, es: conducta, norma o justicia. Por otro lado, Derecho no comprende el entuerto y tampoco hechos de la naturaleza. Mundo jurídico significa algo complejo que puede abarcar hechos de todo tipo: conductas, normas, valoraciones. Por la otra vertiente, mundo jurídico no sólo concierne a lo legal o justo, sino igualmente al entuerto. GOLDSCHMIDT, Werner, “Trialismo Jurídico: Problemas y perspectivas”, separata de “Ius et Praxis”, editada por la “Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima”, N° 15, apostilla de José F. Palomino Manchego, Lima, 1990.

13 “¡Cómo se entrelazan todas las cosas para formar el todo, obrando y viviendo lo uno en lo otro!”. GOETHE, “Fausto”, trad. Sergio Albano, Bs. As., Gráfico, 2005, pág. 20. “La consideración de las partes y el todo produce en general *esclarecimientos recíprocos*: el todo se comprende mejor por sus partes y las partes se comprenden mejor por el todo”. CIURO CALDANI, Miguel Á., “Las partes y el todo en la teoría trialista del mundo jurídico”, en CIURO CALDANI, Miguel Á. (coord.), NOVELLI, Mariano H. y PEZZETTA, Silvina (comp.), “Dos Filosofías del Derecho argentinas anticipatorias. Homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossío”, Rosario, Fundación para las Investigaciones jurídicas, 2007, pág. 37.

14 Conforme el art. 4 de la LCT: “El contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí. Sólo después ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico en cuanto se disciplina por esta ley.”

Vivimos inmersos en una era de aceleración histórica, ya que la tecnología contrae el tiempo porque aligera la relación entre medio y fin; y contribuye así, no sólo a una proyección futurista, sino al radical sentido de presente, sin pasado ni futuro, que, de cierto modo, caracteriza a la Posmodernidad^{15,16}. La aceleración del ritmo de creación técnica se atribuye a dos motivos: cada período capitalizó las conquistas de los anteriores, y, a su vez esa base que sirvió para la invención e innovación fue manejada cada vez más por los especialistas y por los expertos. De allí la progresión geométrica que alienta el crecimiento técnico¹⁷.

En la modernidad líquida, o posmodernidad, cuyo germen lo encontramos principalmente en la revolución tecnológica causada por la formulación de la teoría de la relatividad¹⁸, se está produciendo un cambio que impacta sobre la condición existencial humana. Dicho cambio es la nueva irrelevancia del espacio, disfrazado como aniquilación del tiempo. “En el universo *software* de los viajes a la velocidad de la luz, el espacio puede recorrerse, literalmente, ‘en una fracción de tiempo’... El espacio ya no limita la acción ni sus efectos, y cuenta muy poco o nada en absoluto”¹⁹.

15 CIURO CALDANI, Miguel Á., “Notas de filosofía de la tecnología”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 20, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1995, págs. 2 y s.

16 Al respecto, Eco ironiza sobre el relativo progreso que nos ha deparado la revolución tecnológica y sobre el regreso de la historia en algunas situaciones particulares. ECO, Umberto, “A paso de cangrejo”, trad. María Pons Irazazábal, Bs. As., Debate, 2007.

17 MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N., “La responsabilidad civil en la era tecnológica, tendencias y prospectiva”, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1989, pág. 30.

18 “En la teoría de la relatividad no existe un tiempo absoluto único, sino que cada individuo posee su propia medida personal del tiempo, medida que depende de dónde está y de cómo se mueve.” En dicha teoría, se definen –actualmente– las distancias en función de tiempos y de la velocidad de la luz, de modo que se desprende que cualquier observador medirá la misma velocidad de la luz (por definición, 1 metro por 0,00000003335640952 segundos). La teoría de la relatividad nos fuerza, en cambio, a modificar nuestros conceptos de espacio y de tiempo. Debemos aceptar que el tiempo no está completamente separado y es independiente del espacio, sino que por el contrario se combina con él para formar un objeto llamado espacio-tiempo. HAWKING, Stephen W., “Historia del tiempo. Del big bang a los agujeros negros”, trad. Miguel Ortúño, 1^a reimp., Barcelona, Crítica, 2007, págs. 42, 43, 44 y 56.

19 “En la época del *hardware*, de la modernidad pesada... el tiempo era el medio que requería ser cuidadosamente manejado para que los réditos del valor, que eran espaciales, pudieran maximizarse; en la época del *software*, de la modernidad liviana, la eficacia del tiempo como medio de conseguir valor tiende a aproximarse al infinito, con el paradójico efecto de igualar (más bien para abajo) el valor de todas las unidades que conforman el campo de los potenciales objetivos. La pregunta se ha desplazado, pasando de los medios a los fines. Aplicado a la relación tiempo-espacio, esto significa que como todas las partes del espacio pueden alcanzarse en el

La Sociedad de la información y de la comunicación²⁰ ha provocado la eclosión del marco sustentado en tres pilares del Derecho Laboral (legislador y Estado providencial, empresario y empleado, asalariado y empleo). En el mundo jurídico, como en otros órdenes, es la hora de las redes, es decir, de estructuras policéntricas donde cada elemento es a la vez autónomo y está conectado con todos los demás. Para advertirlo, basta con comparar las siglas html, www, y PC con los conceptos que se esconden detrás de ellas²¹.

Así, la abreviatura html (*hypertext mark up language*) designa un enlace virtual entre textos (*hypertext*) y un formato único universal (*mark up language*). El Derecho es en parte una cuestión de textos. La distinción y la jerquización de los textos fue trastornada en principio por el hipertexto que constituye la directiva europea²². El mismo fenómeno puede observarse en el Derecho interno, donde la clara distinción de las clases de textos (ley, contrato individual y convenio colectivo) se ha debilitado por el crecimiento de: las leyes negociadas, las negociaciones colectivas y los reglamentos de empresa²³.

A su vez, la sigla www (*world wide web*)²⁴ simboliza una ruptura

mismo lapso..., ninguna parte del espacio es privilegiada, ninguna tiene ‘valor especial’.” BAUMAN, Zygmunt, “Modernidad Líquida”, trad. Mirta Rosengerg en colaboración con Jaime Arrambide Squirru, 6^a reimp., Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 2006, págs. 126 y s.

- 20 “— He aquí el siglo XX, Sofía. Podemos decir que el mundo estalló a partir del Renacimiento. Con los grandes descubrimientos, los europeos empezaron a viajar por todo el mundo. Hoy ocurre lo contrario. Podemos llamarlo ‘un estallido al revés’.
- ¿Quéquieres decir?
- Quiero decir que el mundo entero se absorbe en una sola red de comunicaciones”. GAARDER, Jostein, “El Mundo de Sofía. Novela sobre la Historia de la Filosofía”, trad. Kirsti Baggethun y Asunción Lorenzo, 39^a ed., Madrid, Siruela, 2000, pág. 573.
- 21 SUPIOT, Alain, “Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho”, trad. Silvio Mattoni, Bs. As., Siglo Veintiuno, 2007, pág. 176.
- 22 La directiva y el reglamento son los instrumentos normativos comunitarios más importantes. La primera tiene por objetivo principal lograr la aproximación de las legislaciones enlazando la unidad del derecho comunitario con la variedad de las peculiaridades de las normatividades nacionales. Ella no sustituye automáticamente a las normas del derecho nacional sino que los Estados se encuentran obligados a adecuar las suyas al Derecho comunitario. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia, “La responsabilidad civil según la Corte de Justicia de la Unión Europea”, en BUERES, Alberto J. y KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (dir.), “Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio A. Alterini”, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1997, págs. 446 y s.
- 23 SUPIOT, op. cit., págs. 176 y s.
- 24 “Borges superó la intertextualidad para anticipar la era de la hipertextualidad, en la que no sólo un libro habla del otro, sino que desde el interior de un libro se puede penetrar en otro”. Aquél trazó con adelanto la *World Wide Web*, no tanto al dibujar la forma de su biblioteca de Babel como al

dentro de la historia de la informática. Hasta la irrupción de Internet el trabajador “conectado” lo estaba a una sola máquina, cuyos recursos sólo podía utilizar de acuerdo con procedimientos y dentro de los límites fijados centralmente por el dueño de ese aparato; en el mejor de los casos, su terminal le permitía comunicarse con otras terminales conectadas a la misma máquina en el marco de una red interna (intranet). Tal estructura correspondía al arquetipo de la empresa en la cual se basó el Derecho Laboral: una organización piramidal y cerrada sobre sí misma, cuya base (el personal) estaba formada por una colectividad estable de estatuto. Fue recién a mediados de los años ochenta cuando se impuso un nuevo modelo, el de una red (web) de comunicaciones que enlaza a escala mundial computadoras de todos los tamaños. En el Derecho del Trabajo, desde los años setenta comenzó a percibirse una transformación de la misma naturaleza en virtud de la fragmentación del polo patronal y del aumento de los problemas de identificación del empresario. Hoy, esto se ha convertido en un problema crucial del Derecho Laboral con la generalización del modelo de la empresa en red y la cantidad de dificultades jurídicas que implica: la representación de los asalariados dentro de los grupos, la deslocalización y la externalización del empleo, la subcontratación y los problemas de fronteras de la empresa²⁵.

Por último, la sigla PC (*personal computer*²⁶) simboliza una profunda

prescribir en cada página como había de recorrerse. ECO, Umberto, “Sobre Literatura”, trad. Helena Lozano Miralles, Barcelona, De Bolsillo, 2005, pág. 126. Destaco el siguiente párrafo a modo de ejemplo: “En algún anaquel de algún hexágono (razonaron los hombres) debe existir un libro que sea la cifra y el compendio perfecto de todos los demás: algún bibliotecario lo ha recorrido y es análogo a un dios. En el lenguaje de esta zona persisten aún vestigios del culto de ese funcionario remoto. Muchos peregrinaron en busca de Él. Durante un siglo fatigaron en vano los más diversos rumbos. ¿Cómo localizar el venerado hexágono secreto que lo hospedaba? Alguien propuso un método regresivo: Para localizar el libro A, consultar previamente un libro B que indique el sitio de A; para localizar el libro B, consultar previamente un libro C, y así hasta lo infinito... En aventuras de éas, he prodigado y consumido mis años. No me parece inverosímil que en algún anaquel del universo haya un libro total; ruego a los dioses ignorados que un hombre –¡uno solo, aunque sea, hace miles de años!– lo haya examinado y leído. Si el honor y la sabiduría y la felicidad no son para mí, que sean para otros”. BORGES, Jorge L., “Ficciones”, Bs. As., Emecé, 2005, págs. 116 y s.

25 SUPIOT, op. cit., págs. 179 y s.

26 Las computadoras son formidables constructoras de relaciones tautológicas: dados un programa y los datos con que se la alimenta, la máquina produce una respuesta que resulte formalmente verdadera bajo condición de la verdad de aquellas premisas. ECHAVE Delia T., URQUIJO María E. y GUIBOURG Ricardo A., “Lógica, proposición y norma”, 3^a reimp., Bs. As., Astrea, 1991, pág. 70. Por ende, la computadora constituye una formalización lógica de la capacidad de cálculo

transformación en la relación con la herramienta de trabajo. De ser colectiva –los primeros grandes ordenadores aún son herramientas colectivas, modeladas en base a las necesidades de una organización como los altos hornos y las locomotoras– la herramienta pasa a ser individual, y la posición del trabajador cambia de subordinada a autónoma. Desde mediados de los años setenta, el Derecho Laboral fue presa de la individualización de los estatutos. El empleo asalariado se diversificó con la erosión del empleo típico que asociaba dependencia y seguridad, el contrato individual adquirió nueva importancia, y se difuminaron las fronteras entre trabajo asalariado y trabajo independiente. La subordinación adquiere nuevos rostros mientras que el poder económico se sumerge en la red de las redes de empresas. La reducción de la jornada laboral va a la par de un incremento en su intensidad²⁷.

En consecuencia, constituye una cuestión esencial identificar los riesgos específicos que las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación hacen correr al trabajador. A tal efecto existen, principalmente, dos tipos de riesgos: a) al abolirse el marco espacio-temporal del trabajador para transportarlo a un mundo virtual y a un “tiempo real”, esas tecnologías lo exponen a la fantasía de la ubicuidad y b) al insertar en unas máquinas incluso sus actos y gestos más insignificantes, lo exponen a la fantasía de la transparencia.

5. Por otra parte el Régimen para ser justo debe ser humanista, es decir, precisa considerar al hombre como fin, respetándolo en su complejidad pura, con sus caracteres de unicidad, igualdad y comunidad, sobre todo mediante el liberalismo político, la democracia y la res pública, respectivamente. El Derecho Laboral sirve, de modo principal, de herramienta para el respeto de la igualdad (art. 16 CN y arts. 17, 70, 72, 73, 81, 172, 187 LCT) y de la democracia.

El trialismo goldschmidtiano, a través de una perspectiva más dirigida a la parte que al todo, es más afín a la unicidad y consecuentemente al liberalismo político; sin embargo, por medio del enfoque garantista del Derecho del Trabajo se equilibra la valorización más de conjunto.

(atributo esencial de la razón). Por último, esta máquina también efectúa una exteriorización de las facultades mentales del tratamiento de la información.

27 SUPIOT, op. cit., págs.181 y s.

La estructura del régimen justo exige proteger al individuo: contra las demás personas, contra el régimen, de sí mismo y contra todo lo demás. El Derecho Laboral puede comprenderse, de cierto modo, como una protección del individuo contra las demás personas y de si mismo.

En relación con las clases de régimen, éste puede ser intervencionista, es decir paternalista, o abstencionista. Ambos requieren ser apreciados según el denominador común del humanismo. En el Derecho de Trabajo existe un fuerte grado de intervencionismo del régimen. El principio protectorio, de consagración constitucional (art. 14 bis CN), tiene como fin mantener el equilibrio entre quienes están vinculados por un contrato de trabajo en atención a la diferencia de fuerzas que media entre los empleadores y los obreros²⁸.

El trabajo, la tierra y la moneda no son una mercancía²⁹, sino que constituyen una condición para el desarrollo de la actividad económica³⁰. Por tanto, el buen funcionamiento del mercado supone reglas e instituciones que garanticen la seguridad de los recursos humanos, naturales y monetarios. Consecuentemente, por medio de una regulación razonable del mercado lograremos proteger la dignidad del trabajador efectivizando, de este modo, el principio general de justicia.

28 SCBA, 27-IV-1999, “Araujo, Walter D. c/ El Chatarral SA”.

29 La CSJN rechaza toda teoría mercantilista que considere que la actividad productiva del hombre pueda ser evaluada y conceptuada como una mercancía. CSJN, “Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA SA s/ Indemnización por despido”, 14/09/2004.

30 Considerar el trabajo como un bien cuantificable e intercambiable fue una ficción necesaria para el advenimiento y el desarrollo del capitalismo. En efecto, para basar la producción y la repartición de las riquezas sobre el libre intercambio, resulta necesario apparentar que el trabajo, la tierra y la moneda son productos intercambiables, mercaderías. Sólo el Derecho podía instituir tal ficción, y fue así como nació el Derecho del Trabajo. En el sentido preciso del término, el Derecho Laboral es aquél que rige los intercambios de trabajo y de dinero. Entendido de este modo, se originó en Francia con la Revolución Francesa y la adopción, en 1791, del decreto de Allarde y de la Ley Le Chapelier. SUPIOT, Alain, “Derecho del Trabajo”, 1^a ed., Bs. As., Heliasta, 2008, págs. 17 y s.

DERECHO DE LA ANCIANIDAD.
REFLEXIONES SOBRE LA CONSTRUCCIÓN
DE ESTA NUEVA RAMA JURÍDICA
A PARTIR DE LA DIKELOGÍA TRIALISTA

ÉRIKA NAWOJCZYK *

1. El presente trabajo pretende mostrar la importancia del Derecho de la Ancianidad como rama jurídica nueva construida a partir de las ventajas conceptuales y metodológicas que la iusfilosofía trialista proporciona; para a partir de allí, referirnos a una de las problemáticas más acuciantes para los ancianos, tal como es el derecho de acceso a la salud de las personas de edad.

2. En este sentido, el Derecho de la Ancianidad se construye como respuesta a requerimientos específicos de justicia¹, en virtud de la situación de vulnerabilidad y mediatización que padece el anciano en la época actual.

En todos los tiempos, las sociedades han reaccionado frente a la ancianidad de diferentes maneras. Como categoría social, la vejez presenta una posición ambivalente, en tanto abarca un abanico que va desde el máximo privilegio y respeto hasta el más cruel desprecio y olvido². Así pues,

* Abogada UNR. Profesora Superior en Abogacía UCA. Becaria Doctoral del CONICET 2006-2009. Docente JTP ad honorem de la cátedra C de Filosofía del Derecho, Derecho de la Salud y Bioderecho y Derecho de la Ancianidad en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Docente Adjunta por concurso de Ética de la Abogacía y Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires.

1 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho de la Ancianidad”, en “Investigación y Docencia”, N° 20, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1992, págs. 39 y ss.

2 DABOVE, María Isolina, “Los Derechos de los Ancianos”, Bs. As.-Madrid, Ciudad Argentina, 2002, págs. 115 y ss; WILDE, Zulema, “Derechos humanos de la familia hacia sus ancianos”, en GROSMAN, Cecilia P. (dir.), “Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Salud mental y Derecho de Familia”, Bs. As., Lexis Nexis-Abeledo Perrot, julio/agosto 2005, pág.147.

en palabras de la Dra. María I. Dabóve, “toda la historia de la vejez ha sido un largo y doloroso ensayo de respuesta. Ensayo múltiple, discontinuo y variado”³.

Ahora bien, del tratamiento que se ha propiciado al anciano a lo largo de la historia, nos detendremos en el análisis de la situación de las personas ancianas en la edad postmoderna, dado que las características propias de esta época histórica, determinan las condiciones que generan los reclamos específicos de justicia que señaláramos precedentemente.

En este sentido, la postmodernidad, “época histórica que se ha iniciado a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial”⁴, se presenta como una realidad signada por el enorme desarrollo del capitalismo, los procesos de globalización/marginación⁵ y los avances acelerados de la ciencia y la tecnológica.

Así pues, la evolución científica y técnica ha hecho posible el mejoramiento de los diagnósticos y pronósticos de las ciencias salud; ha permitido el avance de la farmacología, la biotecnología y de la producción en general. En suma, ha incrementado la calidad de vida de la población, con el consiguiente crecimiento de la expectativa de vida de las personas. Este hecho ha permitido denominar al siglo XXI como el siglo del envejecimiento

-
- 3 DABOVE, María Isolina, “Razones iusfilosóficas para la construcción de un Derecho de la Ancianidad”, en “Jurisprudencia Argentina”, número especial de Bioética N° 6218, Buenos Aires, 2000, pág. 19; DABOVE, “Los Derechos...” cit., págs. 116 y ss.
- 4 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Panorama trialista de la Filosofía en la Postmodernidad”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 19, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1995, págs. 9 y ss.
- 5 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica”, en “Investigación...” cit., N° 27, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1996, págs. 9 y ss.; “Filosofía jurídica de la marginalidad, condición de penumbra de la postmodernidad”, en “Investigación...” cit., N° 25, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1995, págs. 25 y ss. En sentido coincidente, Z. Bauman expresa La globalización divide en la misma medida que une: las causas de la división son las mismas que promueven la uniformidad del globo... Los procesos de globalización incluyen segregación, separación y marginación social progresiva... (págs. 8 y ss.), V. BAUMAN, Zygmunt, “La Globalización. Consecuencias humanas”, trad. Daniel Zadunaiky, Brasil, Fondo de Cultura Económica, 1999. Asimismo, he consultado, y por tanto, sugiero, los análisis que sobre el proceso de la globalización realizan entre otros autores: JAMESON, Fredric, “Una modernidad singular. Ensayo sobre la ontología del presente”, trad. Horacio Pons, Buenos Aires, Gedisa, 2004, pág. 21; MALIANDI, Ricardo, “Ética: dilemas y convergencias. Cuestiones éticas de la identidad, la globalización y la tecnología”, Buenos Aires, Biblos-Universidad Nacional de Lanús, 2006, págs. 65/81; SORMAN, Guy, “El mundo es mi tribu”, trad. Pierre Jacomet, Barcelona, Andrés Bello, 1997.

demográfico, en tanto asistimos a un envejecimiento generalizado de la población, sin precedentes en la historia de la humanidad⁶.

Sin embargo, esta realidad postmoderna es ambivalente dado que, si bien la expectativa de vida de las personas ha aumentado, la calidad vital no es alcanzada por todos los seres humanos en igualdad de condiciones. En este contexto, los ancianos constituyen un grupo especialmente vulnerable, padeciendo, por ello, múltiples situaciones de discriminación.

De esta manera, en la sociedad actual, el cambio cada vez más rápido de los conocimientos y las costumbres, modifica la relación entre quien sabe y quien no sabe, afectando la comunicación intergeneracional, con el consiguiente aislamiento del anciano⁷.

Asimismo, el avance del capitalismo y el valor superlativo otorgado al consumo, exalta a los sujetos fuertes del mercado, marginando a los sujetos débiles, como los ancianos, los que muy pronto resultan mediatizados, cuando no, excluidos del sistema. En esta situación, los ancianos se encuentran en condiciones más graves que los otros grupos de sujetos débiles, como las mujeres y los niños, dado que éstos tienen, en estos tiempos, mayores posibilidades de ser admitidos en las tareas productivas.

Frente a esta situación el Derecho de la Ancianidad, en tanto rama jurídica autónoma y transversal, está orientado a fortalecer la situación de los ancianos como sujetos de derecho en sentido pleno. Para ello, procura integrar, en el marco de un régimen de justicia humanista, el reconocimiento de la igualdad, en tanto, exigencia de homogeneidad vital, necesaria para el sostenimiento de un sistema jurídico coherente; y la unicidad, en cuanto reclamo de diferenciación valiosa y de respeto por la identidad de la persona⁸, a partir de su reconocimiento como agente moral autónomo. En este aspecto, importa entender el envejecimiento como un proceso complejo que no es unitario sino múltiple, no se da de la misma manera en el hombre que en la mujer, dado que, en cada caso, el desarrollo presenta factores propios determinados por el estilo de vida y la posibilidad de acceso a los servicios con los que ha contado cada uno.

6 TOMASELLO, Andrés, “Derechos de la Ancianidad”, en “Doctrina Judicial”, t. 2002-3, pág. 929.

7 DABOVE, “Razones iusfilosóficas...” cit., pág. 22.

8 Conforme surge del desarrollo efectuado por la Dra. María Isolina Dabóve en su obra “Los Derechos de los Ancianos”, citada precedentemente.

3. Dentro de este escenario, la salud y el derecho de acceso a la salud de las personas ancianas constituye una de sus problemáticas principales que debe abordar el Derecho de la Ancianidad. Así, escribe Kofi Annan en el *Prólogo del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el envejecimiento de 2002*, que este sector de la sociedad, propio de la postmodernidad, se caracteriza por los especiales requerimientos de resguardo en cuanto a su vida, su salud y su bienestar en general.

En este sentido, desde el punto de vista normológico es posible señalar que, el derecho de acceso a la salud se halla reconocido en los artículos 14 bis –3^{er} párrafo– y en el 42 –1^a parte–, de la Constitución Nacional. Así como también, en el artículo 12 del Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en los artículos 12 y 14 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y en los artículos 23 y 24 de la Convención sobre los derechos del niño. Fuentes formales internacionales, todas ellas, de rango constitucional, por su incorporación a la Carta Magna a través de la reforma del año 1994 (artículo 75 inc. 22). Los preceptos mencionados imponen al Estado un deber positivo: la obligación de otorgar a todas las personas que habiten en nuestro territorio, -entre ellos, los ancianos-, los beneficios de la seguridad social, dentro de los cuales se incluye el acceso a la asistencia sanitaria. Pero también, al propio tiempo, otorgan a sus beneficiarios la facultad para alcanzar estos servicios, a través de relaciones de consumo que se desenvuelvan en un marco de protección integral. El derecho al acceso a la salud de los ancianos es, por ello, un derecho humano social de acción positiva⁹, que compromete al Estado y a la sociedad en su conjunto.

Por su parte, el análisis de la realidad social del Derecho muestra que el acceso a la salud se vincula necesariamente con la problemática de la oferta y los recursos existentes para hacer frente a las necesidades y demandas de la población. En este sentido, bien cabe reconocer que la capacidad económica incide significativamente en la excelencia de la atención. “A

9 ALEXY, Robert, “Teoría de los Derechos Fundamentales,” Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs. 173 y ss.; LIMA MARQUES, Claudia, “Solidaridad en la enfermedad y en la muerte: sobre la necesidad de ‘acciones afirmativas’”, en “Contratos de planes de salud y planes funerarios frente al consumidor anciano”, en LORENZETTI, Ricardo L., “Contratos de servicios a los consumidores”, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2005, pág. 245; VIDIELLA, Graciela, “La justicia en la salud”, en LUNA, Florencia y SALLES, Arleen L. F., “Bioética: nuevas reflexiones sobre debates clásicos”, Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 2008, pág. 394.

quién más tiene, más y mejor se le dará” –en tecnología, medicamentos y profesionales–. Por ello, si el Estado –obligado principal–, no contrarresta eficazmente este escenario, la universalización del acceso a la asistencia sanitaria de los ancianos representa todavía, una simple –aunque interesante– “expresión de deseos”.

En el marco de este análisis, la perspectiva dikelógica del mundo jurídico, por su parte, nos permite valorar cómo el anciano se encuentra ubicado en la sociedad como un recipiendario del sistema pero en una posición jurídica débil, que se manifiesta, entre otras cuestiones, en el reconocimiento incompleto del derecho de acceso a la salud de los ancianos, lo que se no se corresponde con lo establecido en la Constitución Nacional y las fuentes formales en materia de Derechos Humanos.

La teoría de la justicia trialista nos permite identificar los criterios vigentes en materia de distribución de recursos sanitarios; identificación que nos muestra que el acceso a la asistencia sanitaria es un simple “privilegio” para los ancianos, una facultad graciosamente concedida a su favor, un subsidio temporario.

Por ello, consideramos que esta teoría de la justicia trialista constituye el camino para la construcción de un derecho a la salud de los ancianos con sentido humanista, que garantice el acceso real a la salud de las personas de edad en nuestro país, en defensa del bienestar y la dignidad de los ancianos.

LA JUSTICIA EN EL DERECHO AMBIENTAL

MARIANO H. NOVELLI *

I. Palabras preliminares

Ha transcurrido ya media centuria desde que el maestro Werner Goldschmidt publicara su clásico libro acerca de la *ciencia de la justicia*, denominada por él “dikelogía”¹.

Sin entrar en consideraciones históricas y filosóficas sobre la obra, cuya enorme trascendencia huelga poner de resalto, debemos señalar que los valiosos desarrollos en ella expuestos contribuyen notablemente al análisis de las distintas ramas jurídicas. En verdad, a nuestro criterio, toda la perspectiva compleja del trialismo² resulta sumamente adecuada para abordarlas.

* Becario del CONICET. Docente de Introducción al Derecho, Derecho Agrario y Derecho Ambiental en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Becario Fulbright del Departamento de Estado de los Estados Unidos. Premios “Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe” y “Corte Suprema de Justicia de la Nación”. E-mail: mnovelli@fder.unr.edu.ar

1 GOLDSCHMIDT, Werner, “La ciencia de la justicia (dikelogía)”, Madrid, Aguilar, 1958.

2 Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico, puede v.: GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6^a ed., 5^a reimp., Bs. As., Depalma, 1987; “Justicia y verdad”, Bs. As., La Ley, 1978; “Semblanza del trialismo”, en “El Derecho”, t. 113, págs. 733 y ss.; “La Doctrina del Mundo Jurídico”, La Plata, Instituto de Filosofía del Derecho y Sociología de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, 1962; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84; “Perspectivas Jurídicas”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985; “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; “Filosofía de la Jurisdicción”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998; “El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura”, en “El Derecho”, t. 126, págs. 884 y ss.; “Lecciones de Teoría General del Derecho”, en “Investigación y Docencia”, N° 32, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1999, págs. 33 y ss.; “La conjectura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; “Metodología Dikelógica”, 2^a ed., Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007; NOVELLI, Mariano H., “La teoría trialista frente a la teoría pura. Reflexiones comparativas sobre tres cuestiones jurídicas relevantes”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 28, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2004/2005, págs. 115 y ss.

Por ello estimamos que el modelo integrativista del profesor germano-argentino puede enriquecer, de manera muy especial, el moderno Derecho Ambiental.

II. El potencial del trialismo frente a la problemática del ambiente

Si bien nos centraremos en diversos aportes sobre la justicia que formula la teoría goldschmidtiana y que aplicaremos al Derecho Ambiental, previamente corresponde puntualizar algunas razones que explican la gran capacidad esclarecedora del planteo trialista para el estudio de esta rama³.

En primer lugar, hay que decir que el bien colectivo *ambiente*⁴ posee una *complejidad* que le es propia, ya que presupone un estado de interacciones e interdependencias entre todos los fenómenos físicos, químicos, biológicos, psicológicos, sociales y culturales. Esto lo convierte en un *sistema*, cuyos elementos se afectan recíprocamente, asignándole al conjunto propiedades diferentes de las de cada unidad. Es decir que el ambiente presenta la particularidad especialísima de ser en su todo, más que la suma de las partes⁵. Está constituido no sólo por las partes, sino también por sus interrelaciones, lo que le adjudica carácter *holístico*⁶. Y en este aspecto la

-
- 3 Como señala CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Aspectos jusfilosóficos del Derecho Ecológico”, en “Investigación...” cit., Nº 20, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1992, pág. 10, “el ‘mundo’ o ‘sistema’ ecológico se convierte (...) en una problemática que el mundo jurídico debe resolver y el trialismo evidencia, a su vez, la especial capacidad conceptual de que está dotado para atender incluso a esta nueva perspectiva de la vida humana”.
 - 4 La naturaleza colectiva del ambiente implica que se trata de un bien que “no es susceptible de división ni de atribución de copropiedad para cada sujeto, pero reconocida jurídicamente su vulneración, aun en el supuesto de un reclamo singular, el amparo se extiende y beneficia por igual a todos y cada uno de los miembros del grupo social” (ARCOCHA, Carlos E. y ALLENDE RUBINO, Horacio L., “Tratado de Derecho Ambiental”, con la colaboración de Mariano H. NOVELLI, Rosario, Nova Tesis, 2007, pág. 137). Las principales características de los bienes colectivos son reseñadas por LORENZETTI, Ricardo Luis, “Teoría del Derecho Ambiental”, Bs. As., La Ley, 2008, págs. 7 y ss.
 - 5 Como explica MORIN, Edgar, “Introducción al pensamiento complejo”, trad. Marcelo Pakman, 8^a reimp., Barcelona, Gedisa, 2005, pág. 42, un sistema no constituye “una unidad elemental discreta, sino una unidad compleja, un «todo» que no se reduce a la «suma» de sus partes constitutivas”.
 - 6 Afirma LORENZETTI, Ricardo Luis, “El paradigma ambiental”, en “Investigaciones”, año X, Bs. As., Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2006, pág. 215, que el paradigma ambiental “se basa en una concepción ‘holística’, es decir que todo tiene una interrelación que debe ser respetada,

teoría trialista viene a ser sumamente compatible, ya que brinda una visión compleja, un sistema en el cual las dimensiones se integran e interactúan, ofreciendo una comprensión global de los fenómenos jurídicos.

Al mismo tiempo, el trialismo permite apreciar la *transversalidad* del Derecho Ambiental, ya que éste se despliega procurando solucionar problemas que no han resuelto satisfactoriamente las ramas jurídicas tradicionales. Sin dejarlas de lado pero intentando renovarlas, se articula con ellas, incorporándoles estándares *humanistas* y de *preservación*⁷.

Finalmente, la teoría de Goldschmidt asimila la *interdisciplinariedad* y la *transdisciplinariedad* que requiere el estudio de lo ambiental⁸, ya que concibe a las ramas del Derecho integradas en el mundo jurídico, con las demás ciencias y la cultura en general. Se superan de este modo los planteos simplificadores y reduccionistas, que exhiben una captación fragmentada de la realidad.

Todo esto hace que la teoría trialista, como decíamos *supra*, resulte particularmente apropiada para el estudio del Derecho Ambiental.

tanto en la naturaleza, como en el Derecho mismo. Ello es diferente de la unilateralidad que ha caracterizado al pensamiento occidental que se enfoca habitualmente en el análisis de una cuestión, prescindiendo del contexto”.

- 7 Los problemas ambientales “convocan a todas las ciencias a una nueva fiesta, exigiéndoles un vestido nuevo. En el caso del Derecho, la invitación es amplia: abarca lo público y lo privado, lo penal y lo civil, lo administrativo y lo procesal, sin excluir a nadie, con la condición de que adopten nuevas características” (LORENZETTI, “Teoría...” cit., pág. 2).
- 8 Si bien no negamos cierta utilidad a la disciplina y la multidisciplina en materia ambiental, consideramos de mayor riqueza que los estudios tengan carácter interdisciplinario y, sobre todo, transdisciplinario. SOTOLONGO CODINA, Pedro Luis y DELGADO DÍAZ, Carlos Jesús, “La revolución contemporánea del saber y la complejidad social. Hacia unas ciencias sociales de nuevo tipo”, Bs. As., CLACSO, 2006, pág. 66, definen a la *interdisciplina* como “aquel esfuerzo indagatorio (...) convergente, entre varias disciplinas (...) que persigue el objetivo de obtener ‘cuotas de saber’ acerca de un objeto de estudio *nuevo, diferente* a los objetos de estudio que pudieran estar previamente delimitados disciplinaria o incluso multidisciplinariamente”, mientras que conciben a la *transdisciplina* como “el esfuerzo indagatorio que persigue obtener ‘cuotas de saber’ *análogas* sobre *diferentes* objetos de estudio disciplinarios, multidisciplinarios o interdisciplinarios –incluso aparentemente muy alejados y divergentes entre sí– articulándolas de manera que vayan conformando un corpus de conocimientos que trasciende cualquiera de dichas disciplinas, multidisciplinas e interdisciplinas”. Destaca la relevancia de la transdisciplina MORIN, op. cit., quien explica que “situarse en un nivel transdisciplinario (...) permite concebir, al mismo tiempo, tanto la unidad como la diferenciación de las ciencias, no solamente según la naturaleza material de su objeto, sino también según los tipos y las complejidades de los fenómenos de asociación/organización”.

III. Breve digresión sobre las dimensiones sociológica y normológica

Antes de introducirnos específicamente en los aspectos dikelógicos, señalaremos dos cuestiones atinentes a las jurísticas sociológica y normológica, que muestran la importancia de su consideración desde lo ambiental.

La *dimensión sociológica* se centra en las adjudicaciones de potencia e impotencia, es decir, de lo que favorece o perjudica a la vida⁹. Tales adjudicaciones pueden ser *repartos* provenientes de seres humanos determinables, o *distribuciones* originadas en el azar, la naturaleza o las influencias humanas difusas¹⁰. Esta última categoría de *influencias humanas difusas*¹¹, que Goldschmidt acuñó anticipándose a su tiempo, permite al trialismo asimilar modernos problemas¹² como la contaminación atmosférica, el calentamiento global, o la causalidad colectiva que suele caracterizar a los daños ambientales¹³.

-
- 9 GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit., págs. 54 y ss. Puede v. al respecto el artículo de CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “La noción de potencia y la integración del Derecho en la vida”, en “El Derecho”, t. 136, págs. 955 y ss.
- 10 Prestigiosos juristas han afirmado, en posición que compartimos, que “reconocer ambas clases de adjudicaciones es una muestra de la cabal ubicación del hombre en el universo” (CIURO CALDANI, Miguel Á., ARIZA, Ariel, CHAUMET, Mario E., HERNÁNDEZ, Carlos A., MENICOCCI, Alejandro Aldo, SOTO, Alfredo M. y STÄHLI, Jorge, “Las ramas del mundo jurídico en la Teoría General del Derecho”, en “El Derecho”, t. 150, pág. 860).
- 11 Sobre las *influencias humanas difusas*, puede c.: GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit., pág. 80; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Las influencias humanas difusas en el mundo de la cultura”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 18, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1994, págs. 21 y ss. En un excelente trabajo, CHAUMET, Mario E., “Reflexiones sobre la implementación de la decisión judicial compleja: el caso de los intereses supraindividuales”, en “Jurisprudencia Argentina”, t. 2004-I, pág. 1086, sostiene atinadamente que las distribuciones por influencias humanas difusas cobran especial significación en casos complejos, y han puesto en crisis la juridicidad que la modernidad elaboró sobre el sujeto individualmente considerado.
- 12 CHAUMET, Mario E., “El trialismo (La actualidad de una teoría del Derecho elaborada por un precursor visionario)”, en CIURO CALDANI, Miguel Ángel (coord.), NOVELLI, Mariano H. y PEZZETTA, Silvina (comp.), “Dos filosofías del Derecho argentinas anticipatorias. Homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossío”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007, págs. 30 y ss.
- 13 La relación de causalidad presenta en este terreno características absolutamente peculiares, derivadas de la naturaleza holístico-sistémica del ambiente que hemos referido *supra*. “Se trata de situaciones de causalidad difusa reacias a ser atrapadas por el derecho, en virtud de la falta de certidumbre del saber científico en caso de concurrencia plural de los componentes degradantes, para delimitar los cursos dañosos del medio ambiente, que pueden por otra parte actuar en forma

Por su parte, la *jurística normológica*, provee igualmente útiles herramientas para el estudio de los fenómenos del ambiente. Basta señalar la importancia de que la teoría trialista reconozca la idea no sólo de normas sino también de *principios* que informan el ordenamiento¹⁴. Esto resulta decisivo en el Derecho Ambiental, donde la vorágine de los hechos muchas veces torna conveniente recurrir a principios tales como los de precaución, prevención, equidad intergeneracional y desarrollo sostenible¹⁵. En un área tan dinámica y cambiante, los principios adquieren una significación que no puede soslayarse.

IV. La justicia en el Derecho Ambiental

Desarrollaremos seguidamente algunos de los muchos aportes que, a través de su planteo sobre la justicia, el trialismo realiza para el estudio del Derecho Ambiental.

coadyuvante, acumulativa o bien disyunta" (CAFFERATTA, Néstor A., "Introducción al derecho ambiental", México D.F., Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales - Instituto Nacional de Ecología - Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2004, pág. 153). Sobre el tema, cabe v.: BELLORIO CLABOT, Dino, "Tratado de Derecho Ambiental", Bs. As., Ad-Hoc, 2004, t. II, págs. 508 y ss.; BESALÚ PARKINSON, Aurora V. S., "Responsabilidad por daño ambiental", Bs. As., Hammurabi, 2005, págs. 224 y ss.; CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, "La Reparación de los Daños al Medio Ambiente", Pamplona, Aranzadi, 1996, págs. 164 y ss.; ESTEVE PARDO, José, "Derecho del medio ambiente", Madrid, Marcial Pons, 2005, págs. 109 y ss.; GOLDENBERG, Isidoro H. y CAFFERATTA, Néstor A., "Daño ambiental. Problemática de su determinación causal", Bs. As., Abeledo-Perrot, 2001; GOMIS CATALÁ, Lucía, "Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente", Pamplona, Aranzadi, 1998, págs. 160 y ss.; PIZARRO, Ramón Daniel, "Responsabilidad civil por daño ambiental", en AA.VV., "Tutela jurídica del medio ambiente", Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2008, esp. págs. 293 y ss.

- 14 Como expone CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Bases de la integración jurídica trialista para la ponderación de los principios", en "Revista del Centro..." cit., N° 29, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2006, esp. págs. 11 y s., los principios necesitan desarrollo en la *determinación* de las normas y también pueden servir para su *elaboración*, siendo viable su utilización *gradual*.
- 15 Puede hallarse una enumeración de los principios cardinales del Derecho Ambiental en ARCOCHA y ALLENDE RUBINO, op. cit., con la colaboración nuestra, págs. 115 y ss.

En primer lugar, corresponde destacar que la propia *autonomía* de la rama jurídica tiene raigambre dikelógica¹⁶, ya que se asienta sobre la especial exigencia de justicia que requiere la protección del medio natural y cultural.

1. Axiología de la justicia

Junto a la justicia, aparecen otros valores en juego que se relacionan con ella, como la salud, la utilidad y la humanidad. En la actual postmodernidad, que constituye una nueva era de la historia¹⁷, es relevante que la utilidad prevaleciente se reencauce a fin de lograr la realización de valores como la justicia, la salud y la humanidad¹⁸. Parecería que la noción de *desarrollo sostenible*, puesta en práctica y no sólo declamada, puede contribuir a alcanzar precisamente una relación armoniosa entre crecimiento económico, equidad social y tutela del ambiente.

16 Nos referimos a la autonomía material. Acerca de la noción de autonomía, puede v.: CIURO CALDANI, “Derecho...” cit., págs. 132 y s.; “La autonomía del mundo jurídico y de sus ramas”, en CIURO CALDANI, “Estudios de Filosofía Jurídica...” cit., Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984, t. II, págs. 174 y ss.; “La noción de autonomía material en el mundo jurídico y en el Derecho de Menores”, en MANGIONE, Mirta y otros, “Derecho de Menores”, Rosario, Juris, 1992, págs. 65 y ss.; CIURO CALDANI, ARIZA, CHAUMET, HERNÁNDEZ, MENICOCCI, SOTO y STÄHLI, op. cit., págs. 859 y ss.

17 A colación de la postmodernidad, fundamentalmente desde la óptica jurídica, cabe c.: CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Iusphilosophical Understanding of Postmodernity (A Trialistic Perspective)”, en “Rechtstheorie”, Nº 19 (“Consequences of Modernity in Contemporary Legal Theory”), Berlín, Duncker & Humblot, 1998, págs. 99 y ss.; “Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad”, en “Boletín del Centro...” cit., Nº 19, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1995, págs. 9 y ss.; “La evolución desde el libro y el diario a la televisión y la computación, la estructura internacional y las fuentes de las normas”, en “Investigación...” cit., Nº 31, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998, págs. 39 y ss.; “Las ramas del mundo jurídico en la postmodernidad (Las ramas del mundo jurídico en tiempos de la ‘crisis de la materia’)\”, en “Investigación...” cit., Nº 31, págs. 51 y ss.; “La postmodernidad, el Derecho y las bases de la cultura occidental de nuestro tiempo”, en “Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario”, Nº 13, Rosario, UNR, 1997, págs. 79 y ss.; “La doctrina jurídica en la postmodernidad”, en “Jurisprudencia Argentina”, t. 1999-III, págs. 938 y ss.; “El juez, el proceso y el Estado en la postmodernidad”, en “Investigación...” cit., Nº 33, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, págs. 19 y ss.; “La comprensión del plurijuridismo y el monojuridismo en una nueva era”, en “La Ley”, t. 2006-C, págs. 1246 y ss.

18 CIURO CALDANI, “Aspectos...” cit.

A su vez, la *pantomomía* de la justicia¹⁹ exige en materia ambiental *fraccionamientos* productores de seguridad jurídica a fin de recortar los hechos, que siempre son complejos por la propia naturaleza de los fenómenos. Pero luego es necesario *desfraccionar* en la mayor medida posible, porque a mayor desfraccionamiento, mayor será el nivel de protección que se logre, y ese es el fin último del Derecho Ambiental.

A la tarea de desfraccionar coadyuva el importante rol que asume el principio de precaución en materia ambiental²⁰. De acuerdo a este principio, receptado en la Ley General del Ambiente y en numerosos instrumentos

-
- 19 CIURO CALDANI, “Metodología Dikelógica” cit., pág. 24, manifiesta que “uno de los aportes muy significativos de la obra goldschmidtiana es destacar que la justicia es una categoría ‘*pantónoma*’, referida a la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras razonadas (pan=todo; nomos=ley que gobierna). Dado el carácter enorme de esa proyección, como no somos omniscientes ni omnipotentes y por ello no podemos abarcarla, nos vemos en la necesidad de fraccionarla produciendo seguridad jurídica”. Acerca de la *pantomomía* de la justicia, cabe v.: GOLDSCHMIDT, “La ciencia...” cit., págs. 53 y ss.; “Introducción...” cit., págs. 391 y ss.; “La Doctrina...” cit., págs. 22 y ss.
- 20 Entre la copiosa bibliografía relativa al principio de precaución, puede c., v. gr.: ALVES, Wagner Antônio, “Princípios da precaução e da prevenção no direito ambiental brasileiro”, San Pablo, Juarez de Oliveira, 2005, esp. págs. 44 y ss.; ANDORNO, Roberto, “El principio de precaución: un nuevo standard jurídico para la era tecnológica”, en “La Ley”, t. 2002-D, págs. 1326 y ss.; “Pautas para una correcta aplicación del principio de precaución”, en “Jurisprudencia Argentina”, t. 2003-III, págs. 962 y ss.; BOURG, Dominique y SCHLEGEL, Jean-Louis, “Anticiparse a los riesgos. El principio de precaución”, Barcelona, Ariel, 2004; BOUTONNET, Mathilde, “Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile”, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2005; CAFFERATTA, Néstor A., “Principio precautorio y Derecho Ambiental”, en “La Ley”, t. 2004-A, págs. 1202 y ss.; CIERCO SEIRA, César, “El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los derechos comunitario y español”, en “Revista de Administración Pública”, N° 163, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero/abril 2004, págs. 73 y ss.; DE SADELEER, Nicolas, “Implementing the Precautionary Principle”, Londres, Earthscan, 2007; “Reflexiones sobre el estatuto jurídico del principio de precaución”, en GARCÍA URETA, Agustín (coord.), “Estudios de Derecho Ambiental europeo”, Navarra, LETE Argitaletxea, 2006, págs. 269 y ss.; DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (dir.), “El principio de precaución ambiental. La práctica argentina”, Córdoba, Lerner, 2008; ESTEVE PARDO, op. cit., págs. 57 y ss.; GUÉGAN, Anne, “L’apport du principe de précaution au droit de la responsabilité civile”, en “Revue juridique de l’environnement”, N° 2, 2000, págs. 147 y ss.; LORENZETTI, “Teoría...” cit., págs. 65 y ss.; PLAZA MARTÍN, Carmen, “Derecho Ambiental de la Unión Europea”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, págs. 160 y ss.; RÉMOND-GOUILLOUD, Martine, “Le risque de l’incertain: la responsabilité face aux avancées de la science”, en “La vie des sciences”, t. 10, N° 4, París, Gauthier-Villars, 1993, págs. 341 y ss.; ROMEO CASABONA, Carlos María (ed.), “Principio de precaución, Biotecnología y Derecho”, Granada, Comares, 2004; SUNSTEIN, Cass R., “Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle”, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

internacionales²¹, deben adoptarse medidas eficaces aun cuando no exista certeza científica acerca de la producción de un daño, si en caso de ocurrir pudiera provocar consecuencias graves o irreversibles. De allí que el principio precautorio funcione como un factor de desfraccionamiento, pues rige aunque el eventual perjuicio no pueda probarse, expandiéndose así la justicia hasta cubrir incluso los casos de riesgo dudoso.

2. Axiosofía de la justicia

Cabe asimismo analizar la problemática ambiental en relación con la *justicia de los elementos de los repartos*, donde nuevamente la dikelogía ofrece una rica gama de categorías.

En el Derecho Ambiental interesa por ejemplo la *legitimidad de los repartidores*, donde suele apreciarse muchas veces en los niveles decisarios un choque entre la aristocracia y la democracia. Ello sucede porque la política ambiental pretende en ocasiones ser impuesta por los gobernantes en base a su autoridad democrática, perdiendo de vista la importancia de contar también con cierta legitimidad aristocrática, que podrían obtener mediante el asesoramiento científico o técnico de especialistas.

Al mismo tiempo, cabe considerar la ampliación de los supremos repartidores, sobre todo en nuestro país luego del caso “Mendoza”, fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 8 de julio de 2008²². A partir de esta causa, además del Poder Ejecutivo y el Congreso, se erige la Corte como nuevo actor en el más alto plano de la política ambiental, con fundamento en la aristocracia, pero también con apoyo en la criptoautonomía, si se piensa que el Alto Tribunal tuvo en mira el interés de las más de tres millones de personas que se beneficiarían con el saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo.

Por otra parte, en el terreno ambiental podría considerarse que todos los repartos por acuerdo real entre seres humanos tienden a hacerse en cierto

21 Puede v. al respecto el valioso trabajo de STEVENS, Mary, “The Precautionary Principle in the International Arena”, en “Sustainable Development Law & Policy”, vol. II, N° 2, Washington D.C., American University Washington College of Law, spring/summer 2002, págs. 13 y ss. Asimismo, ESTRADA OYUELA, Raúl y AGUILAR, Soledad, “El principio o enfoque precautorio en el Derecho Internacional y en la Ley General del Ambiente”, en “Suplemento de Derecho Ambiental La Ley”, año X, N° 4, 22 de septiembre de 2003, págs. 1 y ss.

22 Causa M. 1569. XL. “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)”.

modo infraautónomos, incluso en la hipótesis de que cuenten con absoluto consenso actual, porque habría siempre una minoría dada por los hombres del porvenir, que no participan de la decisión repartidora. Nuevamente aquí, como en el referido fallo de la Corte Suprema, puede resultar útil la noción de criptoautonomía, basada en el acuerdo que darían los interesados en caso de conocer la adjudicación²³.

En cuanto a la *legitimidad de los recipientes*, cabe detenernos especialmente, ya que la nómina de éstos se amplía como en ninguna otra rama jurídica. En materia ambiental, no sólo son recipientes los seres humanos en su conjunto, sino también las generaciones futuras. Y estas generaciones futuras no constituyen un ente abstracto, sino que adquieren expresamente la calidad de sujeto de Derecho.

Incluso, el reconocimiento cada vez mayor de recipientes cobró recientemente notable impulso, a través de un aporte legislativo pionero en el Derecho Comparado. La Constitución de la República del Ecuador, aprobada por referéndum el 28 de septiembre de 2008, dedica un capítulo especial a los “derechos de la naturaleza”²⁴. Esto constituye un avance jurídico hacia la plena protección del ambiente, el cual es realzado por su valor intrínseco y ya no sólo apreciado en función del hombre.

La consagración de las generaciones venideras e incluso de la naturaleza como sujetos de Derecho pone en crisis postulados jurídicos clásicos. Esta circunstancia repercute sobre la propia idea de reparto autónomo, ya que los recipientes se hacen notoriamente infinitos, abarcando aquellos no humanos de cuya existencia debemos tomar plena

23 CIURO CALDANI, “Aspectos...” cit., pág. 11.

24 Se trata del Capítulo Séptimo del Título II. Entre los cuatro artículos que lo integran, descienden el 71 (“La naturaleza o Pachamama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema”) y el 72 (“La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas”).

conciencia²⁵. Se aproximan así las fronteras entre *merecimientos* vinculados a la necesidad y *méritos* relacionados con la conducta.

En cuanto a los *objetos* del reparto, aparecen fundamentalmente dos que en principio merecen ser repartidos²⁶, pero procurando un equilibrio armonioso. Se trata de la naturaleza y el desarrollo, que deben integrarse según estándares de sostenibilidad que permitan utilizar los recursos naturales para satisfacer las necesidades actuales, sin afectar la capacidad de las generaciones venideras para satisfacer las suyas²⁷.

Otra cuestión relevante es la atinente a la *justicia de la forma* de los repartos en materia ambiental, que exige lograr el más alto grado de *audiencia* de los interesados. Por esto, las soluciones deben basarse en la negociación y en procesos de amplia participación ciudadana.

En este sentido, ha venido el Derecho Ambiental a veces a producir, y otras veces a profundizar, auténticos cambios copernicanos en las normas de fondo y de rito. Basta mencionar las revoluciones acaecidas por el surgimiento de los llamados intereses difusos –que consideramos verdaderos *derechos subjetivos* difusos²⁸– y las acciones colectivas.

Es precisamente en esta comprensión de que en cuestiones ambientales la audiencia debe ser la máxima posible, que el artículo 43 de la Constitución Nacional consagra una acción popular, al legitimar a “toda persona” para interponer acción de amparo ante la afectación de “los derechos que protegen al ambiente”.

25 CIURO CALDANI, “Aspectos...” cit.

26 Acerca de la noción de *objetos repartidores* (dignos de ser repartidos), cabe v.: GOLDSCHMIDT, “La ciencia...” cit., págs. 368 y ss.; “Introducción...” cit., págs. 432 y ss.; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Sistematización trialista de los objetos repartidores”, en “Boletín del Centro...” cit., N° 16, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993, págs. 45 y ss.

27 Pueden c. las referencias que formulamos respecto de la sostenibilidad ambiental en NOVELLI, Mariano H., “Panorama actual en materia de producción y consumo sostenibles en el Mercosur”, en “UNR Ambiental”, N° 8, Rosario, Comité Universitario de Política Ambiental de la Universidad Nacional de Rosario, 2008, esp. págs. 232 y ss.

28 Cf. ARCOCHA y ALLENDE RUBINO, op. cit., con la colaboración nuestra, pág. 137. En idéntica posición a la que sosteneremos, se ubican, entre otros: CALMON DE PASSOS, José Joaquim, “Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data. Constituição e processo”, Río de Janeiro, Forense, 1989, págs. 9 y ss.; GIDI, Antonio, “Derecho difusos, colectivos e individuales homogéneos”, en GIDI, Antonio y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), “La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica”, 2^a ed., México D.F., Porrúa - Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2004, págs. 25 y ss. A nuestro parecer, la Constitución Nacional, tras la Reforma de 1994, ha zanjado el debate –al menos en la faz normativa–, pues se refiere en su artículo 43 a los “derechos de incidencia colectiva”.

La ampliación de la legitimación procesal en materia ambiental constituye un fenómeno global. Cabe recordar, por ejemplo, el caso “Massachusetts”, fallado por la Corte Suprema estadounidense en abril de 2007²⁹. En dicho proceso judicial, diversos gobiernos estatales y locales, junto a trece ONGs, demandaron a la Agencia de Protección Ambiental, para que fijara límites a la emisión de cuatro gases de efecto invernadero generados por automóviles³⁰. Y la Corte reconoció legitimación a los actores, desechariendo el planteo del gobierno federal, que había sostenido que aquéllos no podían demostrar daños concretos derivados de la falta de regulación de las emisiones³¹.

También con respecto a la audiencia de los interesados y a su involucramiento en los asuntos ambientales, vale recordar la sanción de la Ley de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental³², y los progresos que se han efectuado en el ámbito del Mercosur mediante el Sistema de Información Ambiental, conocido por la sigla SIAM³³.

Finalmente, otro aspecto medular, estrechamente ligado a la participación, tiene que ver con la *fundamentación* que requieren las decisiones ambientales. Casi más que en ninguna otra rama jurídica, las acciones deben adoptarse en base a criterios científicos, y ser adecuadamente justificadas frente a la ciudadanía³⁴.

Decía Goldschmidt que, para satisfacer el *principio supremo de justicia*, un régimen debe ser *humanista*³⁵. Nuevamente hallamos en este

29 “Massachusetts et al. v. Environmental Protection Agency et al.” (549 U.S. 497), resuelto el 2 de abril de 2007. Puede v. un resumen en LORENZETTI, “Teoría...” cit., págs. 130 y ss.

30 Entre los gases en cuestión estaba el dióxido de carbono, sobre el que la sentencia hizo especial hincapié.

31 Ello debido a que el Estado de Massachusetts sólo había invocado que el calentamiento global produciría un aumento del nivel del mar, que reduciría su territorio costero.

32 Ley Nacional 25.831. Sanción: 26/11/2003; promulgación de hecho: 6/1/2004; publicación: 7/1/2004.

33 La página web del SIAM está disponible en <http://siam.mma.gov.br>. Con respecto a la evolución del Derecho Ambiental mercosureño, puede v. NOVELLI, Mariano H., “Ambiente, globalización e integración. El Derecho Ambiental en el Mercosur”, en ARCOCHA y ALLENDE RUBINO, op. cit., con la colaboración nuestra, págs. 203 y ss.

34 En sentido similar, considerando “la motivación de las decisiones ambientales como un elemento esencial para su validez”, se manifiestan ABIDÍN, Catalina y LAPENTA, Eduardo Víctor, “Derecho Ambiental. Su consideración desde la Teoría General del Derecho”, en “Cartapacio de Derecho”, N° 12, Azul, Escuela Superior de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, 2007, en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/956/788>

35 GOLDSCHMIDT, “La ciencia...” cit.

punto que el planteo dikelógico ilumina el abordaje del Derecho Ambiental, pues el humanismo consiste en considerar al hombre como un fin en sí mismo, y se basa en la unidad del género humano³⁶. Ello explica que esta rama jurídica sea profundamente humanista, pues se propone en última instancia contribuir a la continuidad de la vida en la Tierra.

Pueden presentarse dudas acerca de si el humanismo debe ser *abstencionista* o *intervencionista*. Desde ya que sería preferible un humanismo abstencionista, pero actualmente no parecen estar dadas las condiciones que lo permitan. Por ello podría justificarse cierto intervencionismo, que supla la falta de conciencia sobre la gravedad del deterioro del medio³⁷.

El Derecho Ambiental destaca, a su vez, la importancia de la protección del hombre contra los demás individuos, contra el régimen, contra “lo demás” y contra sí mismo³⁸.

Para la *protección del hombre respecto de los demás*, el Derecho Ambiental provee diversas herramientas, en particular las acciones en caso de daño individual. Los daños ambientales individuales son daños indirectos, es decir daños generados a las personas a través del ambiente. De allí que sean aplicables las reglas generales de la responsabilidad civil.

Para la *protección del hombre contra el régimen*, en lo atinente al fortalecimiento del individuo, contamos en Argentina con el derecho a un ambiente sano y equilibrado, que adquirió jerarquía constitucional a partir de la Reforma de 1994³⁹. En estrecha relación con él, se encuentran los derechos también constitucionales a la vida y a la salud.

Para la *protección del hombre contra lo demás*, es decir respecto de fuerzas externas que no provienen de individuos determinables ni del régimen, el Derecho argentino cuenta con diversas acciones. Entre otras, las de amparo ambiental, de cese y de recomposición del daño. Estos ya no son mecanismos que operan frente a daños individuales, sino remedios específicos para daños ambientales colectivos⁴⁰. Es decir que actúan en el caso de daños causados

36 Íd., pág. 199.

37 CIURO CALDANI, “Metodología Dikelógica” cit., págs. 32 y s., señala que “el humanismo ha de ser preferentemente abstencionista, dejando a cada individuo decidir la fórmula de su personalización y llevar a cabo su realización. Sin embargo, en casos excepcionales cuando el abstencionismo no es viable puede ser legítimamente intervencionista (paternalista)”.

38 CIURO CALDANI, “Aspectos...” cit.

39 Artículo 41 de la Constitución Nacional.

40 Sobre el daño ambiental colectivo (“daño al ambiente” propiamente dicho o “daño ecológico puro”), cabe c., v. gr.: CAFFERATTA, “Introducción...” cit., págs. 55 y ss.; “Panorama actual del

directamente al ambiente, como bien de uso común e indivisible⁴¹, cuya afectación puede alterar la calidad de vida del hombre y la interacción con los demás elementos bióticos y abióticos de los ecosistemas.

Igualmente a fin de resguardar al individuo contra lo demás, se aprobó en el ámbito del Mercosur el Protocolo Adicional al Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente en materia de Cooperación y Asistencia ante Emergencias Ambientales. Este instrumento jurídico organiza procedimientos conjuntos para el caso de fenómenos naturales o antrópicos que puedan provocar graves daños al ambiente y que requieran atención inmediata⁴².

Hemos dejado para el final, con toda intención, la *protección del hombre contra sí mismo*. Goldschmidt planteaba en este punto que las afectaciones de una persona a su propia libertad⁴³ no podían ser protegidas por la justicia, en tanto no constituyeran ataques a la libertad de otros individuos. Y asumir la cuestión ambiental implica incluso mucho más que proteger al hombre de sí mismo como individuo: requiere proteger al género humano en su conjunto. En resumidas cuentas, lo que se halla en juego es la

Derecho Ambiental”, en CAFFERATTA, Néstor A. y otros, “Cuestiones actuales de Derecho Ambiental”, Bs. As., El Derecho, 2007, esp. págs. 18 y ss.; CASSAGNE, Juan Carlos, “El daño ambiental colectivo”, en “La Ley”, t. 2004-E, págs. 1426 y ss.; “Sobre el daño ambiental colectivo”, en AA.VV., op. cit., págs. 145 y ss.; GOMIS CATALÁ, op. cit., págs. 67 y ss.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Estado de la jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al daño ambiental colectivo después de la sanción de la ley 25.675, Ley General del Ambiente (LGA)”, en “Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires”, Segunda época, año LI, N° 44, Bs. As., Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2006, esp. págs. 179 y ss.; MORALES LAMBERTI, Alicia y NOVAK, Aldo, “Instituciones de Derecho Ambiental”, Córdoba, M.E.L., 2005, págs. 235 y ss.; SABSAY, Daniel Alberto y DI PAOLA, María Eugenia, “El daño ambiental colectivo y la nueva ley general del ambiente”, en “Anales de Legislación Argentina”, t. LXIII-D, págs. 4865 y ss.

- 41 Advierte LORENZETTI, “Teoría...” cit., págs. 7 y s., que el *uso común* “produce lo que se denomina la ‘tragedia de los comunes’, es decir, la ausencia de incentivos individuales para protegerlos y evitar el sobreuso”. Esto frecuentemente puede llevar al agotamiento o destrucción de los bienes colectivos, “por lo que se requieren reglas limitativas que definan el uso sustentable”. La *indivisibilidad de los beneficios*, por su parte, “impide la concesión de derechos subjetivos sobre el bien, ya que éstos presuponen que la titularidad se ejerce sobre una porción identificable o claramente delimitada”.
- 42 Para profundizar sobre el contenido del Protocolo, puede v.: NOVELLI, Mariano H., “Protocolo Adicional al Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del Mercosur en materia de Cooperación y Asistencia ante Emergencias Ambientales”, en “Anales de Legislación Argentina”, t. LXIV-E, págs. 6603 y ss. (también en “Revista de Derecho Internacional y del Mercosur”, año 9, N° 4, Bs. As., La Ley, agosto 2005, págs. 73 y ss.).
- 43 GOLDSCHMIDT, “La ciencia...” cit., pág. 240.

supervivencia de nuestra propia especie, que hoy está sometiéndose a un acelerado proceso de autodestrucción.

V. Ideas finales

Cerrando estas breves reflexiones, deseamos rescatar la importancia de que cada persona se involucre, desde su lugar, en la protección del ambiente. Es tiempo de tomar conciencia de que los avances que nos brindan bienestar en lo inmediato, no deben afectar nuestro porvenir, ni acabar con la vida de nuestros hijos o nietos.

Es necesario comprometernos y defender estos ideales, tener estas utopías, porque es posible dejar un mundo mejor. Alguna vez afirmó Lorenzetti⁴⁴ recordando a José Ingenieros, que el mundo no va a ser como quieren los idealistas, pero siempre va a ser mejor de lo que sería si esos idealistas no existieran. Es decir que aunque no podamos alcanzar las utopías, porque las utopías son un no-lugar, tenemos que luchar por ellas.

Eso es lo que da sentido a nuestras vidas.

44 Conferencia inaugural de las Jornadas Internacionales de Derecho Ambiental, que tuvieron lugar en Posadas entre los días 29 y 31 de mayo de 2008.

EL DERECHO DE LA SALUD¹ COMO NUEVA RAMA DEL MUNDO JURÍDICO². UNA RESPUESTA JURÍDICA³ JUSTA⁴

ELIAN PREGNO⁵

I. Exordio

1. Las líneas que siguen son fruto del estudio de la obra de Werner Goldschmidt “*La ciencia de la justicia (Dikelogía)*”⁶, teniendo especialmente en cuenta que el tema desarrollado es objeto de investigaciones encaminadas a la elaboración de mi tesis doctoral. Huelga hacer referencia a la plataforma teórica general que le da cuerpo a esta contribución, verbigracia la *Teoría Trialista del Mundo Jurídico*, magistralmente expuesta por el mismo autor en su “*Introducción filosófica al Derecho*”⁷. Asimismo, de referencia

-
- 1 Conviene v. especialmente: CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Filosofía trialista del Derecho de la Salud”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 28, págs. 19/32; “Introducción general al Bioderecho”, en “Bioética y Bioderecho”, N° 2, págs. 11/21; “Perspectivas Filosófico-Jurídicas de la salud”, en “Bioética...” cit., N° 4, págs. 25/32.
 - 2 Conviene v. especialmente: CIURO CALDANI, “Filosofía de las ramas del mundo jurídico”, en “Investigación y Docencia”, N° 27, págs. 65/69; “Las ramas del mundo jurídico en la postmodernidad (Las ramas del mundo jurídico en tiempos de la “crisis de la materia”)\”, en “Investigación...” cit., N° 31, págs. 51/57.
 - 3 Conviene v. especialmente: CIURO CALDANI, “Aportes para una Teoría de las Respuestas Jurídicas”, reedición en “Investigación...” cit., N° 37, págs. 85/140; “Veintidós años después: la Teoría de las Respuestas Jurídicas y Vitales y la problemática bioética en la postmodernidad”, en “Bioética...” cit., N° 3, págs. 83 y ss.
 - 4 Esta contribución, en líneas generales, reproduce, en versión corregida y aumentada, la exposición del autor en la Jornada en Conmemoración del 50º Aniversario de “La ciencia de la justicia (Dikelogía)” de Werner Goldschmidt, desarrollada el lunes 25 de agosto de 2008 en el Salón Rojo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
 - 5 Docente de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad de Belgrano. Becario del CONICET. E-mail: epregno@derecho.uba.ar
 - 6 GOLDSCHMIDT, Werner, “La ciencia de la justicia (Dikelogía)\”, Bs. As., Depalma, 1986.
 - 7 GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6^a ed., 5^a reimp., Bs. As., Depalma, 1987.

impostergable resultan los ajustes realizados por uno de sus discípulos dilectos, Miguel Ángel Ciuro Caldani, posicionado, sin lugar a dudas, como el referente indiscutido de las corrientes integrativistas de corte tridimensional con desarrollo y vigencia en la actualidad⁸.

Básicamente, nos proponemos conjeturar en torno a dos cuestiones, a saber: a) multivocidad de la voz salud; y, b) relaciones del complejo axiológico tensadas por la justicia y la utilidad.

Hechas estas breves consideraciones demarcatorias iniciales, acotadas a exteriorizar la procedencia teórica y el objeto de las reflexiones que figuran a continuación, corresponde dar paso a conversables hallazgos, con la íntima convicción de que no son sino conclusiones en permanente proceso de revisión.

II. Cuestión primera: multivocidad de la voz salud

2. Dos aportes relevantes del jurista rosarino colocan nuestro pensamiento como tributarios de sus enseñanzas y condicionan la cabal comprensión de nuestras conclusiones: i) sus incursiones en el *constructivismo epistémico*⁹, al momento de informar su perspectiva en torno al objeto jurídico, y, consecuentemente, en profunda coherencia metodológica, ii) el *constructivismo moral*¹⁰ con el que es dable sistematizar el funcionamiento de los valores en la dimensión dikelógica. Rescatar estos dispositivos conceptuales se encamina, principalmente, a dar cuentas del alejamiento de la posición originaria que el fundador del trialismo asumió, enrolada en el realismo filosófico, y del apartamiento de una concepción natural de la justicia.

Con la tranquilidad intelectual que supone blanquear la procedencia teórica, en una clara opción metodológica por la generación del conocimiento vía acuerdos de la comunidad científica, resulta válido arriesgarse a debatir las premisas fundantes sobre las que se edificarán los razonamientos venideros;

8 CIURO CALDANI, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; “Metodología dikelógica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007.

9 Conviene v. especialmente: CIURO CALDANI, “La conjetura...” cit.

10 Conviene v. especialmente, CIURO CALDANI, “Metodología...” cit.

aún, en las arenas de la moral¹¹. En otras palabras, se trata de hacer ciencia básica que soporte, luego, ciencia aplicada.

3. En orden a la cuestión planteada en primer término, indudablemente resulta obligada la remisión al agente natural en la materia, esto es la Organización Mundial de la Salud¹², que en 1948 sustituyó el concepto de salud apoyado en la ausencia de enfermedad sosteniendo que se trata de “el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.

Vale la pena detenerse en el resabio objetivista existente en la expresión transcripta, que recoge el primer principio vertido en el Acta Constitutiva del ente –en su versión originaria de 1946–, desde que postula una suerte de estándar único y “superviviente” a cualquier contingencia de tiempo y lugar. Es decir, encabezar la declaración con el artículo “el” supone erigirla en axioma exento de vicisitudes espacio-temporales.

Esta primera consideración respecto de la noción reconde la discusión, a nuestro juicio, hacia irresolubles posiciones sostenidas otrora por nominalistas y esencialistas en las disputas sobre los universales y las palabras de clase. Luego, la adjudicación de significado a las palabras queda fuera de las posibilidades de los mortales, en la medida que los conceptos “son” independientemente del consenso de la comunidad parlante. Probablemente, no pueda sostenerse en nuestros días que, en rigor de verdad, la extensión de los conceptos pueda determinarse *ab initio* y con prescindencia del enclavamiento cultural de los sujetos; máxime, con vocablos que reenvían palmariamente a cosmovisiones y particulares “modo de ser” de las personas y los pueblos.

11 Conviene v., por ejemplo: GUIBOURG, Ricardo A., “La construcción del pensamiento”, Bs. As., Colihue, 2004; RAWLS, John, “Teoría de la justicia”, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.

12 “La Constitución fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Off. Rec. Wld Hlth Org.; Actes off. Org. mond. Santé, 2, 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948”. Con más las “reformas adoptadas por la 26^a, la 29^a, la 39^a y la 51^a Asambleas Mundiales de la Salud (resoluciones WHA26.37, WHA29.38, WHA39.6 y WHA51.23), que entraron en vigor el 3 de febrero de 1977, el 20 de enero de 1984, el 11 de julio de 1994 y el 15 de septiembre de 2005, respectivamente...”. Cf.: http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf (09-10-2007).

Tal vez el entusiasmo que inicialmente reportó el hallazgo se tradujo en una sobreestimación del descubrimiento lindante con posiciones reñidas con la conciencia lingüística del momento. Aún así, se animó a postular que la salud era “el” completo estado de bienestar bio-psico-social.

4. Desandando el camino seguido por el ente y sus filiales, permite pensar que la definición, al poco tiempo, dejó alguna desazón porque, claro, se trataba de “el mundo y sus alrededores”. De manera que, treinta años después, la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud de la Organización Panamericana de la Salud¹³, reunida en Alma-Ata, Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas, del 6 al 12 de septiembre de 1978, sustituyó el artículo “el” por el artículo indeterminado “un” y dijo que, en realidad, es “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de enfermedad”.

Entendemos que el esmero por delimitar es palmario y necesario pero no suficiente. La extensión del concepto sigue siendo excesivamente amplia, si bien más permeable debido a que habilita que el “estado de completo bienestar” sea uno de los posibles.

Se atribuye a Winston Churchill haber dicho que “la salud es un estado transitorio entre dos épocas de enfermedad y que, además, no presagia nada bueno”¹⁴. En la misma línea, viene a cuento traer a colación que, al respecto, se ha dicho que esta noción de salud introduce un diferendo entre quienes están enfermos y quienes aún no han sido suficientemente estudiados.

5. Pero el afán por definir de la Organización Mundial de la Salud llegó a su punto máximo en la primera Conferencia Internacional sobre la Promoción de la Salud reunida en Ottawa, Canadá, el 21 de noviembre de

13 “... organismo internacional de salud pública con 100 años de experiencia dedicados a mejorar la salud y las condiciones de vida de los pueblos de las Américas. Goza de reconocimiento internacional como parte del Sistema de las Naciones Unidas, y actúa como Oficina Regional para las Américas de la Organización Mundial de la Salud”. Cf.: http://www.paho.org/Spanish/PAHO/about_paho.htm (10-12-2007).

14 BOTIRDETH TOSÍA, Julio Alberto, “Citas sobre la Salud y los Médicos”, en “Revista Médica Hondureña”, vol. 66, N° 4, 1998, pág. 180.

1986, cuando elaboró la Carta de Ottawa¹⁵. Expresamente remarca que “la salud no concierne exclusivamente al sector sanitario”, y así desliza una serie afirmaciones que desinsacula a la salud de la órbita de los procesos clásicos de salud-enfermedad-atención coligándola a esferas exorbitantes como los orbitales ampliados descriptos en la última versión de la declaración, actualizada en Bangkok en el año 2005. Así, se postulan “pre-requisitos para la salud”, lo que traducido significa garantizar para todas las personas “la paz, la educación, la vivienda, la alimentación, la renta, un ecosistema estable, la justicia social y la equidad”. En la misma línea, al pronunciarse sobre “la reorientación de los servicios sanitarios”, “especifica” que: “La responsabilidad de la promoción de la salud por parte de los servicios sanitarios la comparten los individuos, los grupos comunitarios, los profesionales de la salud, las instituciones y servicios sanitarios y los gobiernos. Todos deben trabajar conjuntamente por la consecución de un sistema de protección de la salud”.

Obsérvese el anteúltimo acápite del documento de referencia, que aparece encabezado por el subtítulo: “el compromiso a favor de la promoción de la salud”. Es posible advertir en dicho segmento una comprensión idealista (en el sentido de no-materialista) de la existencia. Vale decir, el motor de la historia no es la materia sino la idea. Tal parecer es opinable, como todo, por lo que no podemos más que destacar que conlleva el peligro de sumir en formas totalitarias; de igual modo, pueden también las concepciones materialistas traducirse en respuestas afines. Cuantiosas y lamentables evidencias históricas nos relevan de ahondar en lo afirmado.

De cualquier modo, importa detenerse en el “compromiso” que asumen los “participantes”; a saber:

- “a intervenir en el terreno de la política de la salud pública y a abogar en favor de un compromiso político claro en lo que concierne a la salud y la equidad en todos los sectores;

- a oponerse a las presiones que se ejerzan para favorecer los productos dañinos, los medios y condiciones de vida malsanos, la mala nutrición y la destrucción de los recursos naturales. Asimismo se comprometen a centrar su atención en cuestiones de salud pública tales como la contaminación, los riesgos profesionales, la vivienda y la población de regiones no habitadas;

15 Las reuniones subsiguientes fueron en Adelaida (Australia), en 1988; Sundsvall (Suecia), en 1991; Yakarta (situada en la isla de Java, Indonesia), en 1997; México, D.F., en 2000; y Bangkok (Tailandia), en 2005.

- a eliminar las diferencias entre las distintas sociedades y en el interior de las mismas, y a tomar medidas contra las desigualdades, en términos de salud, que resultan de las normas y prácticas de esas sociedades;

- a reconocer que los individuos constituyen la principal fuente de salud; a apoyarlos y capacitarlos a todos los niveles para que ellos, sus familias y amigos se mantengan en buen estado de salud; y del mismo modo se comprometen a aceptar que la comunidad es el portavoz fundamental en materia de salud, condiciones de vida y bienestar en general;

- a reorientar los servicios sanitarios y sus recursos en términos de la promoción de la salud; a compartir el poder con otros sectores, con otras disciplinas y, lo que es aún más importante, con el pueblo mismo;

- a reconocer que la salud y su mantenimiento constituyen el mejor desafío e inversión social y a tratar el asunto ecológico global de nuestras formas de vida.

La conferencia insta a todas las personas interesadas a formar una fuerte alianza en favor de la salud”.

6. No podemos ocultar que nos agrada la ampliación, desde que la conexión es con el bienestar y la calidad de vida; más todavía, no nos representamos quién y con qué sustento puede oponerse, en el estado actual de la conciencia jurídica de nuestro tiempo, a la realización personal, reconociendo al propio individuo como hacedor por excelencia de su propio destino.

Ahora bien, tampoco podemos ocultar que, en relaciones directamente proporcionales, nos preocupa de sobremanera la “volatilidad” de la noción, si vale el recurso pictórico. Puede decirse que la noción alcanzó niveles de saturación diluyentes y, no contentos con la licuación, acabó por evaporarse.

La analogía pretende dar cuenta de un proceso de abstracción cargado de ideología: dinamitar el concepto condujo a naufragar en declamaciones eximentes de responsabilidades. Por ejemplo, al invitar a “irrumpir en el futuro”, “manda” a: “El cuidado del prójimo, así como el planteamiento holístico y ecológico de la vida, son esenciales en el desarrollo de estrategias para la promoción de la salud. De ahí que los responsables de la puesta en práctica y evaluación de las actividades de promoción de la salud deban tener presente el principio de la igualdad de los sexos en cada una de las fases de planificación” (¿?). Francamente, nos parece discursivamente loable,

pero queda el sabor amargo (o el sinsabor, en el mejor de los casos) del reenvío al infinito. En buen romance, somos de los que creen que imputar responsabilidades colectivas es equivalente liberar a todos de sus responsabilidades; al menos, en un sentido pragmático de la existencia.

No mostramos sino un profundo escepticismo, desde que nos invade la íntima convicción de que hay, subyacente, una implícita voluntad de renunciar a la identificación de los “conductores” en pos de encriptar todo en pseudo-procesos pseudo-sociales enmascaradores de las incumbencias y competencias en medio de un sinfín de expectativas listadas en el orden de: ¿cómo captar los estándares de atención mínimos exigibles a los integrantes del equipo de salud? ¿Cómo merituar la práctica médica o paramédica desde la jurisdicción? ¿Cómo se asignan recursos en materia sanitaria desde los efectores públicos? ¿Cuáles son las obligaciones a las que se somete el sector privado que, con manifiesto ánimo de lucro, actúa en el área de la salud? ¿Cómo se racionaliza el riesgo en el complejo sanitario? ¿Quién o quiénes se animarán a ejercerla?

Esto no significa que no resulte interesante trabajar con una noción de salud, y con una noción ampliada incluso, pero sí resulta imprescindible trazar algún tipo de límite conceptual, sin otra intencionalidad que la de tornarla operativa.

Ciertamente, la transversalidad de esta nueva rama, verbigracia el Derecho de la Salud, no denuncia más que la problematicidad de la existencia y la pantomía del complejo vital en su máxima expresión (en última instancia, está en juego la vida y la plenitud de la vida de las personas), pero, a nuestro modo de ver, las dificultades se incrementan si ni siquiera podemos sistematizar la “facilidad” con la que uno enferma y sana en un mismo día. Tal vez sea políticamente incorrecto, pero creemos que en nuestros días hay pocas nociones tan *infladas y vacías*¹⁶ como la de salud.

7. Desde el andamiaje conceptual de la *Teoría Trialista del Mundo Jurídico*, según estimamos, es posible pensar la noción de salud conservando de algún modo la amplitud semántica que ha experimentado en el último tiempo. Desde luego, para evitar apriorismos, la aplicación de la teoría

16 V., ut supra, nota 3.

supondrá cierta instancia de validación que permita contrastar las categorías empleadas.

Dejando a salvo el requisito de la verificación, arriesgamos que hipotéticamente la salud puede pensarse como una cadena de *repartos*, intercalados con *distribuciones*, de *potencia* e *impotencia*.

Confesamos cierta reticencia a reconocer *distribuciones* vía *naturaleza*, en la medida que la naturalización de procesos sociales constituye receta histórica de la manutención del *status quo*; no obstante, es dable pensar que alguna influencia natural, por remota que sea, hay en la salud, aunque más no sea porque hay fenómenos que, en principio, parecen exentos de la interferencia del hombre. Por ejemplo: a la noche le sucede el día, y así sucesivamente, independientemente de lo que a “nosotros” nos parezca; el movimiento de los planetas, por ahora, es ingobernable para nuestra especie; la Tierra gira sobre sí misma “sin preocuparse” por la opinión de aquellos que eventualmente pudieran postular, con mejores fundamentos aún, que sería conveniente que mutase el sentido de su rotación por el contrario. Que quede claro entonces: en modo alguno pensamos que exista “orden natural” ni “ordenadores”, sino que simplemente acusamos recibo de datos que denuncian ingobernabilidad para el hombre; ergo, no es descabellado presumir, *ab initio*, alguna incidencia en la salud humana.

A nuestro modo de ver, en última instancia, todo termina reconduciéndose por la *influencia humana difusa*; y, en menor medida, quizá, por el *azar*.

Hechas estas aclaraciones vale pensar el proceso de salud-enfermedad-atención como una secuencia de repartos en la que confluyen:

- a) el “gran repartidor” del “gran sistema de salud” (aludimos a la autoridad gubernamental y/o responsable político de la cartera oficial encargada del área, pongamos por caso Ministros, Viceministros y Secretarios y Subsecretarios de Estado -en todos los niveles: nacional, provincial, municipal);
- b) el director de la organización nosocomial, pública (por ejemplo, el hospital) o privada (por ejemplo, el sanatorio);
- c) los jefes de los servicios, según la complejidad de la estructura departamental en función de las especialidades médicas atendidas;
- d) el titular del equipo de salud y sus integrantes, según el grado de intermediación en la relación con el “enfermo”. Aunque es probable que en nuestros días, a causa de la horizontalización de la relación médico-

paciente y la puesta en crisis del modelo médico hegémónico¹⁷, un “gran repartidor” sea el propio paciente respecto de sí mismo, lo que habilitaría a hablar de *auto-reparto*. Un indicio de tal extremo, es posible advertir en el viraje experimentado en cuanto a la interconsulta, concebida originariamente como una discrecionalidad del profesional que, ante la duda frente a un caso clínico, recurría a un colega. Es posible que aquí se sitúe el origen del ateneo en medicina¹⁸. Ahora el que se va en interconsulta por *motus proprio* es el paciente. Él decide la interconsulta, posicionándose, indudablemente, en otro lugar y evidenciando el factor poder presente en la relación médico-paciente.

8. Finalmente, resta referirse a una afirmación vertida líneas arriba que amerita algún tipo de justificación: la noción de salud, tal cual está, está *inflada y vacía*¹⁹.

Toda *respuesta jurídica* involucra un *nivel conceptual* y un *nivel fáctico* y se desenvuelve en el *ámbito personal, material, temporal y espacial*. A su vez, será *limitada* o *ilimitada*, según toque o no todos estos ámbitos y, asimismo, será *inmanente* o *trascendente*, según la relación de la

17 Al respecto, conviene v. especialmente: MENÉNDEZ, Eduardo, “Modelo hegémónico, crisis socio-económica y estrategias de acción en el sector salud”, en “Cuadernos Médicos Sociales”, N° 33, 1985; MAINETTI, José Alberto, “La crisis de la razón médica. Introducción a la filosofía de la medicina”, La Plata, Quirón, 1988; “Bioética fundamental. La crisis bio-ética”, La Plata, Quirón, 1990; “La transformación de la medicina”, La Plata, Quirón, 1992.

18 De referencia obligada resulta la escuela neumática, aparecida aproximadamente entre los siglos I y II de nuestra era, liderada por Ateneo de Atalia, precursor de corrientes eclecticas como las que encabezaría Areteo de Capadocia, convencido que en todas las doctrinas médicas había algo útil que debía emplearse bajo el imperio de la experiencia clínica. Cf.: http://www.historiadela medicina.org/HM/1_2.html (10-10-2006). Más cercano a nosotros y con una mirada crítica sobre la interconsulta y el ateneo, cabe citar: BORRELL BENTZ, Rosa María, “La educación médica de postgrado en la Argentina: el desafío de una nueva práctica educativa”, Bs. As., Organización Panamericana de la Salud - OPS, 2005, pág. 291: “... la ‘interconsulta’ aparece como la propuesta mejor asociada a cualquier concepto de ‘integración del conocimiento’ y de ‘interdisciplinariidad’, aunque sólo es utilizada en la medida en que se necesita otra visión cuando aparece un caso problemático, pero no como práctica de investigación sobre aspectos que requieran de procesos de intercambio de conocimiento desde diferentes disciplinas y especialidades y de profundización a partir de nuevas preguntas y problemas.

El ‘ateneo’ es el único espacio pedagógico donde los residentes pueden escuchar reflexiones a partir de diferentes miradas acerca de un mismo problema, aunque no necesariamente en el mismo se construya una visión integrada del problema analizado”.

19 V., ut supra, parágrafo 6, in fine y, en consecuencia, la referencia bibliográfica de la nota 3.

solución con cada ámbito. Luego, las respuestas crecen en fenómenos de *plusmodelación* (cuando es *conceptual* hablamos de *inflación* y cuando es fáctica decimos que es *sobreactuación*), decrecen en instancias de *minusmodelación* (cuando es conceptual hablamos de *deflación* y cuando es fáctica decimos que es *vaciamiento*) y pueden darse también supuestos de *sustitución*, apellidándolas *fácticas* o *conceptuales*, según sea el nivel en el que ocurra, y aún *totales* si abarca a los dos. A su tiempo, la transversalidad del Derecho de la Salud dificulta la tarea de identificar sus *razones fundamentales*. En tal sentido, en orden a la composición la rama, sabemos que la justicia se puede realizar por componentes diferentes y puede no realizarse por componentes iguales²⁰.

Cuadra ahora preguntarse por qué combinación optar como proyección dikelógica, vale decir si por *respuestas limitadas* e *inmanentes* o *ilimitadas* y *trascendentes*. Ciuro Caldani responde que, *ab initio*, no cabe hacer esa opción escindida del complejo vital²¹.

Al sólo efecto de brindar alguna orientación en el Derecho de la Salud propiamente, nos inclinamos, tal vez por una preferencia manifiesta por la *facticidad*, por decir que prevalecen las *respuestas limitadas* e *inmanentes* al momento de poner las bases de una *rama jurídica* que repare en la justicia, desde que es hora de hacer coincidir los despliegues *conceptuales* y *fácticos* ante lo que juzgamos como una desmesura conceptual (la actual noción de salud) y, por ende, pasaporte seguro a debates de alto contenido ideológico. No se nos oculta que la ciencia no es neutral, pero bien vale la pena despejar al máximo posible las externalidades que conduzcan al naufragio de la labor teórica a causa de discursos alienantes.

No queremos capitular deslizando temor a las ideas (¡bienvenidas sean todas ellas!) sino horror a las declamaciones que acaban por despistar a la ciudadanía. En otras palabras: vale declamar, vale *inflar*, pero también hay

20 Cf. CIURO CALDANI, “Aportes...”, cit., págs. 106 y s. Figurémonos que la justicia fuera el Programa Médico Obligatorio (PMO; en rigor de verdad, corresponde hablar de Programa Médico Obligatorio de Emergencia –PMOE–, establecido por Resolución N° 201/2002, del 02/04/2002, del Ministerio de Salud de la Nación y modificada por la Resolución N° 310/2004, del 07/04/2004, del mismo ente. Nota: el estado de emergencia continúa vigente), podría decirse que distintos componentes, como son: las Empresas de Medicina Prepaga, las Obras Sociales y el Estado en el nivel municipal, provincial y nacional, pueden realizarla (cumpliendo con el PMO); y, esos mismos elementos, pero considerados iguales entre sí por la función que les cabe y no diferenciándolos por su naturaleza, pueden no realizarla (incumpliendo el PMO).

21 Cf. CIURO CALDANI, “Aportes...” cit., pág. 106.

que hacer, hay que *sobreactuar*, hay que *expandir la respuesta*. La noción de salud hoy aparece teñida de *inflación* y la imposibilidad de traducirse en los hechos la *vacía* de contenido. Pobres los destinatarios de semejantes especulaciones, pues, la repercusión, sin lugar a dudas, se traslada al cumplimiento.

III. Cuestión segunda: relaciones del complejo axiológico tensadas por la justicia y la utilidad

9. Al momento de posicionarnos ante el complejo de lo vital, fácilmente se advierte que los recursos son escasos, *per definitionem*, y las necesidades son múltiples (cada vez más). Muchas veces, esa necesidad múltiple es la vida.

Con la misma facilidad con la que se vislumbra la inadecuación numérica de los bienes existentes y disponibles para satisfacer demandas en materia sanitaria, creemos que aflora el impostergable descanso en la utilidad como criterio orientador del juicio de adjudicación de los recursos.

En cierta medida, no sin sobresaltos, tomamos distancia de posiciones ético-normativas de corte deontológico. En tal sentido, la deontología puede ser muy importante para merituar el obrar profesional, pero no para pensar el funcionamiento de la salud pública, sencillamente porque, por caso, no hay tantas ambulancias como personas existen, porque no hay tantos hospitales como ciudades acusa la geografía, porque no hay tantos médicos como personas puedan necesitarlo. De ahí, entonces, que, según nuestro parecer, la deontología aporte muy poco. En consecuencia, si en el planteo no se introduce algún criterio de utilidad, no podemos dar respuestas a los problemas. Veamos algunos ejemplos.

Cuando en Estados Unidos aparecieron las máquinas de diálisis, se creó un comité para decidir quién ingresaba al tratamiento sustitutivo de la función renal y quién no. Y se lo denominó el “Comité de Dios” porque, lisa y llanamente, el que accedía al tratamiento se salvaba y el que quedaba afuera se moría²².

22 La referencia es al Comité de Seattle, en los términos del artículo firmado por Shana Alexander y aparecido el 09/11/1962 en el N° 53 de la revista norteamericana Life (págs. 102/125), bajo el título: “They Decide Who Lives, Who Dies”.

Recientemente, en Egipto acaban de prohibir el trasplante entre musulmanes y cristianos²³.

En Argentina, para evitar el llamado “turismo trasplantológico” y asegurar la “equidad”, hay una resolución vigente del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI) que limita el ingreso a la lista de espera para trasplante a los extranjeros cuando pretenden tratarse en nuestro país y cuentan con módulos terapéuticos análogos en sus lugares de procedencia²⁴.

10. Ahora bien, el trialismo sostiene la primacía del principio supremo de justicia²⁵, de suerte que lo erige en valor estelar respecto de otros entes ideales. Tal es así, que Ciuro Caldani afirma que: “la teoría trialista del mundo jurídico fue construida básicamente por Werner Goldschmidt como desarrollo de la Ciencia de la Justicia (Dikelogía)”²⁶.

A nuestros fines, importa un límite tal que impide equiparar justicia y utilidad y, con más razón, anteponer ésta a aquélla; pero, la tensión entre utilidad y justicia, incuestionablemente fortalecida en nuestro tiempo, exige resolver de algún modo.

De antemano, nos conforma pensar que en la emergencia cabe privilegiar la utilidad. No nos resulta reprobable que frente a la urgencia de las catástrofes se empleen criterios utilitarios. Nada nuevo aportamos, el jurista rosarino nos dotó de una categoría idónea para sortear el obstáculo recurriendo al *reparto justificado*²⁷. Mas, queda todavía por escudriñar la situación en situaciones de no-emergencia.

23 Cf.: <http://www.clarin.com/diario/2008/08/20/elmundo/i-01741572.htm> (20-08-2008); <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2008/08/19/medicina/1219132525.html> (20-08-2008); <http://www.diariosalud.net> (20-08-2008).

24 Cf. Resolución N° 85/2004, del 15/04/2004, del INCUCAI.

25 Que consiste en asegurar a cada individuo la esfera de libertad necesaria que lo vuelva capaz de convertirse en persona. Cf. GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit., pág. 417. Cabe citar también, del mismo autor, “El principio supremo de justicia”, Bs. As., de Belgrano, 1984.

26 CIURO CALDANI, “Metodología...” cit., pág. 12.

27 Cf. CIURO CALDANI, “Bases categoriales de la dinámica y la estática jurídico-sociales (Elementos para la Sociología Jurídica)”, Rosario, Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Derecho, Instituto Jurídico-Filosófico, 1967 (reditado en “Revista del Centro...” cit., N° 28, pág. 112.

11. Así, nos resultan particularmente interesantes los desarrollos de Ciuro Caldani en su obra “Derecho y política”, desde que con él concluimos en la naturaleza política del Derecho; en sus propias palabras: “las diferentes ramas políticas son determinadas por el predominio de los distintos valores absolutos que valoran la convivencia; el Derecho en sus tres dimensiones es una rama política especial -semejante a la política científica, la política económica, etc.-, caracterizada en última instancia por una particular manera de considerar el continente de la convivencia, es decir, por la relación con las exigencias de justicia”²⁸.

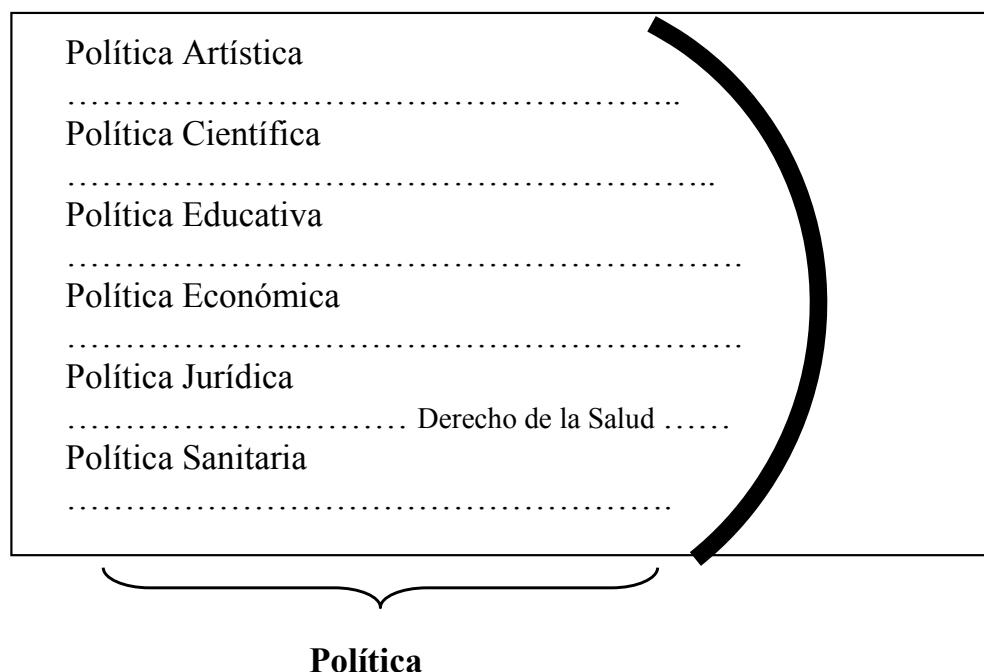
De modo que: en un sentido general, vale representarse a la Política como capítulo encarpetado en el mosaico cultural; y, a su vez, desgajar, en sub-capítulos²⁹, especialidades de aquélla, verbigracia Política Artística, Política Científica, Política Educativa, Política Económica, Política Jurídica, Política Sanitaria, etc.

En modo alguno las manifestaciones de la Política enunciadas agotan las posibles ni el orden en que fueron listadas traza jerarquía entre ellas; más aún, es dable pensar interpenetraciones entre ellas. Así, el Derecho de la Salud parecería situarse, al menos, en la línea de frontera de la Política Jurídica y la Política Sanitaria, inaugurando una suerte de Política Jurídico-Sanitaria o Política Sanitario-Jurídica (según las exigencias del valor preponderante). Gráficamente:

28 CIURO CALDANI, “Derecho y política” cit., pág. 137.

29 Íd., pág. 133: “el mundo político está dividido en *ramas* históricamente dadas”.

MOSAICO CULTURAL



12. Empero, acordando aún con el despliegue tridimensional de la Política, en la medida que el elenco de sus distintas manifestaciones denuncia prácticas sociales, relativamente captadas lógicamente, con tracción axiológica (la justicia delinea la Política Jurídica; la verdad impulsa la Política Científica; la belleza emplaza la Política Artística; la utilidad motoriza la Política Económica; la salud orienta la Política Sanitaria)³⁰, al momento de definir la Política debemos reconocernos más próximos al pensamiento de Werner Goldschmidt que de Miguel Ángel Ciuro Caldani. Éste la entiende “desde un punto de vista estático, como un conjunto de *actos de coexistencia* (dimensión sociológica), *descritos e integrados por normas* (dimensión normológica) y *valorados, los actos y las normas, por los valores de convivencia* (dimensión axiológica); desde un punto de vista dinámico, como la *actividad descriptible e integrable por normas vinculadas al aprovechamiento de las oportunidades para realizar valores*. En última instancia, el ámbito de la política está determinado por el complejo axiológico de la

30 Íd., págs. 30 y s.

convivencia”³¹. Aquél, en líneas generales dice que “toda actividad dirigida a lograr realizaciones de los valores sociales es política”³², considerando específicamente a ésta como “la lucha por la conquista o la conservación del poder”³³.

13. Retomando el hilván. Frente a la tensión justicia-utilidad, a partir de la segmentación que antecede, arriesgamos que: a) hacia el interior del Mundo Jurídico, quizás se establecen relaciones coadyuvantes de contribución, presumiblemente más afines con corrientes deontológicas; b) por fuera de él, lindando con la Política Sanitaria, tal vez se establecen relaciones coadyuvantes de integración, coligadas a vertientes más bien utilitaristas; y, c) siempre deberá evitarse, tanto dentro como fuera del Mundo Jurídico, las vinculaciones de oposición entre ellas. En esa inteligencia, en la “zona de frontera” de la Política Sanitaria y la Política Jurídica, el Derecho de la Salud jugaría un papel corrector respecto de aquélla.

No todo lo que resulta útil puede estimarse justo. Pero, es posible que un criterio para adjetivar como justo sea la observancia, en algún grado, de ciertos niveles de utilidad. Vale decir, no necesariamente la utilidad reclama a la justicia, pero sí ésta a aquélla. Entre las condiciones de la justicia, presumiblemente, figura la realización de la utilidad. De ahí, entonces, que: dentro del Mundo Jurídico, para mantener a la justicia como Principio Supremo (esto es, para que la justicia prevalezca), es preciso que se traben relaciones coadyuvantes en contribución con el valor utilidad.

En cambio, en Política Sanitaria justicia y utilidad son valores distintos jugando en un mismo andarivel, que se equiparan en relaciones coadyuvantes de integración.

En la “zona de frontera”, cuando la Política Sanitaria invade la justicia, entonces el Derecho de la Salud cumple una función correctiva.

14. Pero decíamos que esto vale para las situaciones de no-emergencia, por lo que dudamos sobre la importancia del aporte, dado que permanece indescifrable la lógica de un país como la Argentina, que parece

31 Id., págs. 26 y s.

32 GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit., págs. 107 y s.

33 Id., pág. 89.

estar sistemáticamente atravesado por la emergencia³⁴: emergencia energética, emergencia habitacional, emergencia laboral, emergencia agropecuaria, emergencia vial, emergencia económica, emergencia cambiaria, emergencia financiera, emergencia administrativa, emergencia social, emergencia alimentaria, emergencia sanitaria...

Quizá el gran problema de este país no sea “vivir al margen de la ley”³⁵, sino que la ley sistemáticamente invente la realidad, con hondas repercusiones en la *infidelidad*, en la *inexactitud*, en la *inadecuación*. Si la ley inventa, entonces, la suerte está echada.

-
- 34 Prescindiendo de la normativa infralegal y local, *brevitatis causa*, baste con referir solamente a la: Ley N° 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario (sancionada el 06/01/2002; promulgada parcialmente el 06/01/2002; publicada el 07/01/2002) hasta el 10/12/2003; Ley N° 25.820 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario (sancionada el 19/11/2003; promulgada el 02/12/2003; publicada el 04/12/2003) hasta el 31/12/2004; Ley N° 25.972 de Emergencia Pública (sancionada el 24/11/2004; promulgada el 15/12/2004; publicada el 17/12/2004; Nota: la ley lleva otro título) hasta el 31/12/2005; Ley N° 26.077 de Emergencia Pública (sancionada el 22/12/2005; promulgada el 09/01/2006; publicada el 10/01/2006) hasta el 31/12/2006; Ley N° 26.204 de Emergencia Pública (sancionada el 13/12/2006; promulgada el 19/12/2006; publicada el 20/12/2006) hasta el 31/12/2007; Ley N° 26.339 de Emergencia Pública (sancionada el 12/12/2007; promulgada de hecho el 03/01/2008; publicada el 04/01/2008; Nota: no sólo la publicación fue de hecho -todo un signo si se trata de evaluar el compromiso del Poder Ejecutivo Nacional- sino que el cuerpo de la norma consta de tres artículos: la prórroga de la emergencia, la fecha de entrada en vigencia y el “comuníquese”) hasta el 31/12/2008. Antes de estas dos últimas se dictó la Ley N° 26.167 (sancionada el 08/11/2006; promulgada el 28/11/2006; publicada el 29/11/2006), a los fines de interpretar el profuso marco normativo existente en la materia. Por último, vaya como dato anecdótico, al momento de concluir esta contribución por escrito, en respuesta a la crisis financiera global, el Poder Ejecutivo Nacional, el 25/11/2008 (publicado el 26/11/2008), dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 2.025/2008 que modifica la Ley de Ministerios y crea el Ministerio de Producción. Para un estudio sistemático de la cuestión, conviene v. especialmente: ALTERINI, Atilio A. (Director), “Suplemento Especial Emergencia Económica”, Bs. As., La Ley, 2002; GELLI, María Angélica (Directora), “Suplemento Especial de Emergencia Económica y Recurso Extraordinario”, Bs. As., La Ley, 2003; ETALA (H.), Juan José, “La Emergencia Económica en el Derecho del Trabajo”, Bs. As., La Ley, 2002; SAGARNA, Fernando Alfredo, “Indexación de deudas en la Emergencia Económica”, Bs. As., La Ley, 2003; LORENZETTI, Ricardo Luis, “Emergencia Pública y Reforma del Régimen Monetario”, Bs. As., La Ley, 2002.
- 35 La alusión es a la obra de NINO, Carlos, “Un país al margen de la ley”, Bs. As., Emece, 1992.

LA DIKELOGÍA DE WERNER GOLDSCHMIDT EN EL DERECHO PENAL

EDUARDO VÍCTOR LAPENTA *

1. En el derecho penal resulta especialmente importante la consideración axiológica, especialmente la que corresponde al valor justicia.

El derecho penal es expresión del poder punitivo del estado y, las penas que impone a quiénes cometen delitos, son la máxima respuesta legítima del sistema jurídico. Solo se acude al derecho penal cuando no existe otro camino menos gravoso para resolver el conflicto. Por ello suscita, en mayor medida que otras ramas jurídicas, la problemática del conflicto de valores relevante, vital. Los procesos penales son *casos difíciles*, aunque no siempre se los reconozca como tal.

La cuestión penal tensa el derecho como ninguna otra. Las penas son males de que adjudican impotencia de máxima gravedad; que afectan severamente la vida del individuo, como sucede con la pena privativa de libertad. Pero en el desarrollo temporal, pueden limitar o potenciar su desenvolvimiento como persona.

Es la respuesta jurídica al mal que ha cometido el delincuente que, según el delito, produjo análoga afectación a la víctima y su familia.

2. La protección penal integral debería estar reservada a los bienes jurídicos y valores esenciales, asegurados por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a ella.

El enfoque del derecho penal mínimo que postulan Alessandro Baratta, Luigi Ferrajoli y Raúl Zaffaroni, entre muchos otros, intenta limitar el número y gravedad de los delitos. Luigi Ferrajoli propone excluir de la protección penal los ataques a bienes que no importen la lesión de personas de carne y hueso, y que afectan abstracciones como la personalidad del

* Profesor e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires.

estado, la administración pública, la actividad judicial, el orden público, la fe pública, etcétera. En nuestra opinión, falta debatir más claramente que rama del derecho tendría a su cargo esas conductas, seguramente ilícitas pero de menor gravedad.

El derecho penal es la respuesta legítima del poder punitivo del estado, encauzado mediante el derecho procesal penal. La dificultad de encauzar ese poder puede observarse en el problema suscitado en la base militar Guantánamo que Estados Unidos tiene en Cuba, adonde llevó cincuenta años que se reconozca a los allí detenidos que tienen derecho a la jurisdicción y están amparados por ella.

Por ello, enseña Miguel Ángel Ciuro Caldani, que el derecho penal es *protector* del delincuente, pero no en forma aislada, sino como persona *en sociedad*. La pena ampara al individuo común contra los demás, tratando de impedir que delincan contra él. Protege al delincuente contra la venganza de las víctimas y sus familias. Cuando el sistema penal no actúa y no aplica las penas previstas por el legislador en el Código Penal, suelen surgir sistemas parapenales.

La exigencia de legalidad y tipicidad propia del derecho penal, protege al individuo contra el régimen a través de la división de poderes.

3. El derecho penal es un campo fértil para el funcionamiento de la dimensión dikelógica. Se construye pensando en las conductas que deben criminalizarse y en la magnitud de las penas que habrán de imponerse a los autores responsables.

En dirección a las consideraciones valorativas, distingue las categorías de delitos según los bienes jurídicos tutelados, la vida, la integridad personal, la libertad, etcétera. Establece las penas para cada delito tipificado, la variación entre el mínimo y el máximo, la consideración de atenuantes y agravantes, el estado de necesidad adonde es necesario comparar males jurídicos, la razonabilidad en la legítima defensa, las exenciones de pena por razones familiares, etcétera. Ninguna de estas cuestiones puede responderse sin una referencia a los valores.

Pero, en dirección contraria, se procura construir el derecho penal con la máxima seguridad para los imputados, las víctimas y los operadores jurídicos. De allí la importancia del principio de legalidad y la tipicidad, que limitan el poder punitivo del estado. El despliegue axiológico provoca

inseguridad jurídica.

En esta dualidad se desenvuelve el derecho penal, con un juez imposibilitado de soslayar el valor justicia, pero condicionado por una ciencia penal que rechaza su introducción explícita en los debates de las partes o en los fundamentos de la sentencia.

4. Las relaciones entre el crimen y la pena pertenecen a los temas más misteriosos de la ciencia jurídica, nos dice Ciuro Caldani. ¿Sobre qué balanza puede determinarse la equivalencia entre un hurto y una pena de prisión? La respuesta más antigua la suministra la ley del talión: ojo por ojo, diente por diente. Hay que matar al asesino. Así lograríamos una justicia simétrica entre ambos males.

Como no es posible aplicarla en la mayoría de los delitos, se acudió al sistema de las penas-espejo. Según éste, la pena debe manifestar en su aspecto exterior el crimen cometido: al calumniador se le corta la lengua, se castra al delincuente sexual, etcétera. Aún así no es posible abarcar gran parte de las conductas consideradas delictuales. La solución es acudir una ecuación relativa: al homicidio debe corresponder una pena más grave que al hurto, y así sucesivamente.

Una posición humanista lleva a pensar que el estado no puede responder imponiendo al autor, una pena de análoga intensidad al mal causado por el delito. La pena debe ser asimétrica en favor del delincuente.

Nuestro código penal tenía en su origen una estructura de esta índole, que en cierto modo refleja la magnitud del reproche social a los distintos males jurídicos tipificados, aunque –dialécticamente– incide sobre la sociedad para la valoración de los bienes pasibles de afectación.

Sin embargo esta ecuación se fue distorsionando con las reformas penales. Sea por la preeminencia de otros valores en la sociedad, por la frecuencia de los delitos, o por la dificultad de lograr el castigo penal, esa jerarquía se ha desdibujado a límites que impiden cualquier sistematización comprensible.

La legislación se desvincula del jurista, que es *quién reparte a sabiendas con justicia*. Werner Goldschmidt expresa en la obra que homenajeamos, “bajo el (influjo del) positivismo hemos olvidado por completo que la misión más noble del jurista consiste en (crear) la legislación”.

En el código penal actual, por ejemplo, si un puestero se apodera de

un cordero, sin violencia en las cosas ni las personas, le corresponden 4 a 10 años de prisión (abigeato, art. 163 ter, inc. 4º). Pero, si le corta dolosamente el brazo o la pierna a su patrón, la pena será menor, de 3 a 10 años de prisión (lesiones gravísimas, art. 91). Si el administrador del campo, merced al ardid o engaño se quedó con todos los animales del campo, la pena será de tan solo un mes a 6 años (defraudación, art. 172). De acuerdo al código procesal penal, el imputado de abigeato será el único que no podrá obtener la excarcelación durante el curso del proceso, en los casos exemplificados.

Parece difícil sostener que esta ecuación refleje algún tipo de consenso social. La asimetría se torna de signo contrario al humanismo.

Además, casi invariablemente limitamos la persecución al delito inicial, pero aceptamos la cadena ulterior de comercialización, tal vez para no generar inseguridad en las transacciones comerciales, en aras de la economía y el mercado en la sociedad capitalista.

La resultante –dice Roberto Gargarella– es que, o bien estamos eligiendo castigar crímenes que son primordialmente cometidos por personas desfavorecidas, o que, dentro de esos crímenes señalados, el sistema penal se encuentra sistemáticamente sesgado contra los derechos e intereses de los desfavorecidos, porque son ellos los más directamente afectados por el aparato represivo del Estado.

5. Existen serios problemas para la justificación de la pena que se impone al delincuente, en tanto responde a un mal con la imposición de otro mal. Hay teorías retribucionistas y consecuencialistas. La adopción cada principio de justificación implica adoptar un sistema penal significativamente distinto.

El problema de la justificación de la pena está en estrecho contacto con el de su finalidad. Las teorías absolutas justifican la pena con la idea de afirmación del derecho, las teorías relativas ven la justificación en el mantenimiento de la sociedad.

La evolución durante el siglo XX, explica Roberto Gargarella, muestra la implementación de tres sistemas diferenciados: bienestar general, retribución y populismo penal.

El enfoque del *bienestar penal* puso especial atención en el agresor, en su carácter, y en la manera de reincorporarlo a la sociedad. Un derecho penal centrado en el delincuente.

La discrecionalidad judicial autorizada condujo a la discriminación de grupos desfavorecidos –los pobres– y, como contracara de la misma moneda, el beneficio de las clases medias y altas. Al aplicar principios utilitarios, los jueces tienden a ser flexibles con los miembros de las clases más acomodadas, quienes tendrían mayores posibilidades para “reintegrarse”, pero no con aquellas personas que provenían de un “contexto social degradado”, en muchos casos reincidentes y con pocas posibilidades de volver a formar parte de la sociedad.

El *enfoque retributivo* se preocupó por el delito en sí mismo, y por la necesidad de adecuar el castigo a la gravedad del crimen. Un derecho penal más centrado en el delito y en el principio de proporcionalidad.

La idea básica es que todos los individuos que cometieran el mismo crimen merecían el mismo castigo. Los jueces no debían tener ninguna discrecionalidad al decidir. El renacer de este esquema retributivo vino de la mano de una revitalización del *principio de proporcionalidad*, y de sugerencias para establecer *directrices* para las decisiones. Inicialmente tuvo un sentido igualitario, pero concluyó favoreciendo aún más la discriminación de sectores excluidos. Las directrices vedaron a los jueces favorecer al imputado, por ejemplo, en el otorgamiento de la libertad, a partir de criterios como la educación, el trabajo o estatus familiar. Los esquemas de castigo que se apoyan en la proporcionalidad necesariamente sotoman o fraccionan las diferencias materiales de las condiciones de vida, incluyendo la pobreza, las desventajas sociales, los prejuicios, en los cuales se configura la personalidad humana.

Finalmente, el *enfoque populista penal* se preocupa especialmente de los reclamos de las víctimas, a quiénes el derecho penal había prestado poca atención.

Propone que el Estado se vuelva más severo contra el crimen, privilegiando la opinión pública por sobre las visiones de los expertos en el derecho penal. El populismo penal ha llevado al crecimiento exponencial del número de personas en prisión, a la imposición de penas más graves, y a mayores dificultades para reducir sus condenas judiciales o recibir beneficios por buen comportamiento. Todo lo que se haga para los agresores –por ejemplo, en términos de tratamiento humanitario– tiende a presentarse como ofensivo para las víctimas.

Ninguno de los tres enfoques es acorde con el pensamiento trialista.

Werner Goldschmidt propone, como principio supremo de justicia, la

exigencia de adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para que se desarrolle plenamente, para que se personalice.

Si solo se concibe la pena como resocialización, existe el riesgo de sacrificar al individuo frente a la sociedad. Hay que tomar al hombre como fin, y no como medio, y esto se relaciona con los peligros de utilizar la pena como instrumento para la prevención general.

La pena debe ser comprendida como una liberación del reo respecto del delito, a fin de que pueda *repersonalizarse*. La pena debe ser en cada instante, un medio para la libertad.

6. Existe cierta coincidencia acerca de cuáles son los problemas que atraviesa el derecho penal, pero hay distintas visiones sobre las causas y soluciones, según provengan de los operadores judiciales, de la academia o de la sociedad.

Entre los problemas se señala el incremento en la cantidad y gravedad de los delitos. También la escasa eficacia investigativa, y reducido porcentaje de condenas en relación a los delitos denunciados.

Hay tantas formas delictuales que no es posible generalizar modos de actuación para prevenirlas, aunque la sensación de inseguridad –y la intensidad de los reclamos sociales– obedece a delitos con violencia en las cosas o las personas, generalmente con contenido patrimonial.

Respecto a la investigación penal, existen problemas con la composición y capacitación de los recursos humanos que deben cumplir la función investigativa. Por ejemplo, ni ser abogado es un obstáculo para la investigación penal, como parece creer la policía, ni es el único capacitado para hacerlo, como parece pensar el poder judicial.

Pero, probablemente, la principal dificultad es la falta de colaboración social, que es el principal insumo para un proceso penal exitoso. Si consideramos importante la imposición de penas a los delincuentes, el resto de las personas deberían ser “cómplices” de la investigación penal.

Las dificultades a veces obedecen a la falta de consideración policial y judicial para con el testigo o la víctima. Es crucial el acercamiento con los jóvenes, que muchas veces visualizan a la policía como su enemigo. Otras, a la ausencia de reproche social para el delito investigado.

7. Durante el proceso penal existen decisiones relevantes en torno a la valoración de justicia. El imputado queda en libertad o privado de ella por prisión preventiva, en una etapa procesal adonde el juez no puede invocar su inocencia o culpabilidad. Esa detención es una pena anticipada, cualquiera sea la denominación que usemos.

Por ese motivo la decisión cautelar que disponga la libertad o detención debe ser tomada en un juicio cautelar, con consideración del valor justicia.

No puede extrañar la incomprensión de la víctima si el imputado permanece en libertad o la recupera en el transcurso del proceso, por una decisión adoptada sin debate. Tampoco la del imputado que permanezca detenido pese a la presunción de inocencia.

Es imprescindible implementar el juicio cautelar, adonde el fiscal exprese su pretensión de que el imputado quede sometido a prisión preventiva, y se resuelva por un juez, previo debate de las partes. Así se lo ha contemplado en los arts. 223 y ss., del nuevo Código de Procedimientos Penal de Santa Fe.

Lo mismo ocurre con la denominada morigeración de la prisión preventiva que permite al imputado gozar de la prisión domiciliaria, concurrir a su trabajo, etcétera, a veces con sistemas de seguridad adicional como vigilancia policial, presentaciones periódicas o pulseras electrónicas. No debería autorizarse sin previo debate, con participación de la víctima. El tiempo que permanezca bajo ese sistema lo computa el imputado como cumplimiento de la pena privativa de libertad que se le imponga. Por la duración de los procesos penales en las diversas instancias, aun resultando condenado, nunca cumplirá una pena de prisión efectiva, como hubiera ocurrido si estuviera excarcelado. Bajo la apariencia cautelar, el reparto real es una *sustitución de la pena* establecida para el delito.

El proceso se ha dividido, en aras de una mayor imparcialidad, en diversos órganos: juez de garantía, juez de sentencia y juez de ejecución. Cada juez tiene más imputados por menos tiempo. La imparcialidad no asegura la justicia de la decisión que se adopte, sino que es un instrumento predispuesto para ese fin. Pero la intervención del juez por lapsos temporales cada vez más breves, reduce la posibilidad que este tiene de desfraccionar, de hacer y conocer más. De allí que pueda existir tensión entre esta forma de asegurar la imparcialidad, y los requerimientos temporales para la consideración dikelógica.

8. Nos interesa, finalmente, considerar la pena privativa de libertad en su despliegue axiológico.

Para el integrativismo trialista es necesario verificar lo que sucede en la realidad social que, no es la mera privación de libertad en las condiciones que establece el artículo 18 de la Constitución Nacional, sino algo distinto, en gran medida con *efectos destructivos* sobre la personalidad del reo, porque *despersonaliza* en lugar de *repersonalizar*.

No sucede lo mismo en otros países del mundo. Las modelos argentinas detenidas en España durante el proceso por tenencia de drogas, por ejemplo, no sufrieron estas consecuencias.

En tres documentos recientes puede comprenderse la realidad de lugares de detención –cárcel y comisarías– en Argentina: la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso de las penitenciarías de Mendoza (2004); el pronunciamiento de la CSJN (2005) en la causa Verbitsky Horacio s/ Hábeas Corpus por detención en comisarías; y el Informe “Ojos que no ven. El sistema de残酷” de la Comisión Provincial de la Memoria –Comité contra la Tortura– de la Provincia de Buenos Aires. (2005/6).

La sentencia de la Corte Interamericana expresa que la penitenciaria de Mendoza ostenta el record de 16 reclusos muertos en un año, el último de ellos eviscerado y descuartizado, con una muestra de violencia inusitada; reclusos en condiciones infráhumanas, tales como falta de agua, de baños, encierros prolongados en celdas reducidas en las que los internos conviven con sus propios excrementos, hacinamiento, focos infecciosos producidos por ratas y sarna, etcétera otros. Los otros dos documentos son análogos en la gravedad de las circunstancias que los motivan.

Es extraño. Muchas víctimas, pese a su dolor, no avalarían la detención en esas condiciones de su victimario.

La detención implica el sometimiento del preso a las autoridades carcelarias y también a otros reclusos, la afectación de su dignidad, tal vez de su integridad física y libertad sexual. Recibe sometimiento y humillación, y en esta “ley del gallinero” está propenso a replicar esa conducta en otro más débil que él. ¿Cómo aprender el respeto, cuando no lo recibe ni lo transmite en la convivencia carcelaria?

La persona privada de libertad se convierte en un sujeto profundamente débil. Esta sometido a todo tipo de riesgos, muchos de ellos provenientes de la autoridad, sola o en connivencia con otros reos que tal vez

pudieran estar más allá de toda amenaza legal.

La sentencia o prisión preventiva se dictó mediante el debido proceso, con todas las garantías. Pero las penalidades cotidianas del privado de libertad carecen de tales garantías. Así la asignación del pabellón, o de los compañeros de celda, pueden significar una afectación más grave que la propia sentencia, tal vez la decisión sobre la vida o la muerte. Esto confiere un inmenso poder.

Pero, paradojalmente, adonde más imperiosa es la división, para que el poder controle y limite al poder, el diseño institucional permite la acumulación más alta que registra nuestro sistema jurídico. El sistema disciplinado de las fuerzas armadas, en el interior del penal, tomando las decisiones vitales para el privado de libertad, es inaceptable.

La pena debe tener un sentido personalizante, hay que infundirle a la persona y a su familia la esperanza, aún lejana, de una vida mejor rehabilitada. Pero la amenaza de privación de libertad en la cárcel, tiene hoy, el sentido del abismo, del fin de la existencia en términos de personalización.

El reparto real, la verdadera magnitud de la pena privativa de libertad, son las *condiciones carcelarias*, y no la cantidad de años que dice la sentencia.

El problema de la privación de libertad en estas circunstancias constituye un condicionante no siempre bien mensurado, porque impone opciones y límites en la conducta de los demás protagonistas y operadores.

Cuanto más gravoso sea el reparto que se obliga al juez a imponer, por las condiciones carcelarias, más fácil será que encuentre excusas para absolverlo o liberarlo. En muchos casos, hay que ser casi inhumano para firmar una sentencia condenatoria de cumplimiento efectivo.

El encarcelamiento en lugar distante hace desaparecer el derecho de defensa. En la cárcel bonaerense quién es trasladado pierde todo, y lo pasean por varias unidades carcelarias antes de llegar al Juzgado, con muy alta probabilidad de ser golpeado o violado. Debe optar entre ser víctima o ejercer su derecho de defensa. ¿Qué sistema carcelario no puede siquiera preservar la seguridad del recluso? Entonces, el detenido prefiere no entrevistarse con su defensor oficial, aún a costa de perder sus chances de defensa.

El sistema no cuida a la familia del reo, aunque no es difícil comprender que de ella depende que caiga en reincidencia. Si deja de visitarlo se cierra el único camino posible para su incorporación a la sociedad. Contrariamente, la familia sufre vejaciones para visitar al recluso

en el sistema penitenciario. Podríamos pensar en asistencia social, en traslados por unidad familiar, en pasajes y viáticos, cuyo costo siempre será menor que los efectos del delito.

Frente a la certeza de que irá a la cárcel, el delincuente se considera “jugado”. El delincuente no es positivista, sino que ve y comprende la realidad que le toca vivir, aunque la Constitución formal diga algo distinto. Posiblemente prefiera enfrentar a la policía para tratar de escapar. Y, la policía responde anticipándose a una eventual resistencia. Es un círculo de violencia incontenible.

9. Werner Goldschmidt nos dejó un legado significativo con la obra que motiva este homenaje, “La Ciencia de la Justicia (Dikelogía)”.

Conforme a sus enseñanzas, no debemos temer a la incorporación plena de la dimensión dikelógica en las distintas manifestaciones del derecho, sea legislativa, administrativa o judicial.

En especial, en la función judicial, incorporándola al debate de las partes y la exteriorización en los considerandos de toda decisión judicial significativa para la personalización del imputado o de la víctima.

La inseguridad que nos genere en el devenir cotidiano, se vera compensada con creces por una mayor comprensión y legitimación del accionar jurisdiccional.

LA DIKELOGÍA DE WERNER GOLDSCHMIDT EN EL DERECHO DE LA CIENCIA Y DE LA TÉCNICA

GABRIEL MAURICIO SALMÉN *

Agradezco a los organizadores su cordial invitación y celebro la feliz iniciativa que han tenido de conmemorar en esta Jornada el 50º aniversario de “La ciencia de la justicia (Dikelogía)” de Werner Goldschmidt.

El Derecho de la Ciencia y de la Técnica constituye una rama no tradicional del Derecho.

Las ramas no tradicionales del Derecho requieren –por esa falta de tradición que las caracteriza–, de una especial justificación de su autonomía y, a ese respecto, la dikelogía resulta determinante.

Una rama del mundo jurídico, para el trialismo, es *un conjunto de fenómenos jurídicos con características comunes en los sociológico, lo normológico y lo axiológico que culminan en una exigencia de justicia particular*.

Este requerimiento valorativo de soluciones especiales en el Derecho de la Ciencia y de la Técnica –adelanto–, está dado, a nuestro entender, *por la protección del ser humano como sujeto (en ningún caso objeto) de la actividad científica y técnica y fin último de la ciencia y de la técnica*.

El Derecho de la Ciencia y de la Técnica en su despliegue tridimensional puede ser construido como *el conjunto de repartos (adjudicaciones de potencia e impotencia promovidos por seres humanos) relacionados con el desenvolvimiento de la ciencia y de la técnica captados estos repartos por normas jurídicas, que los describen e integran y valorados, los repartos y las normas, por la justicia, o mejor aún, por un complejo de valores culminantes en la justicia*.

Cabe que nos preguntemos en primer lugar ¿qué es la ciencia? y ¿qué es la técnica?

Intentaremos dar una breve respuesta.

* Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

Hasta la segunda mitad del siglo XX existió una representación de la ciencia que ha pasado a ser conocida como la “*concepción heredada*”. En esta concepción se pasó del *empirismo* predominante, al método *hipotético-deductivo* como procedimiento de justificación *ex post* o inducción confirmatoria (a ese proceso se lo llamó, a su vez, *giro lógico*).

La ciencia así entendida resulta ser un *conjunto de teorías verdaderas o aproximadamente verdaderas, estructurado en forma axiomática en el que existe una conexión deductiva desde los enunciados más generales a los más específicos y cuyo desarrollo sigue un curso lineal y acumulativo*.

El cuestionamiento a esta concepción, desde Kuhn, principalmente, se produce a través de planteos eminentemente sociales y de estudios históricos e interdisciplinarios.

La ciencia comienza entonces a dejar de ser su propio y único juez, se derriba la distinción entre estudios internos y externos de la ciencia y luego se reciben los aportes de la nueva sociología de la ciencia y de los estudios culturales de la ciencia.

En conclusión, la filosofía y la sociología han subrayado el carácter *no neutral* de la ciencia y del conocimiento científico en general, la índole social de la comunidad científica y han puesto en duda que el saber científico pueda ser considerado un saber completamente distinto de otros tipos de conocimiento humano.

Conviene recordar que tanto la ciencia como la técnica no se limitan a los actos de producir descubrimientos o inventos o artefactos sino que debe apreciarse también el conjunto de acciones, intereses, necesidades, fines, poderes, etc. que la ciencia y la “*tecnociencia*” involucran.

La Técnica, por su parte, puede ser entendida en sentido amplio comprensiva de la técnica *empírica* o *artesanal* y la *tecnología*.

Simplificando los términos en homenaje a la brevedad, podemos decir que la técnica empírica es aquella no basada en la ciencia y, por el contrario, la tecnología está constituida por aquellas técnicas productivas o de interés económico basadas en la ciencia.

Siguiendo a Ciuro Caldani, podemos decir que la ciencia –no ya el Derecho referido a los fenómenos científicos– puede ser también, como el Derecho, susceptible de una construcción tridimensional que reconozca sus tres despliegues: *gnoseológico, lógico y ateneológico* (por Palas Atenea diosa de la ciencia y de la verdad). En el mismo orden de ideas, la tecnología podrá exhibir despliegues *fácticos, lógicos y axiológicos*.

En definitiva, ciencia y técnica pueden ser consideradas desde lo fáctico donde será relevante sobre todo la conducción humana –repartos– y las influencias humanas de tipo difuso, lo lógico, representado por juicios con sentido normativo y lo axiológico que presentará a la *verdad* como valor característico de la ciencia y a la *utilidad* como valor específico de la tecnología y ambos valores deberán articularse en relación de coadyuvancia con el resto del complejo axiológico culminante en el valor *humanidad*.

El Derecho de la Ciencia y de la Técnica, siguiendo esta misma línea de pensamiento también reconoce, por supuesto, una construcción tridimensional.

En lo sociológico, se presentan adjudicaciones de potencia e impotencia promovidas por conductas humanas (repartos) y por distribuciones.

Como bien dice Miguel Ángel Ciuro Caldani, la realidad nos muestra que en un mundo globalizado y con predominio capitalista, las fuerzas que orientan a la ciencia parecen cada vez más alejadas de las posibilidades de conducción de los hombres individualizables. Las poderosas fuerzas del mercado influyen sobre la selección de líneas de investigación y el establecimiento de prioridades en Ciencia y Técnica.

Los logros y los avances ya no dependen tanto de mentes brillantes sino de la cantidad de dinero que se aporte a los proyectos.

El *trialismo*, permite analizar estos múltiples aspectos de la cuestión que abarca la ciencia y que se pueden resumir, siguiendo a Javier Echeverría en cuatro contextos: a) Contexto de educación; b) Contexto de Innovación; c) Contexto de evaluación; d) Contexto de aplicación.

Ahora bien, corresponde a esta altura de la exposición que nos preguntemos cómo se relaciona la ciencia y la técnica con el Derecho y en este sentido podemos señalar que el contacto puede ser a través de posiciones más democráticas o más tecnocráticas. Podemos ejemplificar estas posiciones a partir de lo que ocurre en Estados Unidos, donde existe un sistema más fundado en la ciencia que en la política o el Derecho, aunque ahora cabe señalar que está experimentando una mayor apertura a partir del cambio de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia norteamericana, y en Europa que enfrenta los problemas derivados de la creciente desconfianza en la ciencia y se ve una línea que pasa por manejar la incertezza de la ciencia a través de mayor consulta, transparencia y participación ciudadana.

Recordamos que la especial exigencia de justicia del Derecho de la Ciencia y de la Técnica se vincula con el principio de protección del ser

humano como *sujeto* de la actividad científica y técnica y fin último de la ciencia y de la técnica. En otras palabras se caracteriza por la protección de la *dignidad* del hombre en su relación con la ciencia y la técnica, cualquiera fuere su relación: investigador, becario, auxiliar, sujeto de experimentación, etc.

Llegados a este punto podemos interrogarnos acerca de cuáles son los valores implicados en la ciencia y en la técnica.

En respuesta a ello, en primer lugar podemos afirmar que la ciencia y la técnica resultan ser portadores de valores propios. En el caso de la ciencia se reconocen una serie de valores –principalmente epistémicos o cognitivos, tales como coherencia, capacidad predictiva o explicativa, sencillez, etc.– culminantes en la verdad. Viene al caso recordar la interesante distinción que formula Werner Goldschmidt, en la obra cuyo aniversario celebramos, entre los caminos hacia la verdad, la verdad misma y la veracidad y que sólo los caminos hacia la verdad son repartibles y que todo encuentra su punto de partida en la libertad de pensamiento.

Pero a la par de estos valores que acabamos de señalar, también se reconocen valores sociales. Si recordamos a Merton, un precursor de la sociología de la ciencia, aparecen valores como la *originalidad* y la *humildad*, valores éstos que generalmente pugnan entre sí y que cabe armonizar.

Cada uno de los contextos que referíamos citando a Echeverría (educación, innovación, evaluación y aplicación) será el campo propicio para el predominio de determinados valores. El propio Echeverría (autor, entre otras obras, de una que lleva por título “*Ciencia y valores*”) desarrolla un enfoque que pretende ampliar los valores de la ciencia más allá de los valores epistémicos y que por ello se enrola en las llamadas *teorías integrales*.

A partir del carácter no neutral de la ciencia se pretende la incorporación de los *valores sociales* que se consideran profundamente vinculados a los epistémicos. Estos valores sociales tendrán más significación al tiempo de decidir las líneas estratégicas de investigación y en el contexto de aplicación y los valores epistémicos, mayor presencia en los contextos de innovación y evaluación.

Este complejo de valores propios de la ciencia y de la técnica al encontrarse éstas con el Derecho requiere de su integración en una complejidad pura con los valores de este último.

Así como con ocurre con la *verdad* donde hay una relación coadyuvante por integración mediante la referencia la valor humanidad, la

justicia tiene idéntica referencia al valor *humanidad*, donde encuentra su corolario como *deber ser cabal del ser*.

En definitiva el Derecho de la Ciencia y de la Técnica deberá apuntar a una valoración a través de un complejo de valores encabezados por un *principio de justicia* consistente en adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse en plenitud como persona, cualquiera sea el rol que ocupe en el complejo campo de actuación de la ciencia y de la técnica en un momento dado, en armonía con un conjunto de valores que reúna a todos aquellos que hemos mencionado como epistémicos y sociales, articulados en función de las características del caso.

Nuestra realidad nos ofrece múltiples ejemplos en los que este principio de justicia en juego armónico con valores epistémicos y sociales no se realiza plenamente, casos en los que la especial exigencia de justicia del Derecho de la Ciencia y de la Técnica queda insatisfecha. Viene ahora a mi memoria la precaria situación de trabajo de los becarios en numerosos ámbitos y los preocupantes avances del poder sobre la actuación de científicos y técnicos en el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos de los que dan cuenta a diario los medios informativos.

Por último y ya para terminar quiero recordar las palabras de Joseph Rotblat quien recibiera en 1995 el premio Nobel de la Paz. Rotblat resulta significativo porque fue el único científico que abandonó el proyecto Manhattan –el mismo que produjo finalmente las bombas arrojadas sobre Hiroshima y Nagasaki– por cuestiones morales y trabajó junto a Russell y Einstein en la concreción del manifiesto que lleva el nombre de estos últimos en pro de alertar sobre los peligros de las armas de destrucción masiva que son obra privilegiada de la ciencia y de la técnica.

Dijo Rotblat en consonancia con lo tantas veces señalado por Werner Goldschmidt –y con esto concluyo–: “*Recordad vuestra humanidad y olvidad el resto*”.

GOLDSCHMIDT, JUSTICIA Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO *

JORGE STÄHLI **

I. Observación inicial

El título del panel evidencia un espacio extraordinariamente amplio, generado por el Profesor Werner Goldschmidt.

En efecto tomando como punto de partida su obra, luego de cincuenta años de trabajo desde la aparición de la *Dikelogía*, es sencillo observar la impronta notable tanto en los análisis de los problemas clásicos como en la evolución subsiguiente de las fuentes de Derecho Internacional Privado.

Por eso decíamos, obviamente con algo de sorna, que el título del Panel encerraba una tautología.

II. Impacto sobre doctrina

“*Dikelogía*” y las obras de Goldschmidt sobre el Derecho Internacional Privado, donde la aprovecha integrándola a un marco teórico, han generado un impacto sobre el trabajo científico que puede sin lugar a dudas afirmarse que ha marcado un hito sobresaliente.

Las bondades de una teoría del Derecho se advierten, especialmente, en la medida que sirva para describir con plenitud la actividad de los operadores jurídicos. La comprensión del derecho como fenómeno complejo y el reconocimiento integrado de los aspectos fácticos, normativos y axio-

* Participación en el panel “Werner Goldschmidt y la Justicia en el Derecho Internacional Privado”, en la Jornada en conmemoración del 50º aniversario de “La ciencia de la justicia (Dikelogía)” de Werner Goldschmidt, organizada en el marco de la Maestría en Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 25 de agosto de 2008.

** Profesor adjunto en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

lógicos del fenómeno jurídico, en su desarrollo posterior a Goldschmidt, han tenido esa característica.

Luego de su intervención, incluso desde marcos teóricos diversos, resultó muy difícil eludir los planteos dikelógicos y los puntos de vista por él construidos.

III. Autonomía científica

Se generó entonces una más clara integración del análisis de justicia al análisis de la normativa jusprivatista, evidenciando así efectos sobre la construcción científica. Autores de diferentes concepciones, que trabajaron la materia, recurrieron al uso de las herramientas propuestas por Werner Goldschmidt o bien aprovecharon las tensiones por él señaladas como planteos desde la justicia.

También es posible marcar la incidencia que su obra tuvo en el discurso de los operadores, siendo en este punto posible resaltar las reiteradas referencias al valor Justicia en los considerandos de las sentencias.

En definitiva, el análisis de la materia Derecho Internacional Privado hoy aprovecha la Dikelogía. El sentido de justicia en el Derecho Internacional Privado pasará a formar parte de la identificación de la rama del derecho. Es destacable en este sentido que Werner Goldschmidt incluyó en el título de su obra de mayor difusión esta dirección (“Derecho de la tolerancia”). El modo especial de exigencia de justicia del Derecho Internacional Privado contribuyó a la construcción de la autonomía científica.

IV. Sobre el legislador

Los razonamientos derivados del concepto de justicia, residen en el substrato de la elaboración normativa. No parece posible construir fuentes relativas a la materia con independencia de la problemática resaltada en la “Dikelogía”.

En cierto sentido, señalar esta vinculación como una constante en la materia jurídica fue uno de los sentidos de la obra, como de las construcciones

posteriores del autor. De esta manera podía afirmarse que “vive” esa percepción en la razón social utilizada por Goldschmidt desde su explicación del reparto, como lo hace en las evaluaciones previas a la toma de decisión del productor de la fuente.

El mismo concepto es utilizado para comprender al legislador, argumentando sobre las fuentes elaboradas en décadas anteriores o sobre el propio Código Civil.

V. Evolución posterior

Tanto la magnitud del autor como la vinculación de los temas, se iluminan desde los desarrollos posteriores.

Los avances ulteriores en la comprensión de la justicia –y de la teoría del valor en general– y las posibilidades de aprehender desde el Derecho Internacional Privado las nuevas realidades sociales, en gran medida se deben a los avances originales del Profesor Werner Goldschmidt.

Como es natural que suceda, con el tiempo surgen avances que de alguna manera superan las enseñanzas de un maestro. Lo que pretendemos señalar en esta oportunidad es muy simple: en buena medida esos avances fueron posibles porque existió aquella manifestación inicial.

Normas Editoriales

1. Tipos de trabajos o contribuciones

La *Revista* aceptará trabajos inéditos del ámbito del Derecho en todas sus ramas y desde todas las perspectivas.

Las contribuciones podrán pertenecer a cuatro categorías:

- 1) *de investigación*,
- 2) *de revisión o aportes teóricos o metodológicos*,
- 3) *reseñas de libros*, y
- 4) *debates o ensayos*.

En los casos 1 y 2, los trabajos deberán ser originales, reflejar un sólido y actualizado conocimiento del estado del arte y representar una contribución real al conocimiento.

En el caso 1, los trabajos deberán reflejar rigurosidad en las metodologías utilizadas; en el caso 2, las contribuciones deberán reflejar rigurosidad en la argumentación. En el caso 3, las reseñas serán por solicitud de la dirección.

2. Formato de los trabajos

En lo posible, los trabajos deberán estar organizados del siguiente modo:

- 1) *Trabajos de investigación*: Introducción, Método, Resultados, Discusión y/o Conclusiones, Referencias, Tablas y Figuras (Extensión máxima: 15 páginas A4).
- 2) *Trabajos de revisión teórica*: Introducción, Desarrollo del tema (con sus correspondientes apartados), Discusión y/o Conclusiones, Notas, Referencias, Tablas y Figuras (Extensión máxima: 15 páginas A4).
- 3) *Reseñas bibliográficas*: Identificación del documento y Comentarios (Extensión máxima: 4 páginas A4).

En todos los casos, las citas textuales irán entre comillas, sin cursiva e insertadas en el cuerpo del párrafo correspondiente (sin ningún tipo de espaciado previo ni posterior).

3. Idioma

Los trabajos serán redactados en castellano, siendo obligatorio un resumen y un abstract, en español e inglés respectivamente, de entre 200 y 250 palabras cada uno. Asimismo, se deberán indicar, en ambos idiomas, entre 3 y 6 palabras clave.

4. Formato de presentación y envío

Los trabajos deberán ser presentados en formato electrónico, en archivo Microsoft Word, versión 6.0 o superior. El archivo se enviará como adjunto en un mensaje de correo electrónico simultáneamente a las direcciones:

mciuroc@arnet.com.ar y mnovelli@fder.unr.edu.ar

Los trabajos se organizarán como sigue:

Página 1: Título del trabajo, nombre y apellido de todos los autores, lugar o centro de trabajo, dirección postal, teléfono y dirección electrónica de contacto.

Página 2: Título del trabajo, resumen de entre 200 y 250 palabras, y palabras clave (entre 3 y 6). La misma información deberá ser presentada en inglés.

Resto de páginas: El cuerpo del trabajo se organizará de acuerdo a los apartados mencionados *supra*, en el punto 2. Tablas y gráficos se incluirán al final del trabajo, enumerados correlativamente según su correspondiente referencia en el texto.

En ningún caso deberá aparecer en las páginas dos y siguientes cualquier información que permita identificar a los autores.

Se utilizará página A4, interlineado sencillo y letra estilo Times New Roman 12.

El envío de un trabajo para su publicación implicará por parte de sus autores la autorización para su reproducción gratuita por parte de la revista por cualquier medio, soporte y en el momento en que se considere conveniente.

5. Citas

Las notas deberán constar a pie de página, con números arábigos, en letra estilo Times New Roman 10, siguiendo las siguientes pautas:

a- Artículo de revista

Ejemplo: CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Nuevamente sobre los efectos de la recepción jurídica en la cultura argentina”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Nº 29, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2006, págs. 49 y ss.

Para artículos de dos autores, se indicarán ambos, unidos por “y”. Para más de dos autores, se señalará el primero de ellos, seguido por “y otros”.

b- Libros

Ejemplo: GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6^a ed., 4^a reimp., Bs. As., Depalma, 1987.

Si son varios autores, se seguirá idéntico criterio que para los artículos.

c- Capítulo de libro

Ejemplo: CHAUMET, Mario, “El trialismo (la actualidad de una teoría del Derecho elaborada por un precursor visionario)”, en CIURO CALDANI, Miguel Ángel (coord.), NOVELLI, Mariano H. y PEZZETTA, Silvina (comp.), “Dos filosofías del Derecho argentinas anticipatorios. Homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossío”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007, págs. 27 y ss.

d- Reiteración de citas

Se procederá del siguiente modo:

I) Si se trata de la *reiteración de un trabajo citado en la nota inmediata anterior*, se colocará “Íd.”, seguido del/de los número/s de página/s.

II) Si se trata de la *reiteración de un trabajo citado en una nota que no sea la inmediata anterior*, se colocará el apellido del autor (sin el nombre de pila), seguido de “op. cit.” y del/de los número/s de página/s.

III) Si se trata de la *reiteración del trabajo de un autor del cual ya se han citado dos o más trabajos*, se colocará el apellido del autor (sin el nombre de pila), luego la primera palabra del título (entre comillas y seguida de puntos suspensivos) seguida de “cit.” y del/de los número/s de página/s. Si la primera palabra del título coincide con la de otro trabajo citado, se agregarán las necesarias para diferenciarlos.

6. Evaluación de los trabajos

Se utiliza el método de revisión de doble ciego, esto es, manteniendo el anonimato de los autores y de los evaluadores. Los resultados finales de la evaluación pueden ser:

- 1) *Trabajo Aceptado.*
- 2) *Trabajo Aceptado, sujeto a modificaciones.*
- 3) *Trabajo Rechazado.*

La decisión será inapelable.

Impreso en Marzo de 2010
en los Talleres Gráficos de
Librería Social Universitaria
Urquiza 2031 - Tel. (0341) 4259361
(2000) Rosario - Santa Fe - Argentina
e-mail: librariasocial@hotmail.com