

AUTORES

María José Briz - Jaime Ramiro Gallegos Zúñiga

María Paula Garat - Gabriel González Merlano

Aída Kemelmajer de Carlucci - Julio E. Lalanne - Laura Nahabetián Brunet

Gerardo Ribeiro Toral - Miguel Ángel Tomé - Flavio Tovani

Revista de Derecho

REVISTA DE DERECHO

*Publicación de la Facultad de Derecho
de la Universidad Católica del Uruguay*

2.^a época. Año 10 N.º 11 - JULIO 2015

ISSN 1 510-3714

Facultad de
Derecho
25 años



Universidad
Católica del
Uruguay

REVISTA DE DERECHO, 2º época. Publicación oficial de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, ininterrumpida desde el año 2006. Semestral e internacional. Publica artículos originales e inéditos sometidos a estrictos procedimientos de arbitraje anónimo, de "doble ciego", basados en parámetros éticos claros, con plenas garantías en cuanto a la evaluación objetiva por motivos exclusivamente académicos de cada uno de los trabajos que se presentan.

El objetivo es brindar una oportunidad real a todos los juristas y a los interesados en temas jurídicos, nacionales y extranjeros, de publicar y de acceder a artículos de alto nivel académico, notas de jurisprudencia, sentencias relevantes y novedades bibliográficas, sobre cuestiones jurídicas de actualidad para la profesión, la docencia y la investigación.

De esta edición:

© 2015 UNIVERSIDAD CATÓLICA
DEL URUGUAY

Dirección Postal

Av. 8 de octubre 2738- CP 11.600,
Montevideo, Uruguay.
Tel. (+598) 2487 2712- Fax. 2487 0323
Internet: <http://www.ucu.edu.uy>
Correo electrónico
publicacionesderecho@ucu.edu.uy
mhanna@ucu.edu.uy

Depósito legal 375.694 - Comisión Del Papel
Edición amparada por el Decr. 218/96
ISSN 1510-3714
ISSN on line: 2393-6183

Título-clave: Revista de derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho. En línea)

Título-clave abreviado: Rev. Derecho (Univ. Catól. Dámaso A. Larrañaga, Fac. Derecho. En línea)

Impreso en Uruguay- Printed in Uruguay
Todos los derechos reservados.

Diseño de cubierta: Taller de Comunicación

Paginado: Stella Fernández

Impreso y encuadernado en Mastergraf S.R.L.
Gral. Pagola 1823 - CP 11800 - Tel. 2203 4760*
Montevideo, Uruguay
e-mail: mastergraf@mastergraf.com.uy
www.mastergraf.com.uy

Revista de Derecho es una publicación
arbitrada. Incluida en:
Catálogo **Latindex**
Base de datos **Ebsco**

Sitio web de la publicación con acceso
a tablas de contenido, resúmenes
y normas de publicación en:
<http://revistadederecho.ucu.edu.uy>

The journal Revista de Derecho is included in:
Catálogo **Latindex**
Base de datos **Ebsco**
The table of contents, abstracts and publication
guidelines can be accessed at the website:
<http://revistadederecho.ucu.edu.uy>

**Por correspondencia y envío de material
dirigirse a:**

Facultad de Derecho de la Universidad
Católica del Uruguay.
Av. 8 de Octubre 2738, CP 11600,
Montevideo, Uruguay.
Teléfonos 2487 2717* - Fax 2487 5225.
publicacionesderecho@ucu.edu.uy

Por canje: Biblioteca P. Manuel Gutiérrez
Semprún, SJ: canje@ucu.edu.uy

Por suscripción: publicacionesderecho@ucu.edu.uy

Las opiniones vertidas por los autores en sus artículos no reflejan necesariamente el parecer de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. El contenido de cada trabajo es responsabilidad exclusiva de sus autores.

Requiem aeterna dona eis Domine

Et lux perpetua luceat eis

† **Fernando Nin Rial**

17-En-2015

El caballero es aquel que nunca infringe dolor, evita lo que pueda causar estridencia o sobresalto en la mente de los demás, evita todo enfrentamiento de opiniones, se preocupa porque todos se hallen a gusto, es afectuoso con todos, sabe con quién y de qué habla, interpreta todo favorablemente, no es mezquino en sus discusiones, es prudente y tiene buen sentido, nunca es injusto, es sencillo y sólido, breve y eficaz. Respeta la piedad y la devoción, es amigo de la tolerancia (...) estos son algunos de los rasgos del carácter ético formado por un intelecto cultivado, al margen de los principios religiosos.

John Henry Newman, *Discursos sobre el fin y la naturaleza de la educación universitaria*,
Traducción, introducción y notas de José Morales.
Pamplona, EUNSA, 1996, pp. 210-211

COMITÉ EDITORIAL

Carlos Delpiazzo
Decano
(Universidad Católica del Uruguay)

Martín Riso Ferrand
(Universidad Católica del Uruguay)

Mabel Rivero
(Universidad Católica del Uruguay)

Marta Hanna de Rosa
Secretaria de redacción
(Universidad Católica del Uruguay)

COMITÉ CIENTÍFICO

Alberto **Tarsitano** (*Universidades Austral, Belgrano y San Andrés, Argentina*)
Alejandro **Abal Oliú** (*Universidad de la República, Uruguay*)
Amadeo **Ottati** (*UCU, Uruguay*)
Ángel **Landoni** (*Universidad de la República; Universidad de Montevideo, Uruguay*)
Arnoldo **Wald** (*Universidad del Estado de Río de Janeiro, Brasil*)
Augusto **Durán Martínez** (*UCU, Uruguay*)
Carlos Antonio **Nedel** (*Unisinos, Brasil*)
Carlos **Barbé** (*UCU, Uruguay*)
Carlos **De Cores** (*UCU, Uruguay*)
Cecilia **Fresnedo** (*UCU, Uruguay*)
Didier **Operti** (*UCU, Uruguay*)
Domingo **García Belaunde** (*Universidad Católica de Perú, Perú*)
Efraín Hugo **Richard** (*Universidad Nacional de Córdoba, Argentina*)
Francisco **Fernández Segado** (*Universidad Complutense, España*)
Giuseppe **Gandolfi** (*Universidad de Pavia, Italia*)
Graciela **Ruocco** (*UCU, Uruguay*)
Humberto **Nogueira Alacalá** (*Universidad de Talca, Chile*)

Ian **Woischnik** (*FKA, Alemania*)
Íñigo A. **Navarro Mendizábal** (*Universidad de Comillas, España*)
Jaime **Rodríguez-Arana Muñoz** (*Universidad de la Coruña, España*)
Jean **Stoufflet** (*Universidad Clermont Ferrand, Francia*)
Jesús **María Casal** (*Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela*)
José Luis **Cea Egaña** (*Universidad Católica de Chile, Chile*)
José María **Gamio** (*UCU, Uruguay*)
Juan **Blengio** (*Universidad de la República, Uruguay*)
Juan Carlos **Cassagne** (*Universidad de Buenos Aires, Argentina*)
Juan Pablo **Cajarville** (*Universidad de la República, Uruguay*)
Julio C. **Otaegui** (*Universidad de Buenos Aires, Argentina*)
Leslie **Van Rompaey** (*Uruguay*)
Luca **Mezzetti** (*Universidad de Bologna, Italia*)
Luis **Aguiar De Luque** (*Universidad Carlos III, España*)
Luis **Fernández de la Gándara** (*Universidad Complutense, España*)
Luis **Fernando Álvarez** (*Universidad Javeriana, Colombia*)

Marc **Lacoursière** (*Universidad Laval, Canadá*)

María **Wonsiak** (*Universidad de la República, Uruguay*)

Mariano **Negrón** (*Universidad Interamericana de Puerto Rico, Puerto Rico*)

Milagros **Otero Parga** (*Universidad de Santiago de Compostela, España*)

Néstor **Sagüés** (*Universidad de Buenos Aires, Argentina*)

Oscar **Sarlo** (*Universidad de la República, Uruguay*)

Paulo **De Barros Carvalho** (*Pontificia Universidad Católica de San Pablo, Brasil*)

Pierre **Lemieux** (*Universidad Laval, Canadá*)

Rafael **Illescas Ortiz** (*Universidad Carlos III, España*)

Raúl **Cervini** (*UCU, Uruguay*)

Raúl A. **Etcheverry** (*Universidad de Buenos Aires, Argentina*)

Ricardo **Nissen** (*Universidad de Buenos Aires, Argentina*)

Romeu Felipe **Bacellar Filho** (*Universidad Federal de Paraná y Pontificia Universidad Católica de Paraná, Brasil*)

Santiago **Carnelli** (*Universidad de la República, Uruguay*)

Siegbert **Rippe** (*Universidad de la República, Uruguay*)

Silvio **Gambino** (*Universidad de Calabria, Italia*)

Walter **Guerra** (*UCU, Uruguay*)



**AUTORIDADES
UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE URUGUAY**

Mons. DANIEL STURLA SDB
Gran Canciller

P. ALEJANDRO TILVE SJ
Vice Gran Canciller

P. EDUARDO CASAROTTI SJ
Rector

Dr. ARIEL CUADRO
Vicerrector Académico

Ing. OMAR PAGANINI
*Vicerrector de Gestión Económica y
Desarrollo*

P. ÁLVARO PACHECO SJ
Vicerrector del Medio Universitario

Dra. SANDRA SEGREDO
Secretaría General

**AUTORIDADES
FACULTAD DE DERECHO**

Dr. CARLOS DELPIAZZO
Decano

Dra. MARÍA JOSÉ BRIZ
Secretaría Académica

Dr. GABRIEL VALENTIN
Coordinador de Abogacía

Prof. Esc. BEATRIZ RAMOS
Coordinadora Académica de Notariado

Dra. MARIELLA SAETTONE
*Coordinadora Académica de
Investigaciones*

Dra. MARTA HANNA DE ROSA
Coordinadora de Publicaciones

Dr. MARIO SPANGENBERG
Coordinador de Aspirantías

Índice

DOCTRINA

EL PRINCIPIO DE BUENA FE EN EL PROCESO DE MEDIACIÓN The principle of good faith in the mediation process <i>María José Briz</i>	13
MEDIDAS DE DEFENSA COMERCIAL EN EL CONTEXTO DE LA OMC Y LAS CONTROVERSIAS PROMOVIDAS EN EL MARCO DE SU SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE PAÍSES LATINOAMERICANOS Trade defence measures in the context of WTO <i>Jaime Ramiro Gallegos Zúñiga</i>	27
EL TRATAMIENTO DEL DERECHO A LA SALUD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS The right to health in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights <i>María Paula Garat</i>	59
PERSPECTIVA JURÍDICA DE LA LIBERTAD RELIGIOSA Y LA LIBERTAD DE CONCIENCIA <i>Gabriel González Merlano</i>	81
PRÁCTICAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO ANÁLISIS DESDE LA NUEVA LEGISLACIÓN ARGENTINA Abusive practices in consumer contracts in Argentina <i>Aída Kemelmajer de Carlucci</i>	105
LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO The principles of Labour Law <i>Julio E. Lalanne</i>	135

DEPARTAMENTOS Y ÁREAS

Dr. AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ

Departamento de Derecho Administrativo

Dr. CARLOS DE CORES

Departamento de Derecho Civil

Dra. ADRIANA BACCHI

Departamento de Derecho Comercial y Bancario

Dr. MARTÍN RISSO FERRAND

Departamento de Derecho Constitucional

Dra. CECILIA FRESNEDO

Departamento de Derecho Internacional

Dr. RAÚL CERVINI

Departamento de Derecho Penal

Dr. WALTER GUERRA

Departamento de Derecho Procesal

Dr. JORGE FERNÁNDEZ REYES

Área Agroambiental

Dra. MABEL RIVERO

Área de Familia

Pbro. Dr. GABRIEL GONZÁLEZ

Área Humanística

Dr. JUAN JOSÉ SALGADO

Área Social

Dra. ALICIA RODRÍGUEZ GALUSSO

Área de Formación Profesional en Abogacía

Esc. BEATRIZ RAMOS

Área de Formación Profesional en Notariado

TENSIÓN ENTRE EL DERECHO A LA PRIVACIDAD Y DERECHO A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN: UN ANÁLISIS DESDE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Tension between right to privacy and right to freedom of information

Dra. Laura Nahabetián Brunet 179

LA CONSTRUCCIÓN RETÓRICA DE LA REALIDAD EN LOS JUICIOS ORALES
Rhetoric construction reality in the oral trial

Gerardo Ribeiro Toral 211

MODIFICACIONES DEL PAGO DEL PRECIO EN ARRENDAMIENTOS INTRODUCIDAS POR LA LEY DE INCLUSIÓN FINANCIERA NRO. 19.210

Changes to the payment of the price in leases, Law 19.210

Miguel Ángel Tomé 233

PROBLEMATICHE DELLA PROCREAZIONE ASSISTITA:

UNO SGUARDO COMPARATIVO TRA FRANCIA E ITALIA

Problems of the assisted reproduction: a comparative view between France and Italy

Flavio Tovani 247

RECENSIONES

Informe final de la Comisión de Verdad de Brasil: Verdad tardía sin Justicia

Kai Ambos - Eneas Romero 273

Patricio Sabadini,

De entropía y enemigos. Un ensayo sobre derivas hobbesianas, modernidad y discursos de la exclusión

Pablo Galain Palermo 279

Reglamento

de la Revista de Derecho

Universidad Católica del Uruguay

Law Journal regulation

Normas formales para publicaciones de la Facultad de Derecho

Editorial standards 271

DOCTRINA

El principio de buena fe en el proceso de mediación

The principle of good faith in the mediation process

*María José Briz**

RESUMEN: En este artículo se analiza el principio de la buena fe y su influencia en el proceso de la mediación. En base a estudios doctrinarios, se estudia la aplicación del principio de buena fe dentro del proceso de mediación y como éste debería incidir en las conductas de quienes participan de dicho proceso.

ABSTRACT: In this article the principle of good faith and its influence on the process of mediation is analyzed. Based on doctrinal studies, the principle of good faith in the mediation process is studied and how this should influence the behavior of those involved in this process.

PALABRAS CLAVES: Mediación. Valores (Filosofía). Principio de buena fe. Marco ético.

* Máster en Resolución alternativa de conflictos. Universidad Católica del Uruguay.
E-mail: mbriz@ucu.edu.uy

KEY WORDS: Mediation. Values. (Philosophie). Principle of good faith , Ethical Framework.

SUMARIO: **1.** Introducción. **2.** El concepto del principio de buena fe... **3.** Marco ético del proceso de mediación. **4.** El principio de buena fe en el proceso de mediación. **5.** Aplicación del principio de buena fe por parte de quienes intervienen en el proceso de mediación. **6.** Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Los seres humanos no seríamos lo que somos ni estaríamos donde estamos si nuestros planteamientos éticos no existieran. La esencia moral nos pertenece de la misma manera que nos pertenecen otras capacidades como ser las emocionales o las del pensamiento.

Nos conviene ser morales a los efectos de convivir. No es bueno dejar de ser morales tanto en nuestra vida personal ni tampoco en nuestras profesiones. Como seres humanos percibimos que acatar ciertas normas morales es un bien para nosotros y para toda la sociedad, por eso las interiorizamos como personas y las trasmitimos como profesionales en el área que nos desarrollemos.

En el proceso de mediación hablar de ética y del principio de buena fe dentro de ese marco ético va bastante más allá que de un mero planteamiento deontológico.

El concepto de mediación que tomaremos como base de análisis es su enfoque como profesión no solo como un proceso con la finalidad de alivianar la carga de trabajo de los Tribunales en donde un tercero imparcial busca lograr un acuerdo entre dos partes que se encuentran enfrente por un conflicto

A través del proceso de mediación el mediador busca encontrar lo que es bueno y deseable para los seres humanos, cómo deben comportarse consigo mismo, con aquellos que los rodean y con la sociedad de que forman parte, en el contexto de la propia competencia y capacidad de cada ser humano para encontrar las soluciones por más complejas que estas parezcan o sean. El mediador sirve a la sociedad pero no desde un rol de “reparar” a las personas sino ayudándola a través de las técnicas del proceso a que consigan sus propios objetivos.¹

¹ FABREGAT, Alfonso. “Ethos, a propósito de la mediación” en *Revista en mediación*. Vol 7. Número 174. Editorial Acuerdo justo, 2012, pp. 21-40.

En esa búsqueda del bien por los demás, que incursiona el mediador a través del proceso es evidente que se está involucrado en un marco ético del mismo, a través de sus principios, particularmente en la aplicación del principio de la buena fe.

Para lograr aplicar dicho principio dentro del marco ético general del proceso de mediación, no implica que el mediador deba trabajar solamente dentro de las normas éticas y valores que podrían o no estar compiladas en algún código (dependiendo de cada país); sino que debe tomar conciencia de su propio “ethos” como persona, y esto no se puede reducir únicamente en su proceso de formación (traducido como una asignatura a aprobar) sino que debe tratarse de una reflexión crítica para con su propia persona al vivir su vocación de mediador durante el ejercicio de dicha profesión.

Este trabajo tiene como finalidad a través del análisis doctrinario transmitir una visión ética de la mediación mediante la aplicación del principio de buena fe en la mediación en todos los aspectos del proceso; tanto desde la perspectiva del proceso en sí, desde el rol del mediador en el mismo y desde la actitud de las partes o cualquier otra persona que interviene en el mismo.

Consideramos que una profesión como es la mediación no debería definirse solamente por la aplicación de las técnicas para lograr solucionar un conflicto por el cual se encuentran enfrentadas las partes sino que debería definirse por los valores que esta profesión conlleva.

Según Deyer

(...) las cuestiones éticas impregnan la vida profesional, del mismo modo que todos los aspectos del desarrollo profesional implican ética. Esta interviene en el ingreso de una profesión (en general, por medio de la admisión de una escuela profesional), al menos implícitamente en la selección de los candidatos que y han demostrado una ética de trabajo con sus logros universitarios y quizás también explícitamente en los intentos de selección a candidatos que reflejen el valor de la profesión. La ética puede formar parte de la educación por su inclusión formando parte en un plan de estudios y más implícitamente en el proceso de asimilación por parte del candidato de las normas de profesión. Finalmente, la ética participa en la disciplina profesional, pudiendo condicionar incluso la expulsión de aquellos miembros de la profesión que han transgredido el código de ética².

Es evidente, que en una sociedad como la que vivimos, en donde el sistema de valores está en crisis, cuando una persona tiene un conflicto y decide acudir a un proceso de media-

² DYER, Alfonso. “La psiquiatría como profesión” en *Ética psiquiátrica*. Editorial Triacastela. Madrid, 2001. p. 76.

ción no requiere únicamente una persona que sea especialista en el arte de mediar a través de todos sus principios sino también que esa persona pueda actuar a través de principios éticos y morales donde sienta que sus intereses y derechos están protegidos.

2.

EL CONCEPTO DEL PRINCIPIO DE BUENA FE

El concepto del principio de buena fe es uno de los más difíciles de precisar en el Derecho pues se trata de una de las nociones que mayor alcance y amplitud ha adquirido desde que fue concebida por los jurista romanos.

Sin perjuicio de esto, no podemos dejar de reconocer, que a pesar de sus dificultades para poder definirlo, en la actualidad reviste una gran importancia ya que se configura como uno de los principios generales del derecho incluso dándole la calidad por algunos autores de supremo y absoluto; y en muchas normas como por ejemplo en el Código Civil alemán instalado como principio rector en la cúspide del Derecho de las Obligaciones³

Es importante señalar que dicho principio es utilizado como eje inspirador en el sistema de obligaciones y contratos a nivel internacional tal como reflejan los principios de Unidroit (art. 1.7)⁴

Delpiazzo ⁵analizando los principios generales del Derecho analiza las tres palabras que componen su nombre siendo oportuno aplicarlo al estudio del principio de buena fe.

En primer lugar, afirma el autor, los principios generales del derecho son principios ya que constituyen un verdadero cimiento cumpliendo la triple función de servir como criterio de interpretación de normas estrictas, de colmar lagunas o vacíos normativos y de constituir el medio más idóneo para asegurar la unidad dentro de una pluralidad de preceptos que se aplican en determinado ámbito.

En segundo lugar, son reglas de carácter general como su mismo nombre lo dice, trascienden un precepto concreto no tratándose de apreciaciones particulares.

Y en tercer lugar, también como su nombre lo dice son de Derecho, se tratan de formular técnicas del mundo jurídico.

³ MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligaciones* Volumen I. Casa editorial S. A. Barcelona, 1993. Pp.. 256-284.

⁴ <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>

⁵ BRITO, Mariano, CAJARVILLE, Juan Pablo; DELPIAZZO, Carlos y DURAN, Augusto. *Los principios del Derecho Administrativo Uruguayo*. Montevideo. Editorial Amalio M. Fernández. Montevideo, 2009, pp. 32-37.

Es decir, el principio de buena fe de acuerdo al análisis realizado es sin lugar a dudas un principio del derecho ya que cumple la triple función de servir como criterio de interpretación, es integrador de vacíos normativos y constituye una función integradora de los preceptos que integran el orden jurídico aplicable a un determinado conflicto formulando una técnica al mundo jurídico.

Gamarra clasifica a la buena fe como una cláusula general junto al orden público, las buenas costumbres, la diligencia del buen padre de familia, justa causa, entre otros.⁶

Según el autor la finalidad de dicha cláusula es otorgarle libertad de interpretación a quien le es asignada la tarea de interpretar una norma jurídica y poder disciplinar el mayor número de casos con un contenido abierto, a fin de integrar el sistema otorgando valor jurídico a comportamientos no codificados.

Considera que dicha cláusula por sí no es capaz de determinar ninguna regla, necesita de un intérprete para que sea viable su aplicación.

Según la posición de Gamarra⁷ lo que logra el juez a través de su sentencia o el mediador a través de su acuerdo es “vehiculizar” el principio de buena fe creando de esta manera a nivel judicial una “jurisprudencia de valores”

Ordoqui Castilla⁸ estudia el concepto de buena fe definiendo al mismo como un estándar jurídico citando a Statti como la medida de conducta social susceptible de adaptarse a las particularidades de cada hipótesis determinada.

Es decir, cuando hacemos referencia a la buena fe como estándar jurídico el juez o el mediador debe tener como referencia un modelo de conducta exigible en determinado lugar y en determinado momento basándose en la experiencia y realidad de cada situación. La aplicación de este estándar debe estar regido por principios y valores.

El autor concluye siguiendo la posición de Aida Kemelmajer que la buena fe es un principio general del derecho que la ley da forma por medio de un estándar jurídico o cláusula general.⁹

En este marco la buena fe se presenta como un concepto flexible que permite conectar el orden jurídico aplicable con el entorno social donde este se aplica.

⁶ GAMARRA, Jorge. *Buena fe contractual*. Editorial Fundación de Cultura Universitaria. 2011, Montevideo, p.12-20.

⁷ GAMARRA. *Buena fe contractual*. p.12-20.

⁸ ORDOQUI, Gustavo. *Buena fe contractual*. Montevideo. Ediciones Del Foro. Montevideo, Año 2005. Pp. 38-44

⁹ ORDOQUI. *Buena fe contractual*. pp. 38-44.

El concepto de buena fe no hace referencia a una cuestión íntima en la conciencia de cada individuo sino que puede ser objetivada en acciones socialmente esperadas para una determinada sociedad.

Esto significa que el concepto de dicho principio va a variar dependiendo de la cultura y la época en la que lo contextualizamos. De modo que variará el alcance de la aplicación de dicho principio en un proceso de mediación dependiendo del lugar y el momento en que este se realice.

3.

EL MARCO ÉTICO DEL PROCESO DE MEDIACIÓN.

Todo proceso de mediación implica la intervención de cómo mínimo dos personas con intereses contrapuestos.

Toda conducta humana está motivada por la selección de intereses y valores. Siempre que hay una conducta, hay que suponer que se han tomado previamente decisiones basadas en criterio de valor o utilidad, y estas decisiones afectarán inevitablemente en el futuro a la configuración de poder de los sistemas sociales envueltos¹⁰.

En la actualidad se está realizando por parte de muchos países del mundo un esfuerzo para integrar formas alternativas a las jurisdiccionales para que los particulares puedan solucionar sus controversias. Así también muchas instituciones están integrando dichos mecanismos para resolver sus controversias institucionales.

Si bien esta permeación de una “al menos aparente” opción preferencial por las soluciones no adversariales significa en sí una actitud positiva, valiosa, a favor de la paz social, del entendimiento humano y dirigida a la mejor satisfacción de los intereses de las personas, no se termina el asunto optando por dichos mecanismos sino que se presenta una reflexión ineludible sobre las bases filosóficas y especialmente éticas en las cuales se asientan estas opciones sociales como vías alternativas de solución de conflictos a la tradicionalmente usada jurisdiccional.

Dichas prácticas sociales son creadas y desarrolladas dentro de cada contexto cultural y dentro de ellos expresan y reproducen normas y valores importantes, es decir, la mediación

¹⁰ CARAM, María Elena. “La mediación también educa”. *En Mediación en la Argentina*. Buenos Aires. Editorial Libra. Año 1995. pp. 27-29.

como método alternativo de resolución de conflictos se sentará en cada sociedad en sus principios éticos que siempre son básicos y evidentes para esa cultura.

Al llegar las partes a la mediación, por estar envueltas en el conflicto creado, ya se han movilizado sus apreciaciones éticas acerca de que es justo o injusto en la situación que los preocupa y en base a eso han tomado posiciones. En definitiva, estas posiciones son las que se han llevado a las partes a optar por esta vía alternativa de resolución para resolver el conflicto al que se ven enfrentadas. Es en estas situaciones donde deberíamos cuestionarnos sobre el impacto ético de la intervención mediadora.

Ética se define aquí como un sistema de criterios para determinar la elección correcta del curso de acción, de lo bueno. La unidad básica de la ética es el acto individual seleccionado de acuerdo a estos criterios. La ética trata de investigar estos criterios, a veces inconscientes, y clarificarlos adecuadamente para que puedan ser aplicados de manera consistente en la evaluación de la conducta propia.

Dentro de este marco ético del proceso de la mediación está presente el denominado principio de buena fe el cual debe orientar la actuación del mediador y de las partes o cualquier tercero que interviniera.

Todo proceso de mediación trae implícito un proceso de negociación entre las partes que debe ser necesariamente regido por el principio de buena fe.

4.

EL PRINCIPIO DE BUENA FE EN EL PROCESO DE MEDIACIÓN

El proceso de mediación debe necesariamente basarse en el principio de buena fe ya que ambas partes al decidir participar en dicho proceso están decidiendo tratar de resolver el conflicto que las tiene enfrentadas de una manera óptima y lograr de esta manera un acuerdo viable. Para lograr lo buscado por las partes es fundamental que el proceso esté regido en su totalidad por dicho principio por parte del mediador, de ambas partes y de algún tercero si participase.

Este principio ha de estar presente durante todo el proceso, desde el inicio hasta que este concluya ya que afecta todo el contenido del acuerdo, si lo pactado no se realizó de buena fe ese acuerdo seguramente no sea eficaz debido a la falta de cumplimiento por las partes.

La buena fe acompaña el cumplimiento de otros principios que rigen el proceso, como ser la voluntariedad, esa voluntariedad debe ser real y acompañada de la buena fe de las partes, es decir, estas no pueden tener voluntad de actuar en el proceso para conseguir un beneficio o con la finalidad de evitar que la otra parte inicie un proceso judicial. Lo mismo ocurre con la figura del mediador. La voluntariedad de las partes y del mediador se traduce en que quienes participen en el proceso lo hagan con la única finalidad de lograr un acuerdo al conflicto planteado o por lo menos de poder lograr la comunicación entre las partes que están afectadas por el conflicto a los efectos de lograr un acuerdo¹¹.

El principio de buena fe también debe acompañar necesariamente el principio de imparcialidad que rige al mediador. El mediador debe asegurar en el proceso el equilibrio de ambas partes, es decir, este hecho se traduce en la participación efectiva de ambas partes en el proceso de mediación.

Algunas legislaciones, le imponen al mediador que en el caso que ese equilibrio no se logre se debe dar por concluido el proceso. Villaluenga¹² en desacuerdo con esta imposición que en reiteradas ocasiones las reglamentaciones prevén manifiesta que regido por el principio de buena fe si ambas partes tuvieran interés en continuar con el proceso hasta el final aunque no se llegue a un acuerdo, el mediador no debería concluir un proceso.

Coincido con dicha posición ya que muchas veces el proceso no tiene como finalidad conseguir un acuerdo sino transformar la relación entre las partes como vía para que puedan resolver los conflictos que se le presenten en el momento que se está llevando el proceso o en el futuro.

En cuanto al principio de confidencialidad en el proceso también es fundamental que ambas partes y el mediador actúen de buena fe. Si las partes o el mediador utilizaran el proceso para obtener información a los efectos de ser relevada con otros fines, actuarían de mala fe violando el principio de confidencialidad que hace a la naturaleza del proceso de mediación.

¹¹ GARCÍA VILLALUENGA, Leticia. *La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y comerciales* Editorial Tecnos. Madrid, 2003 pp.717-756.

¹² GARCÍA VILLALUENGA. *La mediación a través de sus principios*. pp.717-756.

5.

LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE BUENA FE POR QUIENES INTERVIENEN EN EL PROCESO

Como ya hemos venido analizando la aplicación del principio de buena fe debe regir la conducta de las partes, del mediador y de cualquier tercero que participe en el proceso.

En cuanto al comportamiento de las partes debe estar regido por los valores éticos que rigen el proceso de lo contrario será imposible que el sujeto pueda participar en el mismo.

Dicho valores se traducen en comportamientos como ser:

- disposición y actitud colaborativa en el proceso.
- respeto mutuo con todos los participantes.
- la honestidad como único medio para lograr la solución del conflicto.
- la confidencialidad de la información dada en el proceso.
- la actitud colaborativa en la búsqueda de las soluciones.
- la apertura y flexibilidad para evaluar otras alternativas de solución que pudiera surgir del proceso.
- la persecución en la búsqueda de la solución más beneficiosa para todas las partes que participan en dicho proceso.

En cuanto a la participación de terceros el principio de buena fe debería traducirse a través de iguales comportamientos a lo que se detallo para las partes.

En cuanto a la figura del mediador debe regirse también por los valores éticos que rigen el proceso y que se traducen en la aplicación del principio de buena fe de la siguiente forma:

- El mediador debe actuar de forma imparcial en el proceso, no debe estar comprometido con ninguna de las partes, debe incentivar que las partes exploren posible y viables acuerdos. El mediador debe examinar sus propios prejuicios y si percibe que pudiera presentarse alguno, basado en el principio de buena fe que debe regir su comportamiento debe tener la capacidad de autoexcluirse del proceso.
- La confidencialidad debe estar presente en la actuación del mediador en todo el desarrollo del proceso. Debe actuar de buena fe en cuanto a la obtención de la

información. Dicha información no puede ser utilizada con otra finalidad que la de conseguir lograr un acuerdo que solucione el conflicto que afecta a las partes que intervienen. Existen algunas excepciones en este tema que se presentan en el caso de la mediación en el ámbito penal que son que del proceso surgiera la existencia de algún hecho delictivo o que alguna persona tuviera en riesgo su integridad psíquica o física.¹³

- El principio de buena fe también condiciona el comportamiento del mediador en cuanto a su neutralidad condicionándolo a actuar en el proceso basándose en el manejo exclusivo de sus técnicas, destrezas y en la información objetiva que va recibiendo en el proceso. Implica que el mediador debe prescindir totalmente de sus apreciaciones personales o valoraciones subjetivas en cuanto a las partes, a sus posiciones o intereses así como las posibles soluciones del proceso. De acuerdo a dicho principio el mediador en el caso que percibiese que no está pudiendo ser neutral frente al proceso debe abandonar el mismo.
- No debe el mediador realizar falsas promesas ni garantías con respeto al resultado del acuerdo basándose en la prudencia y veracidad que traduce el principio de buena fe.
- No debe actuar como profesional de ninguna de las parte que intervienen en el proceso ya que no lograría la imparcialidad que implica el referido principio.
- Debe sugerir la participación de especialistas cuando considerara que este hecho aporta a una gestión óptima del conflicto.
- Debe respetar la actuación de otros mediadores que pudieran haber actuado en el proceso aunque no estuviera de acuerdo como hubieran actuado no debiendo realizar críticas a la actuación de los mismos durante el proceso.
- Con respecto a la institución que depende, deberá mantener los patrones en calidad en la formación, actualización y especialización exigidos por la institución.
- Debe cooperar en la calidad de los servicios prestados por la institución.

¹³ VAZ FLORES, Hortencia, "El Buen Mediador", en *Mediación en la Argentina*, Vol. 2, Fundación Libra, Buenos Aires, 1992, p. 39.

6.

CONCLUSIONES

La mediación como método de resolución alternativa de conflictos es una materia emergente, actual y su desarrollo al igual que el resto de los denominados sistemas de resolución alternativa de conflictos son una respuesta a la apuesta de los Estados frente a la necesidad de mejorar el acceso a la justicia en la actualidad.

Sin perjuicio, aplicar la mediación responde a un concepto amplio de hacer justicia desde y para sus protagonistas. Son ellos quienes acuerdan la solución y se sienten conformes a ella.

Hacer mediación dentro de un marco ético implica necesariamente referirse a los principios que la configuran y aceptarlos.

Una de las grandes riquezas de la mediación es que en ella intervienen profesionales de diversos ámbitos (psicológicos, sociología, jurídico, educativo, empresarial, etc) y si bien cada profesional tiene un marco ético propio de su profesión, la mediación presenta estándares de conducta ética y valores que le son propios y que el profesional debe adquirir a los efectos de poder ejercer la profesión de “mediador”.

La buena fe como principio general que debe regir todos los procesos de mediación abarca también el deber de imparcialidad, neutralidad, confidencialidad, entre otros como deberes secundarios pero no menos importantes de conducta del mediador, de las partes y de cualquier tercero que intervenga en el proceso.

En el marco del proceso de mediación la buena fe supone en resumen una colaboración honesta y leal entre las partes, exteriorizada en comportamientos razonables y coherentes entre sí y cuyos objetivos finales son la conclusión de un acuerdo mutuamente satisfactorio o el desarrollo de un proceso de mediación que sin llegar a un acuerdo obtenga resultados positivos, en cuanto a la mejora del vínculo de las partes en el presente y futuro, y a la resolución del conflicto.

Dicho principio se ha convertido en la piedra angular en todos los ámbitos de solución de conflictos. Sus aplicaciones son variadas e importantes debido a que los efectos que de ellas derivan para la vida de la comunidad.

En particular en el campo de la mediación cabe destacar la vital función que el principio de buena fe cumple enriqueciendo el elenco de derechos y deberes de las partes e imponiéndose como principio rector en las relaciones entre particulares.

Tanto dicho principio como todos los que rigen el proceso de mediación deberían ser recogidos en algún tipo de documento en donde quede plasmado que además de que los

mediadores tienen obligaciones respecto a otros códigos éticos inherentes a su profesión de origen deberían tener también obligaciones éticas con respecto a la profesión de mediador.

Pero no será suficiente tener un código de ética en donde se recojan los principios de la mediación entre los que se encuentra el principio de buena fe para asegurar que dichos principios se apliquen en los procesos de mediación. Y este hecho no implica devaluar la existencia de un código de ética referido a la profesión, al contrario es poner de manifiesto que es fundamental establecer patrones éticos dentro de la profesión.

Pero esos principios que rigen a la mediación y el conjunto de valores que representan que estarán allí regulados deben ser personalizados por quienes participan en dicho proceso. Es decir, deben ser vividos de su ser persona¹⁴ para poder transmitirlos en el proceso.

Para citar este artículo:

Briz, María José, “El principio de buena fe en el proceso de mediación” en *Revista de Derecho- UCU*, 11 (Julio 2015), pp. 13-25

Recibido: 30/03/2015

Revisado: 17/4/2015

Observado: 7/05/2015

Aceptado: 30/05/2015

¹⁴ FABREGAT, Alfonso. “Ethos, a propósito de la mediación” en *Revista de-mediación*. Vol 7. Número 174. Editorial Acuerdo justo, 2012 pp. 21-40.

Medidas de defensa comercial en el contexto de la OMC

*Controversias promovidas en el marco
de su sistema de solución de controversias
entre países latinoamericanos*

Trade defence measures in the context of WTO

*Jaime Ramiro Gallegos Zúñiga**

RESUMEN: El presente estudio busca exponer las distintas medidas de defensa comercial que se contemplan en la OMC, el dumping, los derechos compensatorios a las subvenciones y las salvaguardias, como excepciones temporales y especiales a los compromisos de los Estados miembros de reducir sus aranceles y facilitar el comercio de bienes.

Asimismo, se exponen, una a una, las distintas controversias, que respecto a esta clase de medidas de protección de los productores locales se han dado entre los países latinoamericanos, desde la implementación del sistema de solución de controversias de 1995, que nos permitirá conocer el efectivo cumplimiento de las pautas de ese organismo multilateral y algunos de los temas sensibles en el tráfico comercial regional.

PALABRAS CLAVES: Organización Mundial de Comercio (OMC). Dumping. Subsidios. Competencia desleal. Defensa de la competencia. Derecho Comercial. Chile. América Latina

* Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. E-mail: jgallegos@derecho.uchile.cl

ABSTRACT: This study seeks to expose the different trade defense measures contemplated in the WTO, dumping, countervailing subsidies and safeguards, as temporary and special exceptions to commitments of Member States to reduce their tariffs and facilitate trade in goods.

In the same line, exposed one by one, the various disputes that regarding this kind of measures to protect local producers have been among Latin American countries, since the implementation of the system of dispute resolution from 1995, which will allow us to know effective compliance of the guidelines of this multilateral organization and some sensitive issues of regional commercial traffic.

KEY WORDS: TWO. Dumping. Subsidies. Unfair competition. Defense of competition. Commercial Law. Chile. Latin America.

SUMARIO: **1.** Introducción. **2.** Dumping. Exportaciones a precio más bajo que el “valor normal”. **3.** Subvenciones y derechos compensatorios. **4.** Salvaguardia (o cláusula de escape). **5.** Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Desde la creación de la Organización Mundial de Comercio (en adelante OMC) en 1995, se establecieron nuevas reglas multilaterales comunes para la venta internacional de mercaderías, lo que demanda de los actores que desarrollan esta clase de operaciones¹ no sólo atender a la regulación nacional pertinente, que usualmente establece requisitos y condiciones para la exportación e importación de bienes, sino que también supone tener claro los principios y normas contenidos en el GATT (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio), de 1994, atendido que, por lo demás, esa preceptiva ha llevado a modificaciones internas, a objeto de homologar los ordenamientos jurídicos locales, con la finalidad de contar con un marco normativo más uniforme, certero y claro.

El GATT descansa en principios de prohibición de la discriminación, nación más favorecida, reciprocidad en los compromisos, reducción de los aranceles y prohibición de los obstáculos no arancelarios al comercio².

Si bien uno de los mecanismos con que se ha tratado de liberalizar el comercio internacional, ya desde el GATT de 1947, fue la reducción de los aranceles, y luego, la consolidación de estos, en cuyo mérito los Estados miembros, en principio, no pueden aumentar las tasas correspondientes más allá de un porcentaje máximo ya acordado (arancel consolidado), el sistema admite que los integrantes de esa entidad multilateral, en casos excepcionales³, puedan eximirse de esos compromisos, en el evento en que por conductas de competencia desleal (llevadas a cabo por productores que exportan los bienes o por las propias autoridades

¹ Álvaro JARA LINETZKY, “Salvaguardias, Derechos Antidumping y Derechos Compensatorios. La defensa comercial y el sistema chileno” en *Revista del Abogado*, 2014 (61), pp. 19-21.

² Matthias HERDEGEN. *Derecho Económico Internacional*, Thomson Civitas, 2005, Cizur Menor, p. 170.

³ Guillermo CABANELLAS “La defensa del mercado interno: antidumping y salvaguardias” en Carlos CORREA (Coord.) *Comercio Internacional: del GATT a la OMC. Disciplinas y Solución de Controversias*, Eudeba, 2009, Buenos Aires, p. 194.

de donde esos productores tengan asiento) o por motivos de urgencia, ello sea irremediablemente necesario.

A este respecto, es menester indicar que las medidas de defensa comercial admitidas como una excepción a la aludida rebaja de los aranceles son tres, las medidas antidumping, las medidas compensatorias a las subvenciones y las salvaguardias.

Dicho lo anterior, preliminarmente nos corresponde advertir que la adopción de las medidas que pasaremos a analizar con este trabajo, deben interpretarse de manera restrictiva, puesto que en su defecto, acudiendo a ellas se podría burlar los principios y las reglas del comercio internacional. En razón de ello, podemos adelantar que, en los casos en que se han impugnado esas medidas excepcionales en el seno de su sistema de solución de controversias, los organismos pertinentes han tendido a rechazar la adopción de esta clase de acciones, dada la falta de acatamiento riguroso de las condiciones y procedimientos por parte del Estado que las invoca y adopta.

Así, y claro lo anterior, nos cabe afirmar que con el establecimiento de reglas exigentes y requisitos conocidos y objetivos habilitantes a que se adopten medidas de defensa comercial, se busca que los Estados miembros de esa entidad multilateral no puedan cerrar arbitrariamente sus mercados a exportadores foráneos, aduciendo la concurrencia de las circunstancias que permiten su implementación.

De hecho, se ha sostenido que el establecimiento de salvaguardias por diferentes países y el aumento de los subsidios a determinados sectores, por parte de las autoridades europeas y de Estados Unidos, fue uno de los puntos centrales que llevaron a las negociaciones de la Ronda de Uruguay, iniciadas en 1986, dados los obstáculos que esas acciones reportaban en el comercio internacional, y que por ello, uno de los principales beneficios de la citada Ronda fue quebrar la tendencia proteccionista que se venía dando en la década de los ochentas⁴, a través de los acuerdos pertinentes que limitaban la posibilidad de acudir a esas prácticas.

El objetivo de este trabajo es revisar los requisitos que permiten a un Estado miembro poder impetrar alguna de ellas, haciendo referencia a los casos en que las partes en disputa han sido países de América Latina entre sí, para poder tener claro cuáles son los temas sensibles en el comercio intrarregional, y también poder extraer, pautas jurisprudenciales

⁴ Ernesto TIRONI. *La Organización Mundial de Comercio y la Ronda Uruguay. Manual para empresarios*, Editorial Dolmen, 1995, Santiago, pp. 48-61; Ricardo BASALDÚA. *La Organización Mundial del Comercio y la regulación del comercio internacional*, LexisNexis, 2007, Buenos Aires, pp. 285-286; Guillermo CABANELLAS "La defensa del mercado (...)", pp. 111-118.

de la OMC, que sirvan de antecedente a las autoridades pertinentes antes de adoptar estas limitaciones al acceso de la importación de bienes.

De una revisión general es útil mencionar que a partir del año 2000 se muestra un aumento de litigación y de la utilización del mecanismo de solución de controversias por parte de diferentes Estados miembros, entre ellos los países latinoamericanos, que —entre otras materias— impugnaron recurrentemente las medidas de defensa comercial adoptadas⁵.

A su turno, a nivel global, a esta fecha, podemos decir que 126 casos han tenido como reclamantes a países de América Latina, y 91 como reclamado, lo que también denota el rol —relativamente— activo que han asumido dichos Estados en la defensa de sus intereses.

De esas 126 controversias, 46 han sido dirigidas contra países latinoamericanos, de las cuales 29 han versado sobre medidas de defensa comercial, en cuyo mérito creemos oportuno, exponer las condiciones establecidas para la adopción de éstas, como también una revisión general de aquellos conflictos.

Ahora bien, como premisa necesaria, estimamos procedente advertir que el sistema de solución de controversias de la OMC admite que la parte reclamante, ya sea que haya alcanzado un acuerdo o no con el país denunciado, pueda no proseguir con las distintas fases del proceso contemplado al efecto⁶, motivo por el cual, como se verá durante el desarrollo de este trabajo, muchas controversias no llegaron siquiera a la fase de la conformación de un Grupo Especial, y por ende, no culminaron con un pronunciamiento del organismo multilateral respecto a la licitud o ilicitud de la medida de defensa comercial sometida a análisis.

2.

DUMPING. EXPORTACIONES A PRECIO MÁS BAJO QUE EL “VALOR NORMAL”

a) Definición

El dumping se ha conceptualizado como la oferta de bienes para la exportación a unos precios inferiores que los existentes en el país de origen⁷, que provocan o amenazan causar un daño en aquel donde esas mercaderías son importadas.

⁵ Juliana SALLES ALMEIDA. “Una década de funcionamiento del sistema de solución de diferencias comerciales de la OMC: avances y desafíos” En *Serie Comercio Internacional*, 2006 (65). p. 11.

⁶ Jaime GALLEGOS ZÚÑIGA. “Las sanciones contempladas por el incumplimiento de los acuerdos del comercio internacional” En *Revista Derecho y Humanidades* (Universidad de Chile) 2010 (16). pp. 191-192.

⁷ Matthias HERDEGEN. *Derecho Económico Internacional*, p. 175.

Con esta medida lo que se busca evitar es un productor extranjero haga una discriminación internacional de precios⁸, puesto que se presume que está llevando a cabo esa acción a objeto de desplazar a los demás competidores del mercado, para luego hacer abuso de posición dominante, y aun cuando pudieren haber otros móviles que le induzcan a incurrir en esa conducta, como, por ejemplo, la finalidad de liquidar mercaderías sin provocar una rebaja de precios en el mercado local o la ejecución de una estrategia de penetración en mercados extranjeros, esta acción se mira, de por sí, como negativas, puesto que operan sobre el entendido que el altruismo no actúa dentro de la lógica empresarial⁹.

Sobre el particular, puede sostenerse que hay mayor probabilidad que se presente este fenómeno en el evento en que el empresario aproveche economías a escala y existan barreras de acceso que impidan el ingreso de competencia en el mercado de origen, lo que le permite mantener precios altos en aquél, y discriminar y vender al extranjero a un precio menor¹⁰.

b) Antecedentes

Esta conducta, que se mira como atentatoria a la libre competencia se tipificó primeramente en la legislación de Canadá a comienzos del siglo XX y luego se incorporó en los ordenamientos jurídicos de diferentes países¹¹.

Por su parte, cabe recordar que el acuerdo específico que desarrolló esta materia, que ya estaba incorporada en el artículo VI del GATT de 1947, se verificó luego de concluida la Ronda de Tokio de 1974¹².

Asimismo, también procede advertir que a nivel latinoamericano, aún antes de la creación de la OMC, ya resultaba ser un tema recurrente, y así en 1994 Chile ya había acudido al GATT para denunciar prácticas de dumping contra harina de trigo proveniente de Argentina y calzado originario de China, a través de la imposición de derechos antidumping del 7 y 10%, respectivamente, por el plazo de un año¹³.

⁸ José Manuel POLO. *Comercio Internacional. Teoría y Técnicas*, Editorial Universidad de Granada, 2007, Granada. p. 243.

⁹ Juan Antonio ÁLVAREZ AVENDAÑO y Claudio LIZANA ANGUITA. *Dumping y Competencia Desleal Internacional*, Editorial Jurídica de Chile, 1995, Santiago, p. 45.

¹⁰ Pierino LÓPEZ RAYGADA. "El papel del Derecho Administrativo en la aplicación de medidas de defensa comercial en el comercio internacional de bienes" En ASOCIACIÓN PERUANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO. *Derecho Administrativo*, Jurista Editores, 2004, Lima, p. 368.

¹¹ Monserrat MILLET. *La regulación del comercio internacional: del GATT a la OMC*, Estudios La Caixa, 2001, Barcelona, p. 125.

¹² Ernesto TIRONI. *La Organización Mundial (...)*, p. 30; Claudio RODRÍGUEZ GALÁN, Jorge SÁNCHEZ DÁVILA. *Derecho de los Negocios Internacionales*, Editorial Porrúa, 2008, México D.F. pp.

¹³ Ernesto TIRONI. *La Organización Mundial (...)*, p. 30.

Luego, como resultado de la Ronda de Uruguay surge el Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del GATT de 1996 o Código Antidumping (AAD), que es la actual normativa multilateral que regula esta materia.

c) Configuración del Dumping. Venta bajo valor normal

El AAD considera que se incurre en dumping, cuando el producto ha sido introducido a un país a un precio inferior al de su “valor normal”, si el precio de exportación del aquél es menor a ese en que se transa tal bien en relaciones ordinarias de comercio, respecto de un producto similar en el país exportador.

Para efectos de determinar el “valor normal”, la OMC ha establecido 3 criterios, el primero dice relación con el precio de venta en el país del cual procede la mercadería.

Ahora bien, si ello no fuere posible, porque allí no se dan condiciones de mercado o porque la comercialización del producto en particular es insignificante, se hace necesario acudir al precio de venta de ese bien en un tercer país, si en ese sitio sí se dan las condiciones de mercado y magnitud aludidas.

Luego, si por las mismas causales ya señaladas, tal monto no pudiere utilizarse con este objetivo, será necesario atender al valor reconstruido de la mercadería, que corresponderá a los costos de producción en que incurre el fabricante más una ganancia razonable.

La diferencia entre el precio de importación y su “valor normal” se denomina “margen de dumping”¹⁴, el que requerirá que se someta a los ajustes necesarios, a fin de que tales sumas sean comparables¹⁵.

d) Otros requisitos. Daño importante y relación de causalidad

Una regla fundamental en materia de defensa comercial es la exigencia de acreditar el daño importante o la amenaza de daño (artículo 3 del AAD) a una rama de la producción nacional, que ya exista o pueda existir, puesto que también se admite la adopción de esta restricción cuando se constata que el ingreso de los bienes bajo su valor normal está retrasando la creación de tal rama manufacturera local (artículo VI.a GATT, de 1994).

La demostración de ese daño o amenaza de daño debe efectuarse con pruebas positivas, para lo cual será necesario efectuar un examen imparcial del volumen de las importaciones objeto de dumping y el efecto de éstas en los precios de productos similares en el

¹⁴ Claudio RODRÍGUEZ GALÁN, Jorge SÁNCHEZ DÁVILA. *Derecho de (...)*, pp. 147.

¹⁵ Monserrat MILLET. *La regulación del comercio (...)*, p. 130.

mercado interno, y también la consiguiente repercusión de esas importaciones sobre los fabricantes nacionales de esos productos (artículo 3 del AAD).

También es menester tener a la vista que el antedicho AAD ha precisado criterios para determinar los costos involucrados, que ayudarán a establecer de manera efectiva cuál es el mencionado “valor normal” en cuestión, lo que en definitiva, hará más exigente para el Estado miembro que quiera adoptar un derecho antidumping el demostrar la relación causal y el daño causado en la producción nacional, puesto que se requiere que se ponderen todos los factores económicos involucrados al efecto, exigiendo, asimismo que se les dé a todas las partes interesadas la posibilidad de presentar las pruebas que estime del caso¹⁶, sin que en ese proceso sea admitido actuar discrecionalmente o sin la debida fundamentación.

A su turno, es necesario advertir que el daño o la incidencia de las importaciones en cuestión deben ser “relevantes”, habida consideración que si el dumping es “*de minimis*”, esto es, que si el porcentaje es inferior al 2% del precio de exportación del producto el volumen de las importaciones es insignificante, y representa menos del 3% del importe total de las importaciones del bien de la especie, no procederá la aplicación de esa medida y la investigación iniciada sobre ese asunto deberá terminarse de inmediato.

Además, debe demostrarse la correspondiente relación de causalidad entre la conducta investigada y los descritos efectos nocivos en el Estado importador (artículos 3.5 a 3.7 AAD).

e) Procedimiento habilitante para adoptar medidas antidumping

Con fines de publicidad, y para que todos los interesados puedan intervenir en el proceso impetrado al efecto (artículo 6 AAD), la normativa de la OMC exige que todas las medidas antidumping preliminares o definitivas, se notifiquen de manera pronta y pormenorizada al Comité de Prácticas Antidumping de ese organismo.

Los legitimados activos para solicitar que el Estado donde se importan los bienes establezcan esa clase de restricción comercial son las ramas de la producción nacional, entendiéndose por tal, el conjunto de los fabricantes nacionales de los bienes similares, o aquellos de entre ellos cuya elaboración conjunta constituya una proporción importante, ascendente al 50% de la producción nacional de una mercadería similar (artículos 4 y 5.4 del AAD).

¹⁶ Claudio RODRÍGUEZ GALÁN, Jorge SÁNCHEZ DÁVILA. *Derecho de (...)*, p. 144; Ernesto TIRONI. Ernesto TIRONI. *La Organización Mundial (...)*, p. 31.

f) Medida antidumping

Como premisa preliminar, y dado que la OMC no se vincula con empresas o con particulares, el papel que le compete en esta materia, no es sancionar al productor en específico que ejecuta las acciones de dumping, sino que verificar que el Estado que está implementado o ha implementado una medida antidumping, lo ha hecho conforme a la normativa multilateral¹⁷.

Acreditada la práctica de dumping, siguiendo para ello el procedimiento pertinente, caracterizado por la publicidad y la posibilidad de intervención de los interesados, la medida que puede aplicarse es el establecimiento de una cuota compensatoria, la que afectará a la fracción arancelaria específica del bien investigado y sancionado, que implicará un porcentaje *ad valorem* (o específico) del valor total de la mercadería.

El artículo VI del GATT autoriza percibir ese derecho antidumping, siempre que no exceda del “margen de dumping” del producto en cuestión. En virtud de lo cual, la medida que se adopte no puede generar el efecto de que el precio del bien de la especie termine siendo más alto a aquél en que se comercia en el de su mercado de origen.

Asimismo, se restringe la extensión de las medidas definitivas, estableciendo que aquellas sólo permanecerán en vigor el tiempo y en el evento que sean necesarias para contrarrestar el dumping que esté causando daño, y que expirarán, como máximo, luego de 5 años desde la fecha de su imposición (artículo 11 del AAD), a menos que se determine que de suprimirlas, es probable que los efectos nocivos que se buscan impedir continúen o reaparezcan.

Por otra parte, es necesario advertir que si se adoptan medidas antidumping provisionales, éstas no pueden exceder los cuatros meses, o por excepción hasta seis (artículo 7 AAD)

A su turno, otra alternativa que expresamente se contempla en el artículo 8 del AAD es alcanzar compromisos relativos a los precios, en cuya virtud se pueden suspender o dar por terminados los procedimientos sin imposición de medidas provisionales o derechos antidumping si el exportador comunica que asume voluntariamente el compromiso de revisar sus precios y regularizarlos hacia el valor normal.

Aparte de lo señalado, también es interesante comentar que en la Unión Europea se ha sugerido que se amplíen los derechos antidumping, para poder sancionar también a las medidas de elusión —en consonancia con las reglas presentes en su normativa comunitaria previa a los cambios introducidos con ocasión de la adopción de los compromisos asumidos

¹⁷ José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS. *Sistema de Derecho Económico Internacional*, Thomson Reuters Civitas, 2010, Cizur Menor, p. 185.

como miembro de la OMC— que se producirían en el evento en que un productor afectado por esa clase de medida de defensa comercial envíe las piezas separadas al país que decidió aplicar esa restricción, para que allí se proceda a su ensamblaje.¹⁸

g) Régimen preferente para los países en desarrollo

En esta materia no hay un tratamiento preferencial efectivo que beneficie a los países en vías de desarrollo de manera certera, como ocurre en las otras dos alternativas de defensa comercial, como se verá más adelante, puesto que el artículo 15 del AAD sólo dispone que los países desarrollados miembros al aplicar una medida de esta clase deberán tener particularmente en cuenta la especial situación de los países en desarrollo, por lo que antes de su adopción se encuentran en la necesidad de explorar la posibilidad de hacer uso de “soluciones constructivas”, nomenclatura ambigua que conduce a bastante incertidumbre, respecto a qué debe entenderse por tal.

Ahora bien, el tenor de aquella disposición en lo que atañe a esa última expresión, a juicio de algunos autores¹⁹ demandaría que los países desarrollados adopten conductas activas o positivas conducentes dar efectivamente un trato especial cuando los bienes provienen de esos mercados.

h) Controversias suscitadas a nivel regional

A poco andar de la entrada en vigencia de la nueva normativa de la OMC, la primera controversia en que un país latinoamericano denunció a otro, tuvo lugar a fines de 1995, con la DS 23²⁰, en que México solicitó la celebración de consultas respecto a la investigación antidumping en relación a determinados bienes tubulares para exploración y explotación petrolera procedentes de esa nación, por parte de Venezuela. Sin embargo, no llegó a formarse un Grupo Especial, dado que Venezuela decidió terminar la investigación iniciada al efecto.

Luego, en 1996, una vez más México reclamó contra una investigación antidumping, que esta vez se había iniciado en Guatemala respecto el cemento Portland proveniente de ese país, lo que generó la DS 60²¹.

Sobre este particular, en junio de 1998 el Grupo Especial constató que Guatemala no había cumplido las prescripciones del párrafo 3 del artículo 5 del AAD al iniciar la inves-

¹⁸ Monserrat MILLET. *La regulación del (...)*, p. 132.

¹⁹ Ana MANERO SALVADOR. *OMC y Desarrollo*, Editorial Tirant Lo Blanch, 2006, Valencia. pp. 303-305.

²⁰ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds23_s.htm

²¹ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds60_s.htm

tigación basándose en unas pruebas de dumping, de daño y de relación causal que no eran “suficientes” para justificarla.

Esa decisión que fue apelada por el país denunciado.

En atención a ese recurso, el Órgano de Apelación, por aspectos procedimentales y de competencia, dejó sin efecto la decisión descrita, sin pronunciarse en definitiva respecto al fondo del asunto.

Dado el veredicto recientemente enunciado, México, en 1999, solicitó nuevamente la celebración de consultas respecto a la imposición de los derechos antidumping definitivos por parte de Guatemala a las importaciones del citado cemento, lo que se transformó en la DS 156²².

Pronunciándose respecto a esta contienda, el informe del Grupo Especial se distribuyó el año 2000, concluyendo que la iniciación por Guatemala de una investigación, la realización de esa investigación y la imposición de una medida definitiva a las importaciones de cemento Portland gris contra una empresa mexicana, entre otros fundamentos, había resultado incompatible:

- Con el párrafo 3 del artículo 5 del AAD, puesto que no habían pruebas suficientes de existencia de dumping, como tampoco de la amenaza de daño que justificara la iniciación de una investigación de ese tipo;
- Con el párrafo 5 del artículo 5 del AAD, puesto que no se entregó, a su debido tiempo, a México la notificación atinente;
- Con el párrafo 1.1 del artículo 12 del AAD, en razón de que se infringieron normas sobre avisos públicos de inicio de investigación;
- Con el párrafo 1.3 del artículo 6 del AAD, dado que no se facilitó, a su debido tiempo, a México ni a la empresa investigada, el texto completo de la solicitud de esas indagaciones;
- Con los párrafos 1.2 y 4 del artículo 6 del AAD, habida cuenta que no se dio acceso al expediente de investigación a México, como tampoco a la empresa investigada;
- Con el párrafo 2 del artículo 6 del AAD, atendido que no se brindó plena oportunidad de defender sus intereses a la empresa investigada;

²² https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds156_s.htm

- Con del párrafo 9 del artículo 6 del AAD, en razón de la falta de comunicación a todas las partes involucradas de los hechos esenciales considerados, que sirvieron de base para la decisión aplicada;
- Con los párrafos 1, 2 y 5 del artículo 3 del AAD, dado que no se tuvo en cuenta las importaciones realizadas por otra empresa en la determinación de existencia del daño y de la relación causal, y
- Con el párrafo 4 del artículo 3 del AAD, puesto que no se evaluaron todos los factores pertinentes al examinar el impacto de las importaciones supuestamente objeto de dumping en la rama de producción nacional.

Atendido lo resuelto, según comunicó Guatemala —en diciembre de ese año 2000— se dejaron sin efecto los derechos antidumping impugnados.

En ese mismo contexto, es menester presente que el año 2000, México solicitó, en la DS 182²³, la celebración de consultas al Ecuador respecto a la adopción de medidas antidumping provisorias emprendidas, también contra el cemento procedente de ese país reclamante. Sin embargo, en esta materia no llegó a formarse el Grupo Especial.

Sería luego, con la DS 191²⁴, solicitada ese mismo año, que una vez más México acudió a esta vía de inicio de solución de controversias por las medidas antidumping definitivas adoptadas por el Ecuador. Mas, tampoco se conformó el Grupo Especial pertinente.

A su turno, con la DS 216²⁵, de 2000, Brasil solicitó la celebración de consultas por la medida antidumping provisional adoptada por México respecto a transformadores eléctricos. No obstante ello, no llegó a constituirse el Grupo Especial respectivo.

Con la DS 241²⁶, de 2001, Brasil solicitó la celebración de consultas respecto a la aplicación de medidas antidumping, por parte de Argentina, a importación de pollos, rebatiendo el procedimiento seguido, como también algunas conclusiones alcanzadas por las autoridades de esa nación rioplatense.

En junio de 2002 se constituyó el Grupo Especial, distribuyendo su informe en abril de 2003, en el cual se concluyó que el país denunciado había violentado diferentes normas del AAD.

Luego, con la DS 272²⁷, Argentina, en octubre de 2002, solicitó la celebración de consultas respecto a la aplicación de medidas antidumping provisorias por parte del Perú a

²³ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds182_s.htm

²⁴ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds191_s.htm

²⁵ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds216_s.htm

²⁶ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds241_s.htm

²⁷ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds272_s.htm

aceites vegetales de girasol, soja y sus mezclas procedentes del país denunciante, por haberse vulnerado diversos aspectos del AAD. No obstante ello, en definitiva, no se formó el Grupo Especial respectivo.

El 2005, Guatemala requirió la celebración de consultas a México, con la DS 331²⁸, sobre las tuberías de acero procedentes del país reclamante.

El año 2006 se constituyó el Grupo Especial, que en junio de 2007 distribuyó su informe, en el que se constataba que la iniciación y la realización de la investigación y la imposición de una medida antidumping definitiva sobre las importaciones aludidas resultaban incompatibles con las disposiciones de los párrafos 3 y 8 del artículo 5, los párrafos 1, 2, 4 y 5 del artículo 3 y los párrafos 3, 5, 6 y 7 del Anexo II del AAD.

En atención a ello, en enero de 2008, México dejó sin efecto los derechos antidumping citados, que gravaban los bienes en cuestión provenientes de Guatemala.

Más adelante, en diciembre de 2006, Argentina, con la DS 355²⁹, solicitó la celebración de consultas respecto a la aplicación de medidas antidumping por parte de Brasil a diversas resinas de politereftalato de etileno proveniente de ese país.

A mediados de 2007, se constituyó el Grupo Especial, el que cesó sus trabajos, ya que en enero de 2008, la Cámara de Comercio Exterior de Brasil había adoptado la decisión de suspender los derechos antidumping cuestionados.

En mayo de 2009, Argentina, con la DS 393³⁰, solicitó la celebración de consultas por la aplicación de medidas antidumping, por parte de Chile, respecto a trigo proveniente de esa nación, por infringir, a su juicio, el artículo VI del GATT, como también diversas disposiciones del AAD. Sin embargo, no llegó a formarse el Grupo Especial correspondiente.

Luego, en mayo de 2010, Perú, a través de la DS 410³¹, solicitó la celebración de consultas respecto a la aplicación de medidas antidumping definitivas adoptadas por parte de Argentina respecto a la importación de cadenas y cremalleras, provenientes de ese país.

Se impugnaba que el inicio de investigación se basó en una prueba del “valor normal” correspondiente a un precio, que a juicio del denunciante no resultaba ser representativa de las ventas internas en Perú.

Además, se discrepó que se haya acreditado fehacientemente el daño en la rama de la producción local.

²⁸ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds331_s.htm

²⁹ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds355_s.htm

³⁰ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds393_s.htm

³¹ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds410_s.htm

Asimismo, al adoptar la medida, Perú denunciaba también que no se tomó en cuenta la información que le proveyó el exportador. No obstante estas reclamaciones, el Grupo Especial no llegó a constituirse.

De los casos en que han controvertido países de la región, como también los restantes que se han ventilado en el seno de la OMC, se constata que —usualmente— se imponen estas medidas de defensa comercial, sin que esté demostrada la existencia del dumping³², en los términos que esa entidad exige.

3.

SUBVENCIONES Y DERECHOS COMPENSATORIOS

a) Definición

Un subsidio “es una contribución financiera efectuada por un gobierno o cualquier entidad que constituye una forma de ingreso o soporte al precio que beneficie al productor de una mercancía de exportación”³³.

Opera en el caso que el Estado de donde proviene el bien concede a su productor un tratamiento especial, consistente en medidas discriminatorias, ya sea tendiente a la exportación de las mercaderías o bien, excluyendo de tales ventajas, o franquicias a aquellos fabricantes que utilizaren insumos importados.

Verificada esta situación se permite la aplicación de derechos compensatorios a aquellas mercaderías que no compiten en igualdad de condiciones, ya que en atención de esas subvenciones se obtuvo una rebaja inadmisibles en los costos correspondientes.

Como puede deducirse, este tipo de medidas afecta principalmente a los países en vías de desarrollo o menos adelantados, cuyas autoridades públicas, generalmente, no cuentan con los recursos para ayudar a sus productores, y que a la hora de comerciar con bienes originarios de Estados en que sí se entregan esos subsidios se encuentran en una posición desfavorable³⁴.

³² José Manuel POLO. *Comercio Internacional. Teoría y Técnicas*, p. 244.

³³ Claudio RODRÍGUEZ GALÁN, Jorge SÁNCHEZ DÁVILA. *Derecho de (...)*, p. 154.

³⁴ Ernesto TIRONI. Ernesto TIRONI. *La Organización Mundial (...)*, p. 32; Alieto Aldo GUADAGNI, Jorge KAUFMANN. “Comercio Internacional y pobreza mundial” En *Revista de la CEPAL*, 2004 (64). pp. 83-97.

b) Antecedentes

El Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (en adelante ASMC), que se generó de la Ronda de Uruguay, según ha dicho la doctrina³⁵, constituyó un avance sustancial respecto a la regulación a lo entonces vigente, puesto que se precisaron muchos aspectos que no contaban con definiciones precisas y claras.

Antes de la adopción de ese acuerdo, fue Estados Unidos el país que promovió mayor número de controversias invocando esta causal, atendido que, entre otros aspectos, su normativa no exigía que se acreditase el daño en la producción local³⁶.

Como cuestión previa hay que destacar que las subvenciones en la agricultura se mantienen al margen de esta normativa, y cuentan con una preceptiva especial en los artículos 3.1 y 5.2 del Acuerdo sobre Agricultura de la OMC.

En este orden de consideraciones, es del caso mencionar que uno de los temas centrales del entrabado debate de la Ronda de Doha son las ayudas que entregan los gobiernos a sus agricultores, y si bien la Ronda de Uruguay logró que los países acordasen reducir en un 20% las ayudas entregadas en ese ámbito en un lapso de 6 años³⁷, aún muchos Estados miembros entienden que no hay un trato equitativo en esta materia, ya que muchas veces, dadas estas distorsiones, los mercados de aquellos países donde se conceden esas subvenciones se encuentran cerrados para el ingreso de productos agrícolas, donde precisamente los países en vías de desarrollo cuentan con ventajas comparativas.

c) Configuración de la subvención

Aquella contribución puede adoptar diferentes formas, según el artículo 1.1 del ASMC, a saber:

- Transferencia directa de fondos o posibles transferencias directas de fondos o pasivos (garantías de préstamos)
- Condonaciones fiscales
- Suministro gubernamental de bienes o servicios distintos a la infraestructura general o compra de bienes
- Realización de pagos a mecanismos de financiación o encomienda a una entidad privada de una o varias de las funciones descritas
- Forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios

³⁵ Ricardo BASALDÚA. *La Organización Mundial (...)*, p. 310.

³⁶ Monserrat MILLET. *La regulación del comercio (...)*, p. 116, 138.

³⁷ Ernesto TIRONI. *La Organización Mundial (...)*, p. 63.

Para que estemos ante una subvención impugnabile ante la OMC, se requiere que aquella sea específica, esto es, que vaya en beneficio de una empresa o una rama de la producción particular (artículo 14 del ASMC).

Además, la subvención debe generar un beneficio para el agente que interviene en la cadena de producción (artículo 14 del ASMC), sin que él deba efectuar una contraprestación a cambio por ello³⁸.

A su turno, en lo que a clasificación de subvenciones se refiere, cabe distinguir entre subsidios prohibidos, dentro de los cuales encontramos los subsidios a la exportación, que son aquellos en que se condiciona “de jure o de facto”³⁹ los resultados de la exportación, como requisito para su otorgamiento, ya sea de manera única o junto a otras exigencias, y los subsidios contingentes, que requieren del uso de productos domésticos, con preferencia a los importados, como condición única o junto a otros requisitos, para que tales ayudas públicas sean concedidas.

Este último tipo de subvenciones supone por lo demás un atentado contra el principio de trato nacional, reconocido en el artículo III del GATT⁴⁰.

Por otro lado, también se contemplan los subsidios reclamables o recurribles, que son aquellos que se pueden impugnar si causan daño a la industria local de un país miembro donde el bien subsidiado es exportado, lo que debe ser acreditado, junto con la relación causal, por parte del país reclamante (artículo 5 del ASMC).

Además de esas dos figuras hace unos años se establecía también la categoría de subsidios no reclamables, que si bien no podían ser objetados en el marco de la OMC, de todos modos debían ser notificados al Comité de Subvenciones.

Dentro de este género se encontraban:

- Subsidios en educación o infraestructura
- Subsidios en actividades de investigación conducidas por universidades o centros de estudio;
- Apoyos para ajustar la producción a nuevas exigencias medioambientales;
- Asistencia a regiones desfavorecidas, entre otros.

³⁸ Pierino LÓPEZ RAYGADA. “El papel del Derecho (...)”, p. 370.

³⁹ Ana MANERO SALVADOR. *OMC y Desarrollo*, p. 308.

⁴⁰ Ricardo BASALDÚA. *La Organización Mundial (...)*, p. 316.

Sin embargo, a partir del año 2000 —momento en que no se renovó el régimen temporal en que estaban previstas— esta categoría caducó⁴¹, por lo que en principio, aun cuando se tratara de subsidios de este último tipo, ellos podrían ser recurridos por los restantes Estados miembros, en el evento en que se configuren los requisitos de daño y relación de causalidad, ya expuestos.

Al igual que en materia de derechos antidumping, acá también opera el criterio “*de minimis*”, en orden a que cuando la subvención es menor al 1% al valor del bien, o el volumen de las importaciones sea insignificante (artículo 11.9 del ASMC), no es posible adoptar los derechos compensatorios pertinentes.

d) Otros requisitos. Daño y relación de causalidad

Como condición común a las medidas de defensa comercial, se requiere que en el país importador se produzca un daño en una rama de la producción nacional y que exista una relación de causalidad entre esa importación y aquel perjuicio.

A tal efecto, el artículo 6 del ASMC da pautas para poder entender cuándo estamos ante un perjuicio grave al decir que éste tendrá lugar cuando:

- el total de subvención *ad valorem* aplicado a un producto sea superior al 5%;
- aquellos subsidios sean entregados para cubrir pérdidas de explotación sufridas por una rama de producción o una empresa, salvo que se trate de medidas excepcionales, que no sean recurrentes ni puedan repetirse y se apliquen simplemente para dar tiempo a que se hallen soluciones a largo plazo y se eviten graves problemas sociales;
- exista condonación directa de deuda, ya sea que acreedor sea el gobierno, o se hagan donaciones para cubrir el reembolso de aquella obligación pecuniaria.

A su turno, de acuerdo con el artículo 15 del ASMC la determinación de la existencia del daño en esta materia debe basarse en pruebas positivas, que comprenderán un examen objetivo del volumen de las importaciones subvencionadas y del efecto de éstas en los precios de productos similares en el mercado interno, como también de la repercusión consiguiente de esas importaciones sobre los productores nacionales de tales bienes.

Con todo, en el caso de subsidios prohibidos, el daño se presume, en razón de lo cual se invierte la carga de la prueba de iniciarse los procedimientos respectivos.

⁴¹ Ignacio DE LA RIVA. *Ayudas Públicas*, Hammurabi, 2004, Buenos Aires. pp. 482-486.

Por otra parte, se presume que hay perjuicio grave cuando el total de la subvención *ad valorem* aplicada a un producto supera el 5% de su precio. De verificarse este supuesto, el Estado que confiere ese subsidio debe probar que esa ayuda pública no causa perjuicio en el mercado donde se importan los bienes en cuestión.

e) Procedimiento habilitante para adoptar medidas compensatorias

La OMC ha reglamentado los procedimientos para determinar la cuantía de la subvención y los daños que ellos provocan en la producción del país receptor, debiendo tenerse en cuenta todos los factores económicos involucrados.

El establecimiento de reglas procedimentales y exigencias para poder impetrar válidamente estas medidas, obedece a la lógica que con ello se busca desincentivar conductas que en definitiva supongan “proteccionismo escondido”⁴².

Enseguida, es menester señalar que los legitimados activos para requerir la adopción de esta clase de medidas son los productores nacionales, cuya producción conjunta represente más del 50% de la producción total del bien en cuestión (o de alguno similar)

Luego, en aras a la transparencia y previsibilidad⁴³, según el artículo XVI del GATT de 1994, cuando un Estado miembro de la OMC confiera una subvención, que pueda colaborar, de manera directa o indirecta a un incremento de las exportaciones de un producto o reducir las importaciones, aquél debe comunicar de manera anticipada ese cambio en la reglamentación a ese organismo multilateral.

En el caso de los subsidios prohibidos, como anticipábamos, se ha contemplado un procedimiento acelerado, conducentes a obtener su rápido retiro. Además, se invierte la carga de la prueba y no requieren acreditar el daño que provocan, en razón de la condena que le da el sistema multilateral a esta subvención que se deduce causa tanta distorsión en el comercio internacional⁴⁴.

Además, las investigaciones, por regla general, deberán haber concluido a un año desde su iniciación, o a más tardar a los 18 meses.

f) Derechos compensatorios

La contramedida ante una subvención que dé cumplimiento a las exigencias dadas por la OMC es la adopción de derechos compensatorios, que pueden tener el carácter de

⁴² Ernesto TIRONI. *La Organización Mundial (...)*, p. 32.

⁴³ Diana TUSSIE “La política comercial en el marco de la Organización Mundial de Comercio” En *Revista CEPAL*, 1997 (62), p. 118.

⁴⁴ Ricardo BASALDÚA. *La Organización Mundial (...)*, p. 317.

específicos o *ad valorem* (artículo 19 del ASMC), con lo que se busca ajustar el precio de importación del bien en cuestión al que hubiera tenido éste si no hubiese sido beneficiado por el subsidio entregado por el Estado de origen.

Todo derecho compensatorio, cuya finalidad es neutralizar la distorsión al libre comercio que supone esa ayuda pública, sólo permanecerá en vigor durante el tiempo y en la medida necesarios para contrarrestar el subsidio que esté causando daño, y debe ser suprimido al cabo máximo de 5 años desde su implementación, a menos que analizada la situación, de eliminarse se dé lugar a la reaparición del apoyo público o del daño (artículo 21 del ASMC).

Además, se contempla la posibilidad que se alcancen compromisos de precios y de cantidad (artículo 18 del ASMC), que operan como alternativa paralela frente a la imposición del derecho compensatorio visto.

g) Régimen preferente para los países en desarrollo

En esta materia los países en desarrollo, han contado con un régimen privilegiado (artículo 27 del ASMC). Al efecto, los Estados miembros menos adelantados y aquellos en desarrollo (singularizados en el Anexo VII del ASMC), cuyo PNB per capita sea inferior a US\$ 1.000, no quedaron sujetos a las reglas antedichas sobre subvenciones prohibidas por los primeros 8 años de la OMC (prorrogable si así lo requería al Comité de Subvenciones), esto significó que en esas naciones podían concederse incluso subvenciones a la exportación.

Sin embargo, no se les admitía la posibilidad de que en ese lapso hubiesen aumentado los subsidios ya otorgados con anterioridad⁴⁵ (*stanbdstill*).

Por otra parte, no se aplica el artículo 3.1 del ASMC a los países menos adelantados miembros, según las pautas de Naciones Unidas, como asimismo los países en desarrollo miembros de la OMC, que cuenten un PNB per capita inferior a US\$1.000 anuales.

De manera paralela se estableció el compromiso de ir eliminando sucesivamente estas subvenciones, si éstas no obedecen a razones vinculadas con el desarrollo del país.

También vale la pena tener en cuenta que el umbral de “*de minimis*” se ve ajustado en el caso de los países en vías de desarrollo.

Luego, en lo que atañe a la subvención condicionada al empleo de productos nacionales a los países en vías de desarrollo se les confirió un período de gracia de 5 años y de 8 para los menos adelantados (artículo 27.3 del ASMC).

⁴⁵ Ana MANERO SALVADOR. *OMC y Desarrollo*, pp. 311-312.

No obstante todo lo anterior, una crítica que se ha formulado sobre esta materia, es que los países en vías de desarrollo y menos adelantados necesitan potenciar sus industrias, motivo por el cual, aun cuando se hayan concedidos plazos de prórroga para la entrada en vigencia de estas nuevas obligaciones que conlleva su membresía en la OMC, hay autores que estiman que era más recomendable el régimen previo, que se acordó en la Ronda de Tokio, según el cual se permitía a esta clase de países subsidiar sus exportaciones de manera permanente⁴⁶, lo que en su momento permitió industrializar a países como Taiwán y Corea, que llevaron a cabo una clara política comercial de fomento a las exportaciones⁴⁷.

h) Controversias suscitadas a nivel regional

Sobre esta temática es menester observar que según los antecedentes que provee la OMC, sólo se ha dado una controversia en que, entre países de la región, se impugnó la aplicación de subvenciones, en específico se trató de la DS 112⁴⁸, que tuvo lugar cuando —en 1997— Brasil solicitó la celebración de consultas respecto a la aplicación por parte del Perú de derechos compensatorios, en atención a los subsidios que en aquel país se conferirían a la exportación de autobuses. Sin embargo, no llegó a formarse el Grupo Especial atingente.

4.

SALVAGUARDIA (O CLÁUSULA DE ESCAPE)⁴⁹

a) Definición

A diferencia de los casos anteriores, en el caso de la salvaguardia, no existe previamente una “conducta ilícita” acometida por el exportador o por el Estado de origen de él, no obstante lo cual, de todos modos, se permite que temporalmente aumenten los aranceles o se establezcan contingentes, con el objeto de que los fabricantes locales puedan reconducirse a otras labores productivas o asumir en definitiva los precios competitivos con que se transarán los bienes respectivos con ocasión de las importaciones.

Dado que no se debe acreditar una conducta particular desarrollada en el país del exportador, a diferencia de los dos casos anteriores, las salvaguardias son el instrumento de-

⁴⁶ Ana MANERO SALVADOR. *OMC y Desarrollo*, p. 314.

⁴⁷ Diana TUSSIE “La política comercial (...)”, p. 124.

⁴⁸ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds112_s.htm

⁴⁹ Pierino LÓPEZ RAYGADA. “El papel del Derecho (...)”, p. 371.

fensivo que —nominalmente— es más rápido y eficaz para contrarrestar el ingreso masivo de bienes importados⁵⁰.

b) Antecedentes

Las normas que regulan esta temática se encuentran en el artículo XIX GATT y en el Acuerdo sobre Salvaguardia (ASG).

A través del referido acuerdo se busca reglar los requisitos exigentes y procedimientos rigurosos que habilitan a impetrar y mantener esta clase de medidas, a fin de que no sean empleados oculta e impunemente con fines proteccionistas, a objeto de que los productores de Estados miembros no se vean impedidos de comerciar legítimamente sus mercancías en los mercados de alguna nación integrante de esa organización internacional⁵¹.

c) Configuración de la medida de salvaguardia

Procede cuando con ocasión de un aumento imprevisto de las importaciones, ese ingreso de bienes produce un grave daño o amenaza producir un grave daño en una rama de la producción local (artículo 2 del ASG) que elabora bienes similares o directamente competidores.

En el caso DS 121, conocido como Argentina calzados⁵², se hizo un interesante alcance⁵³, pues en un primer momento el Grupo Especial entendió que, dado que en el ASG no figuraba como requisito para adoptar esta medida el que se produjere un “aumento imprevisto de las importaciones” tal condición no resultaba exigible de demostrar, aun cuando el texto del artículo XIX del GATT de 1994 sí la contemplase, en el entendido que ese texto que es posterior, establecería los nuevos criterios sobre la materia.

Sin embargo, al conocer la controversia el Órgano de Apelación desestimó esa línea argumental, y concluyó que deben concurrir la totalidad de los requisitos fijados para ello, tanto del artículo XIX del GATT, como también del ASG, y en consecuencia, el Estado que implementa una medida de salvaguardia se ve en la necesidad de demostrar que se produjo un aumento imprevisto de las importaciones, criterio que por lo demás ha sido ratificado por la línea jurisprudencial de otras contiendas, como la DS 238, Argentina salvaguardias a los duraznos en conserva.

⁵⁰ Ricardo BASALDÚA. *La Organización Mundial (...)*, p. 2810.

⁵¹ Ernesto TIRONI. *La Organización Mundial (...)*, p. 29.

⁵² https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds121_s.htm

⁵³ Juan Manuel, SALDAÑA PÉREZ. *Comercio Internacional. Régimen Jurídico Económico*, Editorial Porrúa, 2008, México D.F. pp. 414-415.

d) Otros requisitos. Daño grave y relación de causalidad

El Estado que la impetra debe demostrar la relación de causalidad y el daño grave o amenaza de daño grave que producen las importaciones cuestionadas.

El daño grave, conforme a lo establecido en el artículo 4 del ASG es un menoscabo general significativo de la situación de una rama de la producción nacional.

Sobre este particular, es menester hacer un hincapié, ya que a diferencia de las otras medidas de defensa comercial, en que se requiere meramente que el daño sea “importante”, en el caso de las salvaguardias se exige que éste sea grave, lo que denota una intensidad mayor de éste⁵⁴.

A su turno, la amenaza de daño grave importa la clara inminencia de un riesgo grave, cuya determinación debe fundamentarse en hechos y no en meras conjeturas.

Demostrar que concurren estos requisitos demanda, según lo ordenado por el art. 4.2 ASG, que se evalúen todos los factores pertinentes de carácter objetivo y cuantificable, que tengan relación con la situación de esa rama de producción, en particular el ritmo y cuantía del aumento de las importaciones del bien, en términos absolutos y relativos.

e) Procedimiento habilitante para adoptar medidas de salvaguardia

Para acreditar que se están dando las antedichas condiciones previamente se exige que se lleve a cabo un procedimiento público, que contemple una fase contradictoria en que los actores involucrados puedan aportar los medios de prueba pertinentes, luego de lo cual se debe dictar un completo informe público, que se pronuncie, en definitiva, respecto a la procedencia de la aplicación de esta medida de defensa comercial.

La relevancia de este informe ha sido tal, que muchas de las impugnaciones en asuntos que se han ventilado en el sistema de solución de controversias de la OMC han versado sobre su específico tenor, y la manera cómo en él se constatan o no los enunciados requisitos⁵⁵.

Se debe demostrar en ese proceso que se está afectando a una rama de la producción nacional, que de acuerdo con lo establecido por el artículo 4.1.c) ASG, es el conjunto de los productores de bienes similares o directamente competidores que operen dentro del territorio de un Estado miembro cuya producción conjunta de mercancías similares o directamente competidoras constituya una parte importante del total de esos bienes.

⁵⁴ Guillermo CABANELLAS “La defensa del mercado (...)”, p. 268.

⁵⁵ Pablo RODRÍGUEZ y Eva DíEZ, “Regímenes excepcionales y sectoriales”, en Luis HINOJOSA MARTÍNEZ y Javier ROLDÁN BARBERO (coordinadores), *Derecho Internacional Económico*, Marcial Pons, 2010, Madrid. p. 128.

f) Medida de salvaguardia

Las medidas de salvaguardia, deben ser proporcionales⁵⁶ a los daños provocados o que se amenazan, y pueden adoptar la forma de aumento de la tasa de los aranceles a bienes respecto a los cuales el país importador se había comprometido a mantenerlos más bajos o eliminarlos, en atención a su arancel consolidado, o la de establecimiento de restricciones cuantitativas (o contingentes).

En este último caso, los contingentes deben distribuirse en proporciones del volumen del comercio de los principales Estados exportadores de la materia en cuestión, ya sea que exporten efectivamente ese bien al país que la impetra o incluso cuando no lo hiciere, puesto que la restricción impuesta acota la expectativa que puedan participar como nuevos proveedores.

Ahora bien, tales restricciones cuantitativas no pueden reducir las importaciones por debajo del promedio de los 3 últimos años representativos sobre los cuales se cuente con estadística, a menos que se trate de reparar o prevenir un perjuicio grave, lo que guarda armonía con lo formulado respecto a la imprevisibilidad.

Luego, si se adoptan medidas provisionales, aquellas no pueden extenderse por más de 200 días y sólo pueden consistir en aumentos de los derechos previstos en el arancel⁵⁷.

Las salvaguardias, en principio, tampoco pueden ser discriminatorias (artículo 2.2 del ASG), distinguiendo la procedencia del producto⁵⁸, y así cuando se asignan cuotas a diferentes países, aquellas se deben distribuir entre éstos en atención a un período representativo anterior.

Esta regla constituye una de las claras diferencias con los derechos antidumping y medidas compensatorias, que, por definición, se aplican a productos procedentes de países específicos y evidentemente admiten la discriminación en contra de los productos que ingresan en condiciones de competencia desleal⁵⁹.

Ahora bien, en casos específicos, si se logra acreditar que ese aumento de la importación de bienes proviene, de manera desproporcionada de un Estado miembro, y no así de otros, se admite que se aplique la medida de salvaguardia sólo a las mercaderías de aquella procedencia (artículo 5.2 del ASG), previa consulta y aprobación del Comité de Salvaguardia de la OMC.

⁵⁶ Ricardo BASALDÚA. *La Organización Mundial (...)*, pp. 336-337.

⁵⁷ Ricardo BASALDÚA. *La Organización Mundial (...)*, p. 339.

⁵⁸ Pierino LÓPEZ RAYGADA. "El papel del Derecho (...)", pp. 371-372.

⁵⁹ José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS. *Sistema de Derecho (...)*, p. 185.

Las salvaguardias, ya sea que se establezcan como incremento de los derechos de importación o como restricciones cuantitativas, se aplicarán sólo durante el lapso que sea necesario para prevenir o reparar el daño grave y facilitar el reajuste de la industria local, sin que sea admisible que se extiendan por más de 4 años u 8 años, si hubiere prórroga (artículo 7 del ASG).

Además, las medidas que tengan una duración superior a un año deben estar sujetas a un proceso de liberalización progresiva, a intervalos regulares, mientras dure su vigencia.

Asimismo, se establecen restricciones respecto a la posibilidad de impetrar en otra oportunidad esta restricción, puesto que una vez que se haya agotado el plazo pertinente, y sus eventuales prórrogas, no podrá adoptarse una acción de esta índole en relación a ese bien hasta que transcurra un período igual a aquel durante el cual se haya aplicado anteriormente la medida (artículo 7.5 ASG).

Por otra parte, es menester tener presente que la aplicación de una medida de este tipo, para estar debidamente fundada, requiere que esté acompañada de un plan de ajuste de la industria local⁶⁰.

Por otra parte, atendida la característica de que esta medida opera aun cuando no hubiere una conducta ilícita previa, la OMC ha establecido la necesidad de que el Estado que implemente esta acción deba compensar a los otros miembros afectados con ella (artículo 8 del ASG).

Ahora bien, se ha criticado que esa compensación no contemple un tratamiento especial y diferenciado a los países en vías de desarrollo, que en atención a tal contraprestación se ven desincentivados, en los hechos, a adoptar este tipo de resguardo⁶¹.

Con todo, dado que tal compensación, luego de las consultas pertinentes, no puede practicarse durante los tres primeros años, de adoptada la salvaguardia, el resultado de este mecanismo ha sido decepcionante, sin que se alcancen acuerdos de contraprestaciones efectivos⁶².

g) Régimen preferente a los países en desarrollo

A los países en vías de desarrollo se les permitió que estas medidas se puedan mantener hasta por 10 años (artículo 7.3 del ASG), en vez de los 4 y 8 años que operan como regla general.

⁶⁰ Guillermo CABANELLAS "La defensa del mercado (...)", p. 276.

⁶¹ Ana MANERO SALVADOR. *OMC y Desarrollo*, p. 316.

⁶² Pablo RODRÍGUEZ y Eva DÍEZ, "Regímenes excepcionales (...)", p. 129.

Además, de acuerdo con lo ordenado por el artículo 9.1 del ASG, no es procedente que se aplique una medida de esta clase cuando el producto sea originario de un país en desarrollo, cuando la parte que corresponda a éste en las importaciones de ese bien no exceda el 3%, a condición que los países en desarrollo miembros con el citado porcentaje de participación, no representen en conjunto más del 9% de las importaciones totales de la mercadería de la especie.

A su turno, según lo dispuesto por el artículo 9.2 ASG, esta clase de países tienen la posibilidad de volver a aplicar una medida de salvaguardia a un producto que haya estado sujeto a una acción de esa naturaleza, después de un período igual a la mitad de aquel durante el cual se haya aplicado la anterior medida, a condición de que el período de no aplicación sea como mínimo de dos años⁶³.

h) Controversias suscitadas a nivel regional

La infracción al artículo XIX del GATT y al ASG es el tema que más conflictos ha motivado entre países de la región, alcanzando hasta la fecha 16 diferencias.

La primera diferencia que se generó en esta materia, tuvo lugar con la DS 190⁶⁴, de 2000, en que Brasil pidió la celebración de consultas en relación a la salvaguardia impuesta por Argentina respecto de determinadas importaciones de tejidos de algodón y sus mezclas procedentes del país reclamante, denunciando al afecto, la infracción a la normativa atinente, contenida en el Acuerdo especial de textiles y vestidos. Sin embargo, a mediados de ese año, las partes alcanzaron una solución mutuamente convenida sobre el asunto de la especie y no hubo un pronunciamiento oficial de la OMC en lo concerniente.

Ese mismo año 2000, con la DS 207⁶⁵, la Argentina impugnó el sistema de salvaguardias que beneficiaba a distintos productos agrícolas de Chile, que se materializaba a través de un sistema de bandas de precios, contenido en la ley N° 18.525, sobre importaciones y en las normas reglamentarias dictadas sobre el particular.

El año 2001, se constituyó el Grupo Especial, que distribuyó su informe en mayo de 2002, en el que se concluyó que las medidas a favor del trigo, la harina de trigo y el aceite comestible implementadas por Chile resultaban ser incompatibles:

- Con el artículo 3.1 del ASG, por la falta de transparencia con que se adoptó esa decisión;

⁶³ Guillermo CABANELLAS “La defensa del mercado (...)”, p. 278.

⁶⁴ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds190_s.htm

⁶⁵ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds207_s.htm

- Con el párrafo 1 a) del artículo XIX del GATT de 1994, porque no se demostró la existencia de una evolución imprevista de las circunstancias, y con el párrafo 1 del artículo 3 del ASG, dado que en el informe evacuado no se enunciaron constataciones y conclusiones fundamentadas a este respecto;
- Con el párrafo 1 a) del artículo XIX del GATT de 1994 y con los artículos 2 y 4 del ASG, atendido que no se demostró la similitud o la competencia directa de los bienes elaborados por la rama de producción nacional y, por consiguiente, no identificó tal rama;
- Con el párrafo 1 a) del artículo XIX del GATT de 1994 y con los párrafos 1 del artículo 2 y 2 a) del artículo 4 del ASG, en razón de que no se demostró fehacientemente el aumento de las importaciones de los productos sujetos a las medidas de salvaguardia;
- Con el párrafo 1 a) del artículo XIX del GATT de 1994 y con los párrafos 1 a), 1 b) y 2 a) del artículo 4 del ASG, habida cuenta que no se demostró la existencia de una amenaza de daño grave;
- Con el párrafo 1 del artículo 2 y el párrafo 2 b) del artículo 4 del ASG, puesto que no se demostró la relación de causalidad;
- Con el párrafo 1 a) del artículo XIX del GATT de 1994 y el párrafo 1 del artículo 5 del ASG, porque no se aseguró de que las medidas estuvieran limitadas a la proporción necesaria para prevenir o reparar el daño y facilitar el reajuste;

Chile apeló esa decisión, y en septiembre de ese mismo año el Órgano de Apelación, confirmó algunas constataciones de actuaciones incompatibles de ese país con la normativa de la OMC.

A su turno, Guatemala en enero de 2001, a través de la DS 220⁶⁶, también impugnó el enunciado sistema de defensa aplicado por Chile, a través de la solicitud de consultas respecto a las medidas correspondientes en relación al trigo, la harina de trigo, el azúcar y los aceites vegetales comestibles que fueron objeto de salvaguardia. Sin embargo, respecto a este caso no se llegó a formar un Grupo Especial.

En esta misma línea, ese mismo año 2001, Argentina, con la DS 226⁶⁷, solicitó la celebración de consultas respecto a la medida de salvaguardia informada por Chile en materia de aceite comestible. Sin embargo, no llegó a constituirse el Grupo Especial pertinente.

⁶⁶ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds220_s.htm

⁶⁷ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds226_s.htm

También el 2001, Colombia, a través de las DS 228⁶⁸ y 230⁶⁹, solicitó la celebración de consultas respecto a la medida de salvaguardia aplicada al azúcar por Chile, pues, a su entender, con ese régimen se habrían vulnerado el artículo XIX del GATT, de 1994, y los artículos 2, 3, 4, 5, 7, 9 y 12 del ASG. Sin que, en definitiva, se haya logrado conformar el Grupo Especial respectivo.

Enseguida, en septiembre de 2001, fue Chile el Estado miembro que, con la DS 238⁷⁰, solicitó la celebración de consultas respecto a la salvaguardia adoptada por Argentina respecto a la importación de duraznos en conserva.

En abril de 2002 se formó el Grupo Especial, que en febrero de 2003 constató que la medida adoptada por el país rioplatense resultaba incompatible con diversas obligaciones, a saber:

- Con el párrafo 1 a) del artículo XIX del GATT, de 1994, al no demostrar la existencia de una evolución imprevista de las circunstancias;
- Con el párrafo 1 a) del artículo XIX del GATT, de 1994 y del párrafo 1 del artículo 2 y el párrafo 2 a) del artículo 4 del ASG, al no formular una determinación del aumento de las importaciones, en términos absolutos o relativos, y
- Con el párrafo 1 a) del artículo XIX del GATT de 1994 y del párrafo 1 del artículo 2 y los párrafos 1 b) y 2 a) del artículo 4 del ASG, puesto que las autoridades competentes, en la determinación de la existencia de una amenaza de daño grave:
 - no evaluaron todos los factores pertinentes que tenían relación con la situación de la rama de producción nacional;
 - no dieron una explicación razonada y adecuada de la manera en que los hechos respaldaban su determinación; y
 - no constataron que el daño grave era claramente inminente.

Atendido lo anterior, el 31 de diciembre de 2003 la Argentina eliminó la cuestionada medida de salvaguardia.

Luego, en diciembre de 2002, la Argentina solicitó la celebración de consultas a Chile, por la aplicación de una salvaguardia definitiva para la importación de fructosa, lo que

⁶⁸ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds228_s.htm

⁶⁹ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds230_s.htm

⁷⁰ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds238_s.htm

generó la DS 278⁷¹, invocando que no hubo un aumento imprevisto de las importaciones, la investigación no se basó en un producto similar o directamente competidor, no hubo una determinación efectiva del aumento de las importaciones, no se acreditó la amenaza de daño grave, como tampoco de la relación de causalidad exigida.

Además se cuestionó la falta de publicidad que habría tenido el informe de las autoridades respectivas. Sin embargo, no se llegó a constituir el Grupo Especial pertinente.

El año 2003, Chile, con la DS 303⁷², solicitó la celebración de consultas respecto a una medida de salvaguardia definitiva aplicada por el Ecuador a las importaciones de tableros de fibra de madera de densidad media.

Al efecto, Chile alegó que no hubo una “evolución imprevista de las circunstancias”, un aumento de las importaciones y tampoco una amenaza de daño grave.

Además el reclamante indicó que la investigación de las autoridades ecuatorianas estaba viciada, porque en ella no se analizaron todas las subcategorías de productos abarcadas por la medida. Sin embargo, no llegó a constituirse el Grupo Especial atingente.

Con posterioridad, en 2006 Argentina, a través de las DS 351⁷³ y 356⁷⁴, requirió que se celebrasen consultas, en atención a la aplicación de una salvaguardia definitiva aplicada por Chile a las importaciones de productos lácteos provenientes de ese país.

Si bien en junio de 2007 se conformó el Grupo Especial, sus actuaciones no prosiguieron, a petición de las partes, que solucionaron mutuamente la diferencia.

El año 2010, a través de las DS 415⁷⁵, 416⁷⁶, 417⁷⁷ y 418⁷⁸, Costa Rica, Guatemala, Honduras y El Salvador, respectivamente, solicitaron a República Dominicana la celebración de consultas por las medidas de salvaguardias provisionales y definitivas sobre las importaciones de sacos de polipropileno y tejido tubular, así como la investigación que dio lugar a la imposición de dichas acciones. En particular, entre otros argumentos se alegó que aquéllas resultaban ser incompatibles con los párrafos 1 y 2 del artículo 2, los párrafos 1 y 2 del artículo 3, los párrafos 1 a), 1 c), 2 a), 2 b) y 2 c) del artículo 4, el párrafo 1 del artículo 5, el artículo 6, el párrafo 1 del artículo 9, el párrafo 1 a) del artículo 11 y el párrafo 3 del artículo 12 del ASG, así como con el párrafo 1 a) del artículo XIX del GATT de 1994.

⁷¹ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds278_s.htm

⁷² https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds303_s.htm

⁷³ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds351_s.htm

⁷⁴ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds356_s.htm

⁷⁵ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds415_s.htm

⁷⁶ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds416_s.htm

⁷⁷ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds417_s.htm

⁷⁸ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds418_s.htm

En marzo de 2011 se estableció el Grupo Especial, que vería en conjunto las distintas diferencias promovidas.

En enero de 2012, esa entidad distribuyó su informe, en que se constataba —entre otras consideraciones— que la República Dominicana actuó de manera incompatible:

- Con el párrafo 1 a) del artículo XIX del GATT de 1994 y del párrafo 1 del artículo 3, del párrafo 2 c) del artículo 4 y del párrafo 1 a) del artículo 11 del ASG, porque en el informe publicado por su autoridad no se proporcionó una explicación de la existencia de una evolución imprevista de las circunstancias;
- Con el párrafo 1 del artículo 2 y del párrafo 1 c) del artículo 4 del ASG y del párrafo 1 a) del artículo XIX del GATT de 1994, al excluir de la definición del producto nacional directamente competidor a ciertos bienes, y a ciertos fabricantes de mercancías similares o directamente competidores, a los efectos de la definición de la rama de producción nacional.
- Con el párrafo 1 del artículo 2, del párrafo 1 del artículo 3, de los párrafos 1 a), 2 a) y 2 c) del artículo 4 del ASG y del párrafo 1 a) del artículo XIX del GATT de 1994 al no proporcionar una explicación razonada y adecuada sobre la existencia de daño grave.

Atendido lo resuelto, a partir de abril de 2012, República Dominicana dejó de aplicar las medidas de salvaguardia impugnadas.

Más recientemente, en agosto de 2012, México, con la DS 446⁷⁹, solicitó la celebración de consultas a Argentina, por las medidas que ese país sudamericano dictó respecto a la importación de mercaderías, impugnando entre otros aspectos, que con aquella decisión se estaría contraviniendo el artículo 11 del ASG, señalando que ese Estado sólo buscaba promover políticas de reindustrialización, sustitución de importaciones y eliminación de los déficits de la balanza comercial. Sin embargo, no se llegó a constituir el Grupo Especial pertinente.

⁷⁹ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds446_s.htm

5.

CONCLUSIONES

Como tuvo ocasión de exponerse, si bien la OMC permite la adopción de medidas de defensa comercial, como excepción a la liberalización comercial asumida por sus países miembros, para poder llevar a cabo estas acciones se requiere de una acreditación rigurosa de las condiciones habilitantes para tal fin, lo que no podemos estimar sino como positivo, puesto que en su defecto, a través de la implementación de estas restricciones temporales se podrían burlar los compromisos contraídos, lo que supondría generar una incertidumbre nociva para el libre y eficiente flujo de las mercaderías.

En efecto, no debe dejar de tenerse en cuenta, que la aplicación de estas medidas proteccionistas, que a primera vista pudieren verse como positivas por la búsqueda de amparar a un sector productivo local ante la competencia internacional, en definitiva, se traducen en beneficio para unos pocos (esos fabricantes) frente al detrimento de muchos⁸⁰ (los consumidores u otros productores), que ya sea que actúen como consumidores finales de los bienes en cuestión o bien los empleen como insumo en sus procesos, deberán pagar por ellos precios artificialmente más altos.

Por otra parte, tuvimos ocasión de constatar que de la revisión de las 29 controversias que versaron sobre la implementación de medidas de defensa comercial promovidas entre países latinoamericanos, sólo 6 llegaron a un pronunciamiento de un Grupo Especial, en todas las cuales ese organismo *ad hoc* constató que los países obraron de manera incompatible con las obligaciones de la OMC.

Si bien, a primera vista ello podría llevarnos a pensar que es aconsejable impugnar la formulación de estas excepciones a los principios generales de la OMC, pues probablemente se podrá obtener un resultado favorable en ese foro, no deja de ser desalentador, verificar los tiempos que transcurrieron desde que se reclamó contra esa medida hasta que el país denunciado dio cumplimiento a lo resultado por la instancia pertinente.

A su turno, puede constatarse que de las restantes 23 diferencias expuestas, muchas de ellos fueron resueltas por las propias partes y no prosperaron los procedimientos incoados, lo que puede obedecer a diferentes motivos, como negociaciones bilaterales sostenidas,

⁸⁰ Miguel CARRERA, Dorotea DE DIEGO, Raúl HERNÁNDEZ, "Comercio Internacional", en José Antonio ALONSO (Director), *Lecciones sobre economía mundial. Introducción al desarrollo y a las relaciones económicas internacionales*, 6ta edición, Thomson Reuters Civitas, 2013, Cizur Menor. p. 225.

concesiones en otros sectores, o también agotamiento o desidia para continuar con un litigio que puede resultar muy desgastante.

Además, del análisis particular de los conflictos, resulta digno de destacar las recurrentes impugnaciones que México dedujo para objetar las investigaciones iniciadas en contra de las industrias cementeras de su país, en que se perseguía demostrar supuestas prácticas de dumping, y también las reclamaciones que en contra el sistema de bandas de precios y de salvaguardias mantiene Chile en defensa de su agricultura.

Sobre esta última materia, es menester advertir que en ese país austral han surgido críticas contra la adopción de esas medidas de protección⁸¹, pues se ha estimado que aquellas acciones contravienen la postura general en materia de política comercial, que se ha caracterizado por la profundización de las relaciones comerciales y el fomento de reglas claras para el tráfico internacional de mercaderías⁸².

En definitiva este trabajo busca servir de constatación que en el régimen actual del comercio internacional, en que todos los países de la región son partes, el adoptar medidas proteccionistas, además de contravenir los compromisos asumidos, puede llevar a que los Estados sean denunciados en el foro multilateral de la OMC, donde se interpreta con rigor la concurrencia de los requisitos que habilitan a actuar de ese modo.

Si bien la exposición de los casos fue somera, buscó proveer al lector de una visión general que le permita ponderar, en su medida, el estado del arte, en materia de conflictos comerciales a nivel regional.

Para citar este artículo:

Gallegos Zúñiga, Jaime, “Medidas de defensa comercial en el contexto de la OMC y las controversias promovidas en el marco de su sistema de solución de controversias entre países latinoamericanos” en *Revista de Derecho-UCU*, 11 (Julio 2015), pp. 27-57

Recibido: 09/04/2015

Revisado: 7/5/2015

Aceptado: 30/05/2015

⁸¹ Andrés JANA LINETZKY. “La protección del azúcar en Chile. La importancia de una política comercial consecuente” En *El libro blanco del azúcar. Una historia de proteccionismo*, Ril Editores, 2005, Santiago, pp. 135-185.

⁸² Jaime GALLEGOS ZÚÑIGA, Rodrigo POLANCO LAZO. “Evolución jurídica de la política comercial de Chile” En *Revista de Derecho* (Universidad Finis Terrae), 2013 (2). pp. 47-80.

El tratamiento del derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

The right to health in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights

*María Paula Garat**

RESUMEN: Se realiza un análisis de las principales líneas jurisprudenciales emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que otorgaron contenido al derecho a la salud, principalmente, en forma indirecta, a través de fallos que se remiten a otros derechos, pero con implicancias en esta materia. El estudio se enmarca en cómo este Tribunal se ha expedido —y podría hacerlo— sobre el derecho a la salud, teniendo por objetivo, entonces, encontrar los estándares aplicables a este derecho, los que serán de trascendencia para los estados, pues suponen obligaciones prestacionales y positivas para los mismos. Por último, se realiza una aproximación a la conjunción y recepción que debiera realizarse de dicho tratamiento en el derecho interno, tomando en consideración pautas interpretativas que surgen del propio texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El artículo reflexiona, en suma, respecto del tratamiento que la Corte Interamericana de Derechos Humanos le ha dado al derecho a la salud, considerando algunos aspectos competenciales, así como estableciendo algunas pautas en atención a su futura perspectiva.

* Universidad Católica del Uruguay. Visitante profesional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013). E-mail: paulagarat@hotmail.com

PALABRAS CLAVE: Derecho a la salud. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Interpretación de la ley. Derechos Humanos. Jurisprudencia.

ABSTRACT: The article contains an analysis of the main aspects of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights that gave content to the right to health, mainly, with an indirect treatment, through the references to other rights, but with implications in this area. The study focuses on how this Court has decided –and if could do so- about the right to health, taking as the aim, then, find the applicable standards of this right, which are important for States, as these suppose positive obligations for them. Finally, the conjunction and reception that of such treatment should be performed in domestic law is examined, considering the interpretative guidelines that emerge from the American Convention of Human Rights. The article reflects, in sum, the treatment that the Inter-American Court of Human Rights has given to the right to health, considering some jurisdictional issues, as well as establishing some perspectives with reference to its future prospects.

KEY WORDS: Right to health. Inter-American Court of human rights. Interpretation of the law. Human Rights. Jurisprudence..

SUMARIO: **1.** Introducción. **2.** Competencias y limitantes de la Corte en el derecho a la salud: la justiciabilidad del Protocolo de San Salvador en el Sistema Interamericano y su vinculación con el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos. **3.** Los estándares del derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte IDH. **4.** La aplicación de los estándares ante analizados y la vinculación con la normativa interna. El principio de directriz de preferencia de normas. **5.** ¿Es posible hablar de “derecho a la salud” en la jurisprudencia de la Corte IDH? Algunas Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Paliando cualquier diferenciación que quite efectividad a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, categoría en la que se incluye al derecho a la salud, corresponde entender a éste como uno inherente a la personalidad humana, derivado del concepto de dignidad, y que, por consiguiente, se encuentra dotado de toda caracterización como derecho fundamental, cuyo cumplimiento debe ser atendido y cuya tutela es competencia de los tribunales jurisdiccionales.

El derecho a la salud se encuentra indisolublemente ligado al derecho a la vida y a la integridad física. No obstante, supone un contenido diferencial que se define por su propio término, representando una serie de acciones tendientes al logro de su significación: sano desarrollo, aspectos de higiene y medioambientales, acceso a medios adecuados de prevención y tratamiento de enfermedades, y, en general, asistencia, control y servicios médicos apropiados.

Este derecho a la salud supone, por tanto, que todos los sujetos tienen derecho a vivir en un ambiente preventivo y que asegure el sano desarrollo de la persona, así como a servirse de servicios médicos que permitan realizar controles, prevenciones y tratamientos acordes a los estándares exigidos.

Por supuesto, la realización de políticas públicas y la efectiva tutela de este derecho irrogarán un gasto para la hacienda pública. Pues, ello ocurre, en iguales términos, con todos los derechos fundamentales¹. Por consiguiente, dicho rasgo no traza una división entre derechos de primera y segunda generación, que implique la garantía de unos, por sobre la ineffectividad de los otros, sino que la temática económica se encuentra inmersa en la salva-

¹ v. HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R. *El Costo de los Derechos*. Buenos Aires, Siglo veintiuno editores SA, 2011.

guarda de todos los derechos, siendo, este último, el fin estatal primordial y que da concepto al propio estado de derecho.

En este orden, la operatividad del derecho a la salud no parece ser discutible². En adición, este derecho se encuentra reconocido en diversos instrumentos internacionales, así como en la Constitución y normativa interna de los estados, estando éstos obligados a su tutela; aspectos que han sido enfatizados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”).

En el presente me concentraré en analizar el tratamiento que la Corte IDH ha otorgado al derecho a la salud, sea en forma directa, como indirectamente, a través de los fallos que se expiden sobre otros derechos, pero con implicancias en esta materia. Según analizaré seguidamente, la Corte IDH se estatuyó como un órgano de garantía primordial de este derecho, no solo en lo que refiere a la reparación del caso concreto sometido a su análisis, sino, fundamentalmente, a través de la elaboración de estándares y de su estudio mediante las obligaciones generales de protección que el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante “CADH”) vierte a cargo de los estados.

Comenzaré, primeramente, ahondando en las competencias que la Corte IDH posee en la materia, para luego adentrar en la aplicación práctica del artículo 26 de la CADH, y, principalmente, en el tratamiento que se le ha dado al derecho a la salud, el cual es varias veces referido y tutelado a través de líneas jurisprudenciales que constituyen estándares en esta temática. Finalmente, culminaré haciendo alusión a los recientes avances de la jurisprudencia analizada y a algunas interrogantes que cabrá profundizar en atención a su futuro perfeccionamiento.

² Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se han pronunciado respecto a la interdependencia y exigibilidad de los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales. Al respecto, cabe citar: Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, párr. 102 y 103, y *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261, párr. 131; y Corte Europea de Derechos Humanos. *Caso Airey Vs. Ireland*. Application no. 6289/73. Sentencia de 9 de octubre de 1979, párr. 25; y *Caso Sidabras and Dziautas Vs. Lituania*. Applications nos. 55480/00 *begin_of_the_skype_highlightin*, 55480/00, *end_of_the_skype_hy* 59330/00 *begin_of_the_skype_highlighting*, Sentencia de 27 de Julio de 2004, párr. 47.

II.

COMPETENCIAS Y LIMITANTES DE LA CORTE EN DERECHO A LA SALUD: LA JUSTICIABILIDAD DEL PROTOCOLO DE SAN SALVADOR EN EL SISTEMA INTERAMERICANO Y SU VINCULACIÓN CON EL ARTÍCULO 26 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El derecho a la salud se encuentra reconocido, en el Sistema Interamericano, a través del artículo 26 de la CADH y, más específicamente, en el artículo 10 del Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “Protocolo de San Salvador”).

La justiciabilidad del Protocolo de San Salvador en forma directa ha sido excluida de la competencia de la Corte IDH, por las disposiciones contenidas en el artículo 19 de dicho Protocolo.

En efecto, al restringir, para el mencionado Protocolo, el mecanismo jurisdiccional de protección, ejercido regionalmente por la Corte IDH, únicamente, a ciertas hipótesis de vulneración de derechos sindicales o de educación, la posibilidad de exigir la tutela del derecho a la salud, por el mecanismo de petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos resultaría imposibilitado.

¿Supone, este aspecto, una restricción a los medios de protección y, por consiguiente, una limitación a su exigibilidad práctica en el Sistema Interamericano?

La jurisprudencia de la Corte IDH, —con especial vinculación a lo ya postulado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos—, demuestra lo contrario. Pues, si bien el artículo 19 del Protocolo de San Salvador reserva el mecanismo regional de tutela jurisdiccional a ciertos derechos sindicales y educación, ello no posee ninguna consecuencia en lo ya postulado en la CADH, y en la justiciabilidad de sus artículos 1, 2 y 26, así como en la vinculación del derecho a la salud con la formulación de otros derechos, tales la vida o la integridad personal (artículos 4 y 5 de la CADH).

En este sentido, y en primer lugar, las restricciones en la justiciabilidad del Protocolo de San Salvador no debieran verter consecuencias sobre el artículo 26 de la CADH, en cuya interpretación se contiene el derecho a la salud. En este punto, si bien esta norma establece cierta progresividad en los niveles de protección, ello no resulta un obstáculo para su tutela directa, aspecto por demás cuestionado en la jurisprudencia de la Corte IDH, como analizaré a continuación.

Igualmente, y sin perjuicio de ello, es de adicionar, en segundo término, que dicho artículo 26, —conteniendo al derecho a la salud—, se relaciona intrínsecamente con los artículos 1 y 2 de la CADH por los cuales los estados se comprometieron a respetar los derechos reconocidos y a garantizar su pleno ejercicio, mediante la realización de obligaciones positivas y negativas, así como a través de la adecuación de las normas legislativas que los regulan. En este sentido, la falta de protección normativa, y en los hechos, del derecho a salud vulneraría los artículos 1 y 2, en su relación con el artículo 26 de la CADH, siendo, éstos, tutelables directamente ante el Sistema Interamericano y no quedando bajo la restricción del artículo 19 del Protocolo de San Salvador.

Por otra parte, en tercer lugar, la propia vinculación del derecho a la salud con otros derechos, tal la vida o la integridad física, posibilitarían su tutela a través de estos últimos, habiéndose considerado que el incumplimiento de ciertas obligaciones referentes al estado físico, moral o psíquico de un sujeto vulnera los artículos 4 y/o 5 de la CADH.

Seguidamente analizaré estos tres supuestos en los que el derecho a la salud es tutelable directamente ante el Sistema Interamericano, pudiendo ser, por consiguiente, salvaguardado en la jurisprudencia de la Corte IDH.

(i) El artículo 26 de la CADH, su interpretación y la progresividad en la protección del derecho a la salud

El artículo 26 se encuentra incluido en el Capítulo III de la CADH, como regulador de los “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, disponiendo que:

Artículo 26. Desarrollo Progresivo. *Los estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.*

Tal sostiene COURTIS³, en la interpretación de este artículo 26 se plantea una primera interrogante, esto es, ¿cuáles son los derechos que se contienen en dicha disposición? Pues, a diferencia de lo que ocurre con los anteriores artículos de la CADH la norma no define a los derechos, sino que se remite, para ellos, a otros instrumentos internacionales de

³ COURTIS, Christian. “Derechos económicos, sociales y culturales. Artículo 26. Desarrollo Progresivo”, en: STEINER, Christian y URIBE, Patricia (Coord.). Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario. Konrad Adenauer Stiftung, 2014, pág. 665.

protección: las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (en adelante “Carta de la OEA”), reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

En este cuestionamiento inicial, y para los efectos del presente, no caben dudas respecto a que el derecho a la salud se encuentra en dicha disposición. En este punto, es de notar que la Carta de la OEA, en su artículo 34 incluye, como meta básica la “Defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica”.

Cabe observar, igualmente, que el intérprete no buscará el derecho en la Carta de la OEA, sino la norma económica, social y sobre educación, ciencia y cultura de la que emane un derecho. Al decir de COURTIS:

La distinción es importante, porque el texto del artículo 26 sugiere que existen normas en la Carta de la OEA reformada por el Protocolo de Buenos Aires que, sin consagrar directamente derechos, pueden constituir la fuente de derechos en la medida en que éstos se deriven de aquéllas. Como veremos esta doble operación es necesaria en la gran mayoría de los casos, dado que el objeto fundamental de la Carta de la OEA no era el de consagrar directamente derechos para las personas, sino el de crear la organización y fijar sus fines, imponiendo obligaciones a los estados. En este sentido puede decirse que, pese a lo escueto de su texto, es el artículo 26 de la Convención Americana el que asigna carácter de derechos humanos de las referencias normativas de la Carta de la OEA en la materia —redactadas en términos de principios, objetivos y medidas de política pública que los estados miembros de la organización se comprometen a adoptar⁴.

En adición, cabe considerar que, en virtud de los postulados emitidos por la Corte IDH en la Opinión Consultiva No. 10/89⁵, corresponde acudir a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre para determinar cuáles son los derechos humanos incluidos en la Carta de la OEA. Asimismo, por aplicación de una interpretación *pro hómine* o pro persona, —la cual debe ser preferida en normas de derechos fundamentales, y especialmente contemplada en el artículo 29 de la CADH—, corresponde orientar, la interpretación del artículo 26 con otros instrumentos regionales e internacionales de protección, tal el propio Protocolo de San Salvador, además de otros Tratados y Convenciones⁶.

⁴ COURTIS, Christian. *Derechos económicos, sociales y culturales. Artículo 26. Desarrollo Progresivo.*

⁵ Corte IDH, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párr. 43 y 45

⁶ Esta interpretación también es sugerida por FERRER MAC-GREGOR en su voto emitido en el *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador.*

No cabiendo dudas respecto a que el artículo 26 incluye al derecho a la salud, me detendré en una segunda interrogante, esto es, qué efectos posee dicho artículo 26 y cómo se vincula con los parámetros de “desarrollo progresivo” y la “medida de los recursos disponibles”.

En primer lugar, la inclusión del derecho a la salud en el artículo 26 de la CADH lo hace un derecho exigible y justiciable en la esfera jurisdiccional. Así lo ha entendido el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, al puntualizar que:

La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad⁷.

En lo que respecta al Sistema Interamericano, primeramente, la Corte IDH ha considerado la exigibilidad de derechos económicos, sociales y culturales en el *Caso Acevedo Buendía Vs. Perú*⁸ en el que se cita expresamente el fallo *Airey Vs. Irlanda* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹ que dispone:

Si bien el Convenio recoge derechos esencialmente civiles y políticos, gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social. Por eso, el Tribunal estima, como lo hace la Comisión, que el hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no es factor decisivo en contra de dicha interpretación, ya que no existe una separación tajante entre esa esfera y el campo cubierto por el Convenio.

Recientemente, en el *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*¹⁰, la Corte IDH enfatiza la interrelación existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos sociales y culturales estableciendo que:

(...) la Corte también considera pertinente recordar la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos sociales y culturales, ya que deben

⁷ Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. E/C.12/1998/24, párr. 9.

⁸ *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*, párr. 101

⁹ Corte Europea de Derechos Humanos. *Caso Airey Vs. Ireland*, párr. 25.

¹⁰ *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*, párr. 131.

ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.

Por otra parte, y en segundo término, y conforme a lo ya adelantado, el artículo 26, como integrante de la CADH, se relacionará, indefectiblemente, con los artículos 1 y 2 de la misma. A este respecto dedicaré el apartado siguiente, por lo que me reservaré el desarrollo para dicha oportunidad.

En tercer lugar, cabe ahondar en lo que especialmente refiere a las menciones de progresividad en el desarrollo de los derechos contenidos en el artículo 26. En este punto, es de mencionar que son pocos los casos jurisprudenciales en los que la Corte IDH ha desarrollado esta norma, por lo que no se ha generado una mayor explicitación de sus términos¹¹. No obstante ello, esta temática es abordada en los *Casos Cinco Pensionistas Vs. Perú*¹² y *Acevedo Buendía Vs. Perú*, en el primero con pocas luces, pero en el segundo ya perfilando una interpretación del precepto en conformidad con los informes del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹³.

En esta línea, por tanto, “progresividad” supone, necesariamente, una obligación de hacer, esto es, de adoptar providencias y brindar medios y elementos necesarios para responder a la efectividad de estos derechos. Asimismo, también se deriva una obligación de no regresividad, ambos aspectos susceptibles de ser analizados y tutelados en forma jurisdiccional por la Corte IDH¹⁴.

Por consiguiente, del análisis e interpretación del artículo 26 de la CADH se extrae que el derecho a la salud, como derecho contemplado en las *normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos*, se encuentra en la propia Convención, siendo exigible al efecto. La Corte IDH ha puntualizado en la justiciabilidad de todos los derechos por igual, sin distinción de aquellos económicos, sociales y culturales, por lo cual esta norma, perfectamente, podría ser objeto de vulneración por un estado y ello objeto de pronunciamiento por parte de la Corte IDH.

¹¹ Cfr. *Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 147 y 148; *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 158; *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*, párr. 99 a 103.

¹² *Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú*, párr. 147 y 148

¹³ Cfr. Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Declaración sobre “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga” de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto”, E/C.12/2007/1, 38º Período de Sesiones, 21 de setiembre de 2007, párr. 8.

¹⁴ Cfr. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*, párr.102 y 103.

En este último punto, si bien aún la Corte IDH no ha condenado la violación del artículo 26, sí fueron varios los miembros de este Tribunal que propugnaron, en sus votos concurrentes o razonados, el análisis del caso, directamente, desde esta norma¹⁵.

(ii) Las obligaciones contenidas en los artículos 1 y 2 de la CADH en relación con el derecho a la salud (artículo 26 de la CADH)

Los artículos 1 y 2 de la CADH establecen la obligación de los estados de respetar y garantizar los derechos reconocidos, sin discriminación, así como de adoptar las medidas internas, legislativas o de otro carácter, que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

En la medida que, conforme a lo antes puntualizado, el artículo 26 contiene al derecho a la salud, entonces es posible advertir que los estados tienen el deber de garantía y de adecuación normativa (artículos 1 y 2) en referencia a éste.

En este punto sostiene Sergio GARCÍA RAMÍREZ que el artículo 26 contempla derechos y que: "...los derechos (...) contenidos en el Pacto San José de Costa Rica y aceptados por los estados (...) se hallan sujetos al régimen general de supervisión y decisión, o dicho de otra manera, a los "medios de protección"¹⁶.

Asimismo, la doctrina ha añadido que:

Si aún existiera alguna duda, correspondería interpretar los artículos 1 y 2 a la luz del principio pro homine, reflejado en el artículo 29 de la Convención. El inciso d) prohíbe interpretar la Convención en el sentido de "excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza". Como hemos visto, la Declaración Americana incluye derechos económicos, sociales y culturales, y la Corte Interamericana prescribe su utilización para identificar los derechos humanos incluidos en la Carta de la OEA, de modo que excluir la aplicación de los artículos 1 y 2 al artículo 26 de la Convención significaría adoptar una interpretación que excluya o limite el efecto de la Declaración Americana, frustrando el mandato expreso del artículo 29 inciso d)¹⁷.

¹⁵ Cfr. Voto Concurrente de la Jueza Margarette May Macaulay en el *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246; y Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en el *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*.

¹⁶ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales*, en: *Cuestiones Constitucionales*, No. 9, citado por: PARRA, Oscar. *La protección del derecho a la salud a través de los casos contenciosos ante el sistema interamericano de derechos humanos*, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32459.pdf>

¹⁷ COURTIS, Christian. *Derechos económicos, sociales y culturales. Artículo 26. Desarrollo Progresivo*, p. 669.

La jurisprudencia de la Corte IDH ha resultado clara en este sentido, no habiendo vacilaciones en este punto. Así entonces, la Corte IDH distinguió, en dichas obligaciones de garantía, una esfera negativa, cual es el respeto de los derechos y libertades, así como una positiva, esto es, la adopción de las medidas apropiadas para garantizarlos¹⁸. En esta última, y, asimismo, en el deber de adoptar las disposiciones de derecho interno necesarias para dar protección, es en donde la Corte IDH analiza y observa, mayormente, la conducta de los estados en lo que especialmente refiere a la tutela del derecho a la salud: el establecimiento, por un lado, de mecanismos normativos aptos para su regulación y cuidado; y, por otra parte, la necesaria fiscalización y control a cargo de las autoridades estatales¹⁹.

(iii) La protección del derecho a la salud en conexión con el contenido de otros derechos a través de la jurisprudencia de la Corte IDH

Sin perjuicio del desarrollo antes efectuado, en el plano en el que, sin lugar a dudas, la Corte IDH ha dado mayor protección al derecho a la salud en su jurisprudencia ha sido al vincular el contenido de este derecho con otros, tales la vida y la integridad personal.

Así entonces, la Corte IDH declaró la vulneración de otros derechos afectados, pero, en su fundamentación, incorpora al derecho a la salud y se vislumbra el incumplimiento del estado con obligaciones que especialmente se relacionan con este.

En el *Caso Villagrán Morales y otros Vs. Guatemala* la Corte IDH interpretó el concepto de “vida digna” como integrante del artículo 4 de la CADH, al puntualizar que:

(...) el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a condiciones que le garanticen una existencia digna. Los estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieren para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él²⁰.

Dentro de este concepto de vida digna y con especial vinculación con la salud, en el *Caso Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay*, la Corte IDH sostuvo que: “un estado

¹⁸ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 165 y 166; Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 234; Caso Vera Vera Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 19 de mayo de 2011, Serie C No. 226, párr. 41; Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012 Serie C No. 259, párr. 188; y Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador, párr. 127.*

¹⁹ Cfr. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia de 4 de Julio de 2006, párr. 89 y 99; y Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador, párr. 130.*

²⁰ *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares. Sentencia de 11 de septiembre de 1997. Serie C No. 32, párr. 144.*

tiene, respecto de niños privados de libertad y, por lo tanto, bajo su custodia, la obligación de, inter alia, proveerlos de asistencia de salud y educación²¹.

Asimismo, también es posible encontrar estos conceptos en otros casos sobre vulneración de derechos en centros de reclusión²², así como, por otra parte, en lo que atañe a la protección de los derechos de miembros de comunidades indígenas²³.

En otro orden, el derecho a la salud fue tratado en la jurisprudencia de la Corte IDH en distintos contextos, tales los *Casos Ximenes Lopez Vs. Brasil*²⁴; *Albán Cornejo Vs. Ecuador*²⁵; *Furlan Vs. Argentina*²⁶ y *Suárez Peralta Vs. Ecuador*²⁷. En estos, el derecho a la salud se analiza en los fundamentos de vulneraciones al derecho a la vida o a la integridad física, creando, indirectamente, un estándar de protección que, si bien no tratado directamente y con tal nombre, se encuentra, indudablemente, presente en estos fallos. Sostuvo la Corte IDH que:

(...) el derecho a la vida es un derecho humano fundamental cuyo goce pleno constituye una condición para el ejercicio de todos los derechos. La integridad personal es esencial para el disfrute de la vida humana. A su vez, los derechos a la vida y a la integridad personal se hallan directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud humana²⁸.

III.

LOS ESTÁNDARES DEL DERECHO A LA SALUD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH

En los casos antes citados, por tanto, corresponde destacar que la jurisprudencia de la Corte IDH ha contribuido a establecer un verdadero estándar en la protección del derecho

²¹ *Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, ppárr. 161

²² *Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay; Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160; *Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218; *Caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador; Caso Díaz Peña Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de junio de 2012. Serie C No. 244.

²³ *Caso Comunidad Indígena Yakey Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas.* Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.

²⁴ *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Excepción Preliminar.* Sentencia de 30 de noviembre de 2005. Serie C No. 139.

²⁵ *Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador. Fondo Reparaciones y Costas.* Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 117.

²⁶ *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina.*

²⁷ *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador.*

²⁸ *Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador,* párr. 117.

a la salud y, particularmente, en las obligaciones a cargo de los estados en aras a su tutela y garantía.

En este sentido, si bien vinculado con los artículos 4 y 5 de la CADH (derechos a la vida e integridad personal); y/o con las obligaciones de garantía y adecuación normativa (artículos 1 y 2 de la CADH), el derecho a la salud fue tratado y, por ende, justiciado ante la Corte IDH.

En su contenido, es posible clasificar a los postulados de la Corte IDH en esta materia en tres aspectos diferenciales:

- (i) El deber de los estados de establecer un marco normativo adecuado, y que asegure un mínimo de garantías a este derecho;
- (ii) La necesidad de dotar a los servicios de un estándar de disponibilidad y calidad, conformes con la tutela de la salud de los sujetos; y
- (iii) La obligación de efectuar una inspección, vigilancia y control en la prestación de los servicios de salud, sean públicos como privados.

La Corte IDH ha conceptualizado a la salud como *“un bien público cuya protección está a cargo de los estados”*²⁹. Para ello, la Corte IDH ha enfatizado, a lo largo de su jurisprudencia, en la necesaria regulación de los servicios de salud, a través del establecimiento de normativa adecuada.

Es de observar que la regulación de las prestaciones de salud debe contener, como mínimo:

- (i) Aspectos concernientes a los servicios: prestaciones de salud de calidad³⁰, parámetros de tratamiento e internación a ser observados por las instituciones de atención de salud³¹, entre otros;
- (ii) Requisitos respecto al personal médico que desarrollará la actividad, los que deben asegurar su cualificación y capacitación³²;
- (iii) Exigencias entorno a las instituciones de salud: infraestructura apta y condiciones higiénico-sanitarias adecuadas³³;

²⁹ *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, párr.89.

³⁰ *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, párr. 98.

³¹ *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, párr. 99.

³² *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*, párr.131.

³³ *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*, párr. 131

- (iv) Mecanismos para fiscalizar e inspeccionar tanto a los profesionales, como a las instituciones médicas, o establecimientos que presten esta actividad, sean públicos o privados³⁴;
- (v) Procedimientos para investigar cualquier irregularidad o vulneración al derecho³⁵, resolver quejas, e imponer sanciones disciplinarias³⁶. Asimismo, se destaca la necesidad de contar con procedimientos jurisdiccionales en este sentido³⁷, así como el establecimiento del tipo penal de la mala praxis médica, o de su homólogo³⁸.

En lo que respecta a los servicios, la Corte IDH ha tomado los postulados de la Observación General Número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, esto es, el orientarse a asegurar los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de las prestaciones médicas³⁹. En los mismos, es de destacar la exigencia de accesibilidad por igual y de un número suficiente de centros de atención a la salud, con inclusión de determinados servicios y condiciones básicas: agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, personal médico profesional y capacitado. Esto último se relaciona, asimismo, con la necesaria calidad que deben poseer dichos establecimientos, así como con la atención brindada, la cual debe realizarse por personal apto para tales prestaciones, punto que se enfatiza y desarrolla especialmente en el *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*⁴⁰.

Sin embargo, la Corte IDH también puntualiza en cuanto a que esta legislación no es adecuada si no es puesta en práctica, en forma efectiva, a través de mecanismos de control, supervisión y fiscalización de las instituciones, las prestaciones y el personal⁴¹.

³⁴ *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, párr. 99; *Caso Albán Cornejo Vs. Ecuador*, párr. 121, *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*, párr. 130

³⁵ En este punto, es de notar que en el *Caso Albán Cornejo Vs. Ecuador*, la Corte IDH enfatiza en la necesidad de asegurar un acceso al expediente médico. Véase: *Caso Albán Cornejo Vs. Ecuador*, párr. 67.

³⁶ *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, párr. 99.

³⁷ Los procedimientos administrativos y jurisdiccionales deberán cumplir con las exigencias de los artículos 8 y 25 de la CADH, aspecto también por demás analizado por la Corte IDH, al que no me referiré en esta oportunidad, por exceder el objeto de este estudio.

³⁸ *Caso Albán Cornejo Vs. Ecuador*, párr. 135. La Corte puntualiza que no es necesaria la adopción de una figura específica para la mala praxis médica, sino que puede ingresar en los delitos generales de homicidio o lesiones. No obstante, establece ciertos requisitos para éstos.

³⁹ *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*, párr. 152.

⁴⁰ Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General Número 14, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000.

⁴¹ En el *Caso Ximenes López Vs. Brasil*, la Corte IDH ha puntualizado que: "Los Estados tienen la obligación de consagrar y adoptar en su ordenamiento jurídico interno todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea cumplido y puesto en práctica, y que tal legislación no se transforme en una mera formalidad, distanciada de la realidad" (*Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, párr. 98).

Conforme a la jurisprudencia de la Corte IDH⁴², es deber del estado fiscalizar y controlar a las entidades de salud, deber que se enmarca dentro de la obligación de garantizar los derechos de los sujetos. En este punto, es de notar que la jurisprudencia traza una diferenciación de la conducta a ser cumplida en cada caso por el estado, pues, conforme puntualiza, éste no es responsable, ilimitadamente, por conductas de los particulares, sino, únicamente, en los casos en los que incumplió la obligación de garantía que era de su cargo⁴³.

Por consiguiente, el estado será responsable de la vulneración del derecho a la salud, sea considerándolo individualmente, o bien en su conjunción con el contenido del derecho a la vida o a la integridad personal, cuando sea omiso o no cumpla correctamente sus deberes de regular normativamente la actividad e instituciones conforme a lo antes mencionado, así como de fiscalizar y controlar las prestaciones.

Es de destacar, en este punto, que la obligación de fiscalización y control se extiende, tanto sobre entidades públicas, directamente o indirectamente dependientes del estado, como sobre instituciones privadas. En este sentido, el ex Juez Sergio GARCÍA RAMÍREZ en su voto razonado del *Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador*, señaló que:

Aquella obligación de respeto y garantía comprende —así lo estableció la Corte en el Caso Ximenes Lopes y lo reitera en la sentencia a la que acompaño este Voto— tanto las situaciones en que se ha delegado un servicio, que los particulares brindan por encargo y cuenta del estado, como la indispensable supervisión de servicios privados relativos a bienes del más alto interés social, que es el caso de la salud, cuya vigilancia compete inexcusablemente al poder público. A la hora de resolver sobre violación de derechos humanos y responsabilidades del estado no se puede perder de vista la naturaleza privada de la institución y de los empleados, funcionarios o profesionales que actúan en ella; pero tampoco la relevancia pública y/o social de la función que aquéllos y ésta han asumido, a la que no pueden ser ajenos el interés, el deber y la supervisión del estado⁴⁴.

También el Tribunal Europeo de Derecho Humanos se ha pronunciado en este punto, en el *Caso Storck Vs. Alemania*, en el cual ha sostenido que:

(...) la Corte observa que el estado tiene la obligación de asegurar a sus ciudadanos su derecho a la integridad física, bajo el artículo 8 de la Convención. Con esa finalidad, existen hospitales administrados por el estado, que coexisten con hospitales privados. El estado no puede absolverse

⁴² Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Cit., párr. 172; *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, párr. 85; *Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador*, párr. 119; y *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*, párr. 130.

⁴³ Cfr. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 123; *Caso González y otras ("Campo Algodonero")*, Cit., párr. 280; y *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*, párr. 129.

⁴⁴ Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez en el *Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador*, párr. 2. Cfr. *Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador*, párr. 119. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, párr. 172; y *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, párr. 85.

completamente de su responsabilidad al delegar sus obligaciones en esa esfera a individuos u organismos privados. [...] La Corte encuentra que [...] en el presente caso el estado mantenía el deber de ejercer la supervisión y el control sobre instituciones [...] privadas. Tales instituciones, [...] necesitan no sólo una licencia, sino también una supervisión competente y de forma regular, para averiguar si el confinamiento y el tratamiento médico están justificados⁴⁵.

Por otra parte, es de considerar que, en ciertos supuestos, el estado también posee una especial obligación de cuidado, lo que ocurre en las situaciones de especial vulnerabilidad, tal la discapacidad, aspectos referidos en los *Casos Ximenes López Vs. Brasil y Furlán Vs. Argentina*.

En este punto, es de precisar que la Corte IDH recurre a otros instrumentos internacionales para precisar el contenido de las obligaciones en cuestión. En este sentido, sostuvo que: “*Los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental de las Naciones Unidas* ofrecen una guía útil para determinar si la atención médica ha observado los cuidados mínimos para preservar la dignidad del paciente”⁴⁶.

IV.

LA APLICACIÓN DE LOS ESTÁNDARES ANTES ANALIZADOS Y LA VINCULACIÓN CON LA NORMATIVA INTERNA. EL PRINCIPIO DE DIRECTRIZ DE PREFERENCIA DE NORMAS

Como último aspecto a ser abordado, es de detenernos en la aplicación práctica que de los estándares antes enunciados corresponde efectuar ante un caso concreto. Pues, si bien la Corte IDH, a través de su jurisprudencia, ha delimitado el contenido y alcance de las obligaciones que emanan de los instrumentos interamericanos de protección del derecho a la salud, cabe mencionar que éstas no serán, necesariamente, las únicas normas aplicables.

En este orden, corresponde diferenciar la delimitación y alcance emitido por la Corte IDH en relación a este derecho, de la normativa interna que, cada estado, aprueba en la materia.

⁴⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Storck Vs. Germany*. *Sentencia del 16 de Junio de 2005*, párr. 103, citada en el *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*, párr. 151.

⁴⁶ *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, párr. 131.

Los estándares antes estudiados, emanados de las normas interamericanas sobre derechos fundamentales constituyen un mínimo sobre el cual se debe dar cumplimiento a las obligaciones estatuidas en la CADH. En este sentido, es de considerar que el contenido desarrollado por la Corte IDH no es, sino, el alcance básico a ser tutelado por los estados.

Por consiguiente, los estados, en su normativa interna, deben incorporar estos estándares de protección. Por supuesto, podrán, incluso, y en la medida de sus recursos disponibles, ampliar dicha tutela, brindando, asimismo, mayores servicios y prestaciones, pues el derecho a la salud, en este caso, tendría una efectividad aún mayor a la establecida en las normas interamericanas.

El artículo 29 de la CADH dispone que:

“Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

(...)

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos estados”.

El principio *pro homine*, del cual deriva la directriz de preferencia de normas e interpretaciones, supone, —tal como expresa la disposición transcrita—, que, ante un caso concreto, el ordenamiento jurídico aplicable será determinado por aquella norma que mejor proteja al derecho en cuestión⁴⁷. Por lo tanto, y estableciendo, la CADH, mínimos de protección, en momentos de resolver un caso concreto cabrá determinar si la normativa interna otorga una mayor o menor tutela que la mentada en la CADH, conforme a la jurisprudencia antes analizada.

En caso de que la norma interna, —sea ésta constitucional, legal o de cualquier carácter—, brinde una mayor esfera de garantía al derecho, pues, entonces, corresponderá aplicar esta última, observando el principio de directriz de preferencia de normas, y considerando, directamente, el artículo 29, literal b, de la CADH, antes citado. Es lo que ocurre, a modo de ejemplo, con el ámbito de protección incluido en el artículo 44 de la Constitución uruguaya⁴⁸.

⁴⁷ A este respecto, véase: RISSO FERRAND, Martín. Algunas garantías básicas de los derechos humanos. Montevideo, FCU, 2008, pp. 30 y 31.

⁴⁸ Este artículo establece que: “El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país. Todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad. El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes”.

En este sentido, la Corte IDH, ha sostenido que:

De conformidad con el artículo 29.b) de la Convención, si alguna ley del estado parte u otro tratado internacional del cual sea parte dicho estado otorga una mayor protección o regula con mayor amplitud el goce y ejercicio de algún derecho o libertad, éste deberá aplicar la norma más favorable para la tutela de los derechos humanos⁴⁹.

La Corte IDH, por consiguiente, ha delimitado, a lo largo de su jurisprudencia, el contenido del derecho a la salud, así como las obligaciones que, para su tutela y protección, son de cargo de los estados. Éstas constituyen mínimos a ser desarrollados para otorgar la garantía a este derecho.

Los estados, por su parte, poseen el deber de cumplir con las mencionadas obligaciones, —dando recepción a los deberes contraídos en virtud de la CADH—, pero, además, podrían, sin lugar a dudas, extender este espectro de protección, otorgando una mayor amplitud, y brindando mayores prestaciones en aras a la garantía de este derecho. En este último supuesto, la disposición a ser aplicada será aquella que mejor proteja al derecho en cuestión (artículo 29 de la CADH), la que, en adición, se integrará con las obligaciones del artículo 26 de la CADH y el deber de no regresividad antes estudiado.

V.

¿ES POSIBLE HABLAR DE “DERECHO A LA SALUD” EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE? ALGUNAS CONCLUSIONES

Conforme hemos analizado, el derecho a la salud ha sido tratado y desarrollado en la jurisprudencia de la Corte IDH, delimitando su alcance y concretizando las obligaciones que son de cargo de los Estados en relación al mismo.

En este sentido, la Corte IDH no solo ha desarrollado los deberes de regulación y control, sino, asimismo, ha dado contenido a dichas obligaciones, precisando los aspectos que, necesariamente, deben estar contemplados. Un mínimo de servicios, con características de accesoriadad, disponibilidad y calidad, parámetros de tratamiento e internación, además

⁴⁹ Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 180.

de una adecuada fiscalización y procedimientos de control y, en su caso, sanción de las instituciones y el personal han sido incluidos.

Los aspectos jurisprudenciales antes mencionados contribuyen a la delimitación de las obligaciones a cargo de los Estados, como garantes, así como a la construcción de un verdadero estándar en esta materia, aspecto utilizado para analizar, particularmente, el cumplimiento con las obligaciones de protección y su contenido antes precisado.

Asimismo, es de destacar que estos postulados constituyen mínimos a ser cumplidos, lo cual no obsta que los estados, —sea a través de su normativa interna, o bien por otras obligaciones derivadas de tratados suscriptos—, le otorguen un contenido mayor, —tal lo contemplado en el artículo 44 de la Constitución uruguaya—, en cuyo caso será esta última la norma e interpretación preferida, —la que mejor protege el derecho en cuestión—, sobre la cual, además, obrará la obligación de no regresividad que emana del artículo 26.

Sin embargo, como también ha sido observado, la Corte IDH no ha tratado al derecho a la salud en forma directa, a través del artículo 26 de la CADH, —aspecto reclamado por algunos de los miembros de este tribunal, en sus votos concurrentes o razonados—, sino, indirectamente, mediante su vinculación con los derechos a la vida y a la integridad personal (artículos 4 y 5 de la CADH), en relación con las obligaciones de protección y adecuación normativa (artículos 1.1 y 2 de la CADH).

La Corte IDH no posee obstáculo normativo alguno para considerar, en su jurisprudencia, la vulneración del artículo 26 y, en éste, al derecho a la salud. No obstante, aún con algunas reticencias, éste tratamiento directo no ha sido alcanzado.

Sostuvo FERRER MAC-GREGOR en su voto razonado respecto al *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador* que:

Sin embargo, estimo que el derecho a la salud debió abordarse de manera autónoma debido a los hechos probados y a la afectación sufrida por una de las víctimas por la mala praxis médica con responsabilidad estatal. En ese sentido, al estar implicado desde mi perspectiva directamente el derecho a la salud de una las víctimas, se pudieron haber abordado las implicaciones relativas con esta afectación, lo cual podría derivar en declarar, incluso, una violación al deber de garantizar el derecho a la salud vía el artículo 26 de la Convención Americana⁵⁰.

⁵⁰ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Voto Concurrente a la Sentencia de la Corte IDH en el Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador, párr. 91.

En contraposición, otro de los miembros del Tribunal Interamericano, el Juez Alberto PÉREZ PÉREZ continúa con la postura reticente a admitir la justiciabilidad del derecho a la salud, al exponer que:

La finalidad del presente voto razonado es exclusivamente dejar en claro que las referencias al derecho a la salud contenidas en la sentencia no significan que se esté asumiendo competencia en relación con ese derecho en particular, o con los derechos económicos, sociales y culturales en general. La competencia contenciosa de la Corte está fijada en el artículo 62 de la Convención Americana y en el artículo 19, párrafo 6, del Protocolo de San Salvador, sin perjuicio de las disposiciones pertinentes de otras convenciones interamericanas sobre derechos humanos⁵¹.

La dicotomía imperante en la diferenciación de ambos votos resulta evidente, y manifiesta la autorestricción que, en torno a este derecho, se observa en la jurisprudencia interamericana. Mientras FERRER MAC-GREGOR proclama la consideración autónoma del derecho a la salud mediante el artículo 26 de la CADH, el Juez PÉREZ PÉREZ excusa que las menciones a la salud, no implican su justiciabilidad directa, pues ello, a su juicio, le estaría vedado a la Corte IDH.

El artículo 26 de la CADH, estando incorporado a ésta, no puede sino calificarse como una norma con un expreso contenido que debe ser cumplido por los Estados Partes y, en su caso, justiciable ante el mecanismo interamericano de protección. El derecho a la salud, como integrante de dicho articulado, debe ser contemplado por el Tribunal Interamericano, y, asimismo, vincularse, necesariamente, con las obligaciones establecidas en los artículos 1 y 2 de la CADH.

En este línea, —y no obstante no contemplarse de forma directa—, en la jurisprudencia analizada es posible observar un tratamiento del derecho a la salud, en cuanto se precisa su alcance, su delimitación y, especialmente, se analiza el cumplimiento de las obligaciones que son de cargo de los estados. En este sentido, y aún sin reconocerlo, la Corte IDH ya se ha pronunciado respecto de este derecho, estableciendo los mínimos de su tutela, los que se traducen en obligaciones concretas, las cuales fueron específicamente analizadas.

En el *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*, adicionalmente, se enfatiza aún más respecto al contenido de este derecho, vinculándolo con la integridad personal, pero tratándolo de forma cuasi autónoma, con una delimitación precisa y detallada, exigiendo, además de los

⁵¹ PÉREZ PÉREZ, Alberto. Voto Razonado a la Sentencia de la Corte IDH en el Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador, párr. 1.

aspectos regulatorios y de control, estándares de calidad para las instituciones públicas y privadas, y sus servicios⁵².

La consideración del derecho a la salud por estas líneas jurisprudenciales, por consiguiente, no ofrece dudas: la Corte IDH ha dado contenido a este derecho, así como ha precisado las obligaciones que los Estados poseen en atención al mismo. La justiciabilidad del derecho a la salud, por tanto, ha encontrado andamiaje en la jurisprudencia interamericana.

¿Cuáles son las perspectivas futuras en torno a esta protección?

La Corte IDH, a través de su jurisprudencia, ha generado un importante cambio en el contenido legislativo, así como en el cumplimiento de ciertos estándares del derecho a la salud en la esfera interna de los estados. La labor, en este punto, ha sido satisfactoria.

La consideración, en los casos futuros, de la salud en forma autónoma, a través del artículo 26, —y ya no necesariamente ligado a la vulneración de los artículos 4 y 5 de la CADH—, acompañará, sin lugar a dudas, el contenido que la Corte IDH ha dado al derecho a la salud, para culminar cualquier duda respecto a su justiciabilidad, las que no parecen mantenerse en su jurisprudencia actual.

Para citar este artículo:

Garat, María Paula, “El tratamiento del derecho a la salud en la jurisprudencia de la CIDH” en *Revista de Derecho-UCU*, 11 (Julio 2015), pp 59-79

Recibido: 18/03/2015

Revisado: 30/04/2015

Aceptado: 27/05/2015

⁵² *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*, párr. 132.

Perspectiva jurídica de la libertad religiosa y la libertad de conciencia

*Gabriel González Merlano**

RESUMEN: Es necesario definir el significado, alcance y extensión de los conceptos libertad religiosa y libertad de conciencia, y a su vez distinguirlos de otros conceptos afines. Ambos derechos fundamentales revisten gran importancia en la sociedad pluralista y son reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y por el ordenamiento jurídico uruguayo.

Referirnos a estos derechos supone valorar la dignidad de la persona humana, en la que se sustentan. Importante es considerar la tutela que de ellos realiza el Estado, tanto cuando se ejercen en forma individual como colectiva, y el modo cómo deben evitarse abusos sin herir libertades.

Merece una atención especial lo sucedido en Uruguay, donde se ha verificado una postura jurídica de espaldas al hecho religioso y de conciencia, que no favorece una laicidad positiva. Por el contrario, se ha dado una neutralidad excluyente, que identifica laicidad con prescindencia o a-religiosidad; no concretizándose en la realidad lo plasmado a nivel de principios.

* Coordinador Área Humanística. Universidad Católica del Uruguay.
E-mail: ggmerlano@gmail.com

Es necesario un debate sobre laicidad y religión, que permita abandonar posturas rígidas y anacrónicas. La democracia y una laicidad inclusiva son las principales garantías, para que las personas y los grupos puedan acceder al pleno ejercicio de estos derechos fundamentales.

ABSTRACT: It is necessary to define the meaning, scope and range of the concepts of freedom of religion or belief and freedom of conscience, and moreover, to distinguish them from other related notions. Both fundamental rights are of the utmost importance in plural societies and are acknowledged by Human Rights International Law as well as by the Uruguayan legal system.

Addressing these rights implies a high valuation of human dignity, upon which these are grounded. It is important to consider the protection granted by the State, both when they are exercised by the individual or in community with others, as well as the means to prevent eventual abuse without infringing liberties.

The case of Uruguay deserves special attention, due to the development of a theoretical trend which “gives its back” to religious and conscientious phenomena, undermining positive secularity. On the contrary, this emerging form of excluding neutrality assimilates secularity to “prescidence” (disregard, abstentionism) from religion to an anti-religious posture; denying by fact what was held as main principles.

A debate on secularity – secularism and religion stands as necessary, overcoming rigid and perished postures. Democracy and an inclusive approach of secularity are the main guarantees for individuals and communities to attain full exercise of these essential rights.

PALABRAS CLAVE: Libertad. Libertad religiosa. Conciencia. Religión. Libertad de pensamiento. Laicismo. Derechos humanos. Tolerancia. Uruguay.

KEY WORDS: Freedom. Religious freedom. Consciousness. Religion. Freedom of thought. Secularism. Human rights. Tolerance. Uruguay.

SUMARIO: **1.** Introducción. **2.** Delimitación de los conceptos de libertad religiosa y libertad de conciencia. a) Libertad religiosa. b) Libertad de conciencia. **3.** La libertad religiosa, aspecto fundamental de la libertad de conciencia en la sociedad pluralista. a) La novedad de la libertad religiosa en el siglo XX. b) Cuestiones relativas a la libertad religiosa. c) Dimensión personal y comunitaria de la libertad religiosa. **4.** La libertad religiosa en Uruguay. **5.** Ideas conclusivas.

1.

INTRODUCCIÓN

Celebramos este año, como lo venimos haciendo en el último tiempo, el cincuentenario de otro de los documentos del Concilio Vaticano II, acontecimiento que contribuyó a una renovada concepción de la Iglesia, tanto en la percepción sobre sí misma, como en su relación con el mundo.

Nos toca, ahora, hacer memoria de la Declaración *Dignitatis humanae*. Esta Declaración conciliar, más allá de lo estrictamente eclesiástico, constituye un invaluable aporte doctrinal también en el ámbito político y jurídico.

Pero, junto a este derecho humano fundamental a la libertad de religión, aparece el de libertad de conciencia —y, también, libertad de pensamiento—, tríada que tradicionalmente es formulada en forma inseparable, aunque individualizando cada derecho para evitar la indiferenciación.

Cuando hablamos de libertad religiosa y libertad de conciencia nos referimos a derechos fundamentales de gran importancia, no solo por su gran amplitud en relación a la actividad humana, sino porque se identifican con convicciones profundas de la persona —ser humano individual y social—, y un modo trascendente de entender el sentido de la vida y de actuar en consonancia con él.

Por eso, el presente trabajo, de carácter jurídico con base filosófica, tiene como objeto, al inicio, delimitar los conceptos de libertad religiosa y de libertad de conciencia, así como otros afines, con los que con frecuencia aquellos se confunden. En segundo lugar, profundizaremos en la realidad de la libertad religiosa, como ámbito privilegiado de la libertad de conciencia, en relación a nuestra sociedad pluralista. Luego, muy brevemente plantearemos la situación de Uruguay en el tema y, finalmente, presentaremos algunas ideas conclusivas.

2.

DELIMITACIÓN DE LOS CONCEPTOS DE LIBERTAD RELIGIOSA Y LIBERTAD DE CONCIENCIA

a) *Libertad religiosa*

La precisión del concepto de libertad religiosa, que significa la libertad de tener una religión, o no, y vivir de acuerdo a ello, nos exige distinguirlo de otros conceptos similares, aunque con contenido, alcance y extensión diferentes, como los de libertad de culto, tolerancia y libertad de conciencia.

Debemos decir en tal sentido, que la libertad de culto se refiere a las manifestaciones externas, primordialmente rituales, en homenaje a la divinidad, que posee toda confesión religiosa, sujetas, como tales manifestaciones, a las limitaciones de no afectar los derechos de los terceros. Por lo cual, se presenta como un concepto más restringido que el de libertad religiosa¹, es uno de sus aspectos, ya que la libertad religiosa, además del culto, incluye libertad de expresión (oral y escrita), de reunión, de asociación, de enseñanza, identidad y otras que más adelante señalaremos. De ahí que se la reconozca como la “primera de las libertades”.²

Por su parte, la libertad de conciencia, aunque ya nos detendremos en ella, podemos adelantar, hace referencia a ese reducto íntimo del hombre donde se encuentran sus convicciones más profundas (religiosas, morales, ideológicas, filosóficas, políticas, etc.), fuera del alcance de cualquier poder público; es el santuario en el que se desarrolla el decisivo y absolutamente personal encuentro del hombre consigo mismo. Por tanto, podemos afirmar que es un concepto más amplio que el de libertad religiosa, a la que incluye.

El concepto de tolerancia, en tanto, reviste varias manifestaciones: personal, política y religiosa. En este último sentido la tolerancia surge en la modernidad como necesidad de resolver el problema que ocasiona la realidad de la coexistencia de distintas confesiones religiosas, fundamentalmente cristianas, dentro de los mismos Estados.³

¹ En tal sentido, el Papa Benedicto XVI en el Discurso a la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 18 de abril de 2008, señala dicha diferencia al no reducir la libertad religiosa, “como expresión de una dimensión que es al mismo tiempo individual y comunitaria”, a la libertad de culto (que también debemos distinguirla de los ritos en los que el culto se manifiesta). “No se puede limitar la plena garantía de la libertad religiosa al libre ejercicio del culto, sino que se ha de tener en la debida consideración la dimensión pública de la religión y, por tanto, la posibilidad de que los creyentes contribuyan a la construcción del orden social”. BENEDICTO XVI, “Discurso a la Asamblea General de las Naciones Unidas”, 18 de abril de 2008, disponible en: <http://www.zenit.org> (visitado el 10 de marzo de 2015).

² Esto, no solo cronológicamente, en cuanto que la libertad religiosa aparece en la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, sino porque se la considera el fundamento u origen del resto de las libertades.

³ Desde el momento en que los modernos Estados liberales separaron la política de la religión, la libertad de cultos y la libertad religiosa ya no se pueden fundar en argumentos teológicos, sino que ambas son protegidas desde el Estado, y por tanto como un aspecto de la libertad de conciencia (el filósofo J. Locke es uno de los abanderados, en la modernidad, de la separación entre Estado y religión, defendiendo el derecho de cada individuo a optar libremente en lo relativo a

Pero, como fácilmente se puede apreciar, “así entendida la tolerancia es una solución intermedia entre la prohibición y la libertad religiosa. Es una virtud necesaria pero insuficiente”.⁴ Tolerar es en definitiva un concepto muy mezquino que no va más allá de la idea de “soportar”, porque en el fondo supone que unos son “buenos” y los otros no. Representa la versión negativa de una verdadera aceptación de lo diferente, equivale a indiferencia, ya que también uno puede tolerar lo que le molesta, lo cual se aleja mucho del respeto y la igualdad en dignidad y derechos con el otro como sujeto; como tampoco tiene que ver con solidaridad o empatía. Es simplemente la consecuencia del pluralismo de nuestras sociedades.

Si la tolerancia significa tan solo que no es posible ejercer presión física o psicológica sobre las personas a causa de su religión o convicciones⁵, es apenas un mínimo que es necesario superar⁶. Por tanto, la tolerancia, que bien se puede utilizar en el ámbito político, no es lo más adecuado en los asuntos de religión; pues en estos casos, como en los de conciencia, solo podemos aspirar a la plena libertad, que, como queda dicho, se expresa no en la tolerancia, sino en la auténtica convivencia.

b) Libertad de conciencia

Cuando hablamos de “conciencia” (del latín *conscientia*), si nos atenemos a la definición que se encuentra en los diccionarios de la lengua española, vemos que refiere a un concepto con varias acepciones; pero coinciden en que es una propiedad del ser humano por la que puede percibirse a sí mismo y reconocerse en su esencia.⁷

las creencias). Es decir, se comienza a defender al creyente en cuanto ciudadano, y se pierde la unidad de conceptos cuyo fundamento era confesional. A partir de ahora, entonces, los derechos ya no serán de la verdad, representada en un único credo, como sucedía en la Edad Media, sino que los derechos, incluidos los religiosos, serán de los individuos, quienes los reivindicarán cuando el poder los quieran avasallar. Lo cual, unido al hecho de que todas las confesiones religiosas están en igualdad de condiciones, hace que nazcan las ideas de pluralismo, tolerancia y discriminación. Pero esta distinción de conceptos y separación de esferas, en nada afecta la unidad de las personas. Bien lo expresaba el Papa Benedicto XVI: “Es inconcebible, por tanto, que los creyentes tengan que suprimir una parte de sí mismos -su fe- para ser ciudadanos activos. Nunca debería ser necesario renegar de Dios para poder gozar de los propios derechos”. BENEDICTO XVI, “Discurso a la Asamblea General de las Naciones Unidas”.

⁴ Juan Carlos PRIORA, “Libertad de conciencia, libertad religiosa, libertad de culto y tolerancia en el contexto de los derechos humanos”, *Enfoques*, 2002 (14), p. 55. Agrega que la tolerancia, “lleva implícita la idea de que una persona en función de autoridad, que por consiguiente se considera superior a otra, tiene un gesto magnánimo y le concede ‘algo’ pero puede retirarle esa concesión cuando cambie de humor”. De esta forma, a nivel de la relación entre el Estado y las personas o grupos religiosos, la tolerancia no sería más que la intolerancia disfrazada.

⁵ Elizabeth ODIÓ BENITO, *Eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones*, Editorial Naciones Unidas, Nueva York, 1989, p. 44. Interesa señalar que E. Odió Benito fue Relatora de la ONU sobre discriminación religiosa.

⁶ Quizás exista un único reducto que justifica la tolerancia, debido a que en la sociedad pluralista hay ideas que, por ser abominables, solo se podrían tolerar, aunque siempre se debe respetar la libertad de las personas que las encarnan.

⁷ 1. f. Propiedad del espíritu humano de reconocerse en sus atributos esenciales y en todas las modificaciones que en sí mismo experimenta; 2. f. Conocimiento interior del bien y del mal; 3. f. Conocimiento reflexivo de las cosas; 4. f. Actividad mental a la que solo puede tener acceso el propio sujeto; 5. f. Psicol. “Acto psíquico por el que un sujeto se

Por ello, no raramente, podemos tender a identificar libertad de conciencia con libertad religiosa, libertad de pensamiento —ideológica—, pues se trata de manifestaciones de la esfera más íntima y propia de los seres humanos. De hecho, especialmente, conciencia y religión, no son fácilmente separables; sin duda sus contenidos están muy ligados, y en parte coinciden. Sin embargo, por un lado, la conciencia se refiere, fundamentalmente, a actos individuales, y la religión —como las ideologías— incluye acciones colectivas. Por otro lado, consideramos que estamos ante libertades que tienen sus matices diferentes, y no es bueno confundirlas, pues mientras la libertad religiosa hace referencia a la fe, y la libertad de pensamiento se relaciona con la verdad, la libertad de conciencia nos vincula con la actuación conforme al bien.⁸ Esta distinción de términos, se encuentra en el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a la libertad del pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”.⁹

De esta forma, como ya avanzamos, la libertad de conciencia es una realidad autónoma, y más amplia que las otras libertades señaladas, ya que la conciencia es el “conjunto de imperativos personales de conducta —de raíz religiosa o no— que poseen para el individuo un rango superior a cualquier otra instancia normativa”.¹⁰ La conciencia como cualidad constitutiva de todo individuo humano, ha sido reconocida por los diversos ámbitos del conocimiento humano. El Derecho (entendiéndose, el Estado), cuya función es ordenar la vida del hombre en sociedad y procurar que cada individuo o grupo reciba lo que es justo, también reconoce la conciencia y protege la libertad de conciencia como inherente a la personalidad humana, a su dignidad.

En este sentido podemos hablar con propiedad de *habeas conscientia* —de *habeo*, que significa “tener”, “poseer”—.¹¹ *Habeas*, es un término jurídico que indica cuando las cosas pueden ser dispuestas por el poseedor. Pues bien, del mismo modo que la persona *habeas corpus* (posee su cuerpo), la persona humana *habeas conscientia* (posee su conciencia). De la misma manera, así como el Derecho, reconoce y protege el derecho sobre el cuerpo y la

percibe a sí mismo en el mundo”, o “Luz, juicio, testimonio de la razón sobre lo que pasa dentro de nosotros”. VALBUENA (Reformado), “Conscientia”, *Diccionario Latino-Español*, Edición M.D.P. Martínez López, Librería de Rosa y Bouret, Paris, 1855.

⁸ Rafael PALOMINO, “Libertad religiosa individual. Libertad de conciencia”, *Congreso sobre La libertad religiosa, origen de todas las libertades*, Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 28-29 de abril de 2008 (inédito).

⁹ “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, disponible en: <http://www.derechoshumanos.net> (visitado el 10 de marzo de 2015).

¹⁰ Javier MARTÍNEZ-TORRÓN, “Las objeciones de conciencia y los intereses generales del ordenamiento”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 1992 (79), p. 202.

¹¹ VALBUENA (Reformado), “Habeas”, *Diccionario Latino-Español*.

información personal (*habeas data*), es procedente el reconocimiento del derecho a la conciencia de toda persona.

Así, la libertad de conciencia integra aquel núcleo duro de derechos fundamentales, inalienables, inderogables, imprescriptibles, que se imponen por sobre los ordenamientos jurídicos de los Estados, aunque estos no los reconocieran, aun en tiempos de emergencia pública; aplicándose por encima de la Constitución, en la hipótesis de que esta no lo recogiera.

Como libertad y derecho fundamental es considerada parte del Derecho Consuetudinario Internacional, estando plasmada en los principales instrumentos internacionales de Derechos Humanos, siendo estas normas de aplicación directa en el orden interno. Consagrada la libertad de conciencia, la “objeción de conciencia” resulta amparada por el Derecho, como el instituto idóneo para la protección y ejercicio de dicha libertad de conciencia. De modo que el incumplimiento de la obligación de fuente normativa, de parte del objetor —en que consiste la objeción—, deviene legítimo, por virtud de la tutela que el mismo ordenamiento jurídico depara a la conciencia, a la que el objetor debe obedecer¹². Es decir, no hay conflicto entre dos órdenes diferentes, el derecho y la moral, sino que es un conflicto entre normas del mismo ordenamiento jurídico, una norma de rango constitucional o supraconstitucional —libertad de conciencia— y una norma positiva, de rango inferior.¹³ En concreto, “al Derecho en su permanente expansión se le presenta ahora el desafío de idear mecanismos de tutela de otro derecho ya reconocido: el de la conciencia individual”.¹⁴

La dinámica de nuestra sociedad actual, la explosión dentro de ella de los grandes temas bioéticos, y otros temas complejos, y la tentativa de las legislaciones de incursionar de forma innovadora o reformadora en dichos espacios ya está demandando respuestas al aplicador e intérprete del Derecho. Este tipo de temática, principalmente la que se vincula a la vida, la salud, el fuero íntimo y las convicciones, ha estado presente y ha sido objeto de toma de posición a su respecto en profusa casuística en el derecho comparado latinoamericano, europeo y angloamericano.

¹² Hay en la persona un grave conflicto interior, pues debe elegir entre desobedecer a la ley (castigo material) o a su conciencia (sanción espiritual). De nada sirve la libertad de conciencia, si no se la puede hacer valer en el momento preciso en que la conciencia del sujeto de derecho es vulnerada. El individuo está resistiendo el cumplimiento de una obligación jurídica, al tiempo que pretende ser excusado por el ordenamiento jurídico de dicha obligación y de la sanción prevista para el caso de incumplimiento; fundamentando dicha resistencia en normas de conciencia (religiosas, morales, ideológicas, etc.), que en él priman por sobre el derecho positivo.

¹³ No nos corresponde detenernos en este punto, pero para una mayor profundización del tema de la objeción de conciencia, en todas sus dimensiones y concreciones, recomendamos la valiosa obra de Rafael NAVARRO-VALLS - Javier MARTÍNEZ-TORRÓN, *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, IUSTEL, Portal Derecho S.A., Madrid, 2012, 2da. edición.

¹⁴ Carmen ASIAÍN PEREIRA, “Hábeas conscientia y objeción de conciencia”, *Anuario de Derecho Administrativo*, 2008 (15), pp. 13-15.

Como muy bien expresa Carmen Asiaín: “Vale preguntarse por qué en el Uruguay estos temas recién ahora están recibiendo atención sistematizada, si compartimos con el resto del planeta la misma materia prima como sujeto de Derecho: el hombre”.¹⁵

Sin duda, el tratamiento es incipiente. Podemos decir que, a nivel de jurisprudencia, no existen más que unas muy pocas sentencias aisladas sobre objeción de conciencia; la doctrina casi no se ha ocupado del tema, y solo algunas leyes han hecho referencia a ella, aunque no todas de modo adecuado. Además, estas contadas veces que se le ha dado cabida en el ámbito jurídico, refieren a casos muy puntuales, y únicamente del terreno sanitario; mientras que en el derecho comparado se han diversificado enormemente sus escenarios. Al decir de Navarro-Valls, en este campo, “se ha producido un big-bang jurídico”.¹⁶ Y sigue aumentando a medida que es mayor el pluralismo religioso e ideológico de la sociedad, y a la vez que se produce una mayor intervención del legislador en nuevos sectores de la misma¹⁷.

Al jurista formado en el cabal respeto del orden jurídico lo puede escandalizar el planteo de la objeción de conciencia, en tanto de este instituto parece desprenderse a priori una suerte de estratagema con apariencia de legitimidad para evadir el debido cumplimiento de la ley; llegándose a hablar, equivocadamente, de irracionalidad y de “totalitarismo de conciencia”. Si la ley está para ser obedecida, aquí dicha obediencia no se hace efectiva. La objeción de conciencia no es bien recibida por el positivismo legalista, para el que el ideal de justicia se agota en las prescripciones jurídicas contenidas en las leyes. Sin embargo, bien entendida, la objeción de conciencia —expresión de la libertad de conciencia—, en su misión de respetar al individuo y a las minorías, fortalece el sistema democrático.

¹⁵ C. ASIAÍN PEREIRA, “Hábeas conscientia y objeción de conciencia”, p. 16.

¹⁶ “Desde un pequeño núcleo -la objeción de conciencia al servicio militar- se ha propagado una explosión que ha multiplicado por cien las modalidades de objeciones de conciencia. Así, han aparecido en rápida sucesión la objeción de conciencia fiscal, la objeción de conciencia al aborto, al jurado, a los juramentos promisorios, a ciertos tratamientos médicos, la resistencia a prescindir de ciertas vestimentas en la escuela o la Universidad, a trabajar en determinados días festivos y un largo etcétera. La razón estriba en el choque -a veces dramático- entre la norma legal que impone un hacer y la norma ética o moral que se opone a esa actuación. Si a eso se une una cierta incontinencia legal del poder, que invade campos de la conciencia, se entiende la eclosión de las objeciones de conciencia”. Entrevista con Rafael NAVARRO-VALLS, Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Miembro de número y Académico-Secretario General de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, Roma, 25 de abril de 2005, disponible en: <http://www.zenit.org> (visitado el 10 de marzo de 2015). Se habla de “objeciones de conciencia”, en plural, debido a la gran variedad de supuestos, formas, fundamentos, que existen, tal como lo explican, en las primeras páginas del ya mencionado trabajo, R. NAVARRO-VALLS - J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*.

¹⁷ R. PALOMINO, “Libertad religiosa individual. Libertad de conciencia”.

3.

LA LIBERTAD RELIGIOSA, ASPECTO FUNDAMENTAL DE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA EN LA SOCIEDAD PLURALISTA

Una vez expuestas, muy esquemáticamente, las diferencias existentes entre ciertos términos afines, queremos volver al concepto de libertad religiosa, la que, en tanto aspecto de la libertad de conciencia, podemos definir como la manifestación de un derecho inherente e inalienable de la persona en relación con la posibilidad que posee de adherirse o tomar una postura respecto a lo trascendente¹⁸. Pero, en realidad, ¿qué se entiende por libertad religiosa?, ¿cuál es el fundamento del derecho a ella? Si bien son dos preguntas diferentes y por tanto su respuesta apunta a contenidos diversos, nuestro planteo, que no requiere tantas disquisiciones en este sentido¹⁹, nos hace optar por una respuesta integradora y a la vez sólida, contextualizada en la sociedad democrática y pluralista en la que vivimos.

a) La novedad de la libertad religiosa en el siglo XX

Para ello, debemos partir de una breve consideración histórica reciente, señalando que todavía en la primera mitad del siglo XX, la libertad religiosa, no era un concepto pacífico, si tenemos en cuenta sus distintas connotaciones en el derecho del Estado y en la doctrina y el derecho de la Iglesia Católica. En el primer caso, siguiendo la postura propia de la modernidad, la libertad religiosa y el derecho correspondiente estaba motivada por la concepción liberal orientada a proteger el interés privado del individuo frente al Estado, que a su vez se declaraba “neutral” o “aconfesional”; mientras que la Iglesia Católica se centraba

¹⁸ Aunque no sea de principal importancia, es bueno dejar en claro el lugar que le corresponde a la libertad religiosa en el amplio marco de las tipologías de derechos humanos. Son muchas las clasificaciones, de acuerdo a las diversas variables que se utilizan en el tema, pero por citar solo una de las más clásicas, recordamos la que toma en consideración la evolución histórica de los derechos humanos fundamentales, distinguiendo los derechos de primera, segunda y tercera generación. Los derechos de primera generación, derechos civiles y políticos, son los que emanan directamente de las primeras declaraciones liberales a partir de la Revolución Francesa. Los derechos de segunda generación, derechos sociales, económicos y culturales, surgen con el advenimiento de los regímenes socialistas. Y los derechos de tercera generación, derechos de solidaridad, realizados por el esfuerzo mancomunado, conjunto, de toda la sociedad, han surgido y se vienen desarrollando en la actualidad. Al respecto, debemos decir que, el derecho a la libertad religiosa, si bien se identifica con los del primer grupo, no debemos ignorar que, dada su naturaleza, individual y colectiva, comparte características comunes con los derechos sociales y culturales, y por tanto pertenece además al segundo grupo; y por qué no, también, al tercero.

¹⁹ Nos referimos a que hablar de “libertad religiosa” de forma exclusiva, sin considerar el derecho a la misma, nos llevaría inevitablemente al planteo y discusión de si todas las religiones son iguales y verdaderas. Y por tanto, en una cultura subjetivista y relativista como la nuestra, se presenta la disyuntiva de si en el ámbito religioso también podemos elegir, entre todas las manifestaciones existentes, como lo hacemos con los productos en el supermercado, o más bien la verdad sobre Dios es una verdad absoluta y objetiva, y por tanto, como en otros ámbitos, estamos obligados también en lo religioso a buscar la Verdad, que no puede ser más que una.

en el principio teológico de la libertad de fe y en el principio canónico relativo a su particular naturaleza y misión.²⁰

Pero esta realidad va a cambiar radicalmente en la segunda mitad del siglo XX por obra de dos grandes documentos de enorme trascendencia histórica —uno civil y otro eclesiástico—, donde se evidencia una notable convergencia doctrinal, al cimentar la libertad religiosa en el concepto básico de la “dignidad de la persona humana” (inteligente y libre por naturaleza), fundamento de todos los derechos de la persona. Libertad religiosa que constituye un derecho universal e inviolable, que debe ser reconocido y tutelado en todos los ordenamientos jurídicos positivos, sin distinción. Estos documentos son la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948 y la Declaración *Dignitatis humanae* del Concilio Vaticano II, sobre la libertad religiosa, de 7 de setiembre de 1965.²¹

Ahora, si bien todos los Estados en la actualidad, salvo raras excepciones, reconocen en sus Constituciones el principio de libertad religiosa, es lamentable que en determinados lugares, en la práctica, esta libertad no sea posible debido a los totalitarismos que se manifiestan en el plano religioso, tanto por los fundamentalismos teocráticos o los fundamentalismos laicistas; los que como ideología se imponen a través de la política, no permitiendo espacio público al fenómeno religioso.

b) Cuestiones relativas a la libertad religiosa

Ubicado el tema en el siglo XX, debemos preguntarnos, en primer lugar, si todavía podemos sostener, como en los documentos citados, la misma noción de persona humana y su dignidad, de la que derivan los derechos fundamentales, entre ellos la libertad religiosa. En segundo lugar, qué exigencias debería haber en los ordenamientos estatales, para la tutela real de ese derecho, tanto en orden personal como social; y, en tercer lugar, cómo armonizar el cumplimiento de esas exigencias legales con la prevención de posibles abusos, pero también con el debido respeto a las tradiciones culturales de cada lugar.

²⁰ Francesco FINOCCHIARO, “Liberta di coscienza e di religione”, *Enciclopedia Giuridica*, Vol. XIX, Treccani, Roma, 1990, pp. 1-2.

²¹ En efecto, en el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se expresa: “El reconocimiento de la dignidad personal y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana constituye el fundamento de la libertad y de la paz del mundo”. “Declaración Universal de los Derechos Humanos”. Por su parte, la Declaración *Dignitatis humanae* del Concilio Vaticano II, en el n. 2, nos dice: “Este Concilio Vaticano declara que la persona humana tiene derecho a la libertad religiosa... Declara, además, que el derecho a la libertad religiosa se funda realmente en la dignidad misma de la persona humana, tal como se la conoce por la palabra revelada de Dios y por la misma razón. Este derecho de la persona humana a la libertad religiosa debe ser reconocido en el ordenamiento jurídico de la sociedad, de forma que se convierta en un derecho civil”. *Documentos del Concilio Vaticano II*, BAC, Madrid, 1985.

La primera cuestión —si se sostiene, en la actualidad, la noción de persona y su dignidad— supone con razón que la Declaración Universal de los Derechos Humanos constituye una de las más altas expresiones de la conciencia y de la cultura jurídica de nuestro tiempo, elaborada de una forma tal que supera cualquier frontera geográfica y condicionamiento reductivo de orden cultural, político o ideológico. Siguiendo su camino, entonces, no cabe duda que el fenómeno más positivo de la moderna ciencia jurídica y de las legislaciones democráticas ha sido el desarrollo doctrinal y normativo sobre los derechos humanos fundamentales, lo que ha contribuido a poner en el centro de la realidad jurídica a su verdadero protagonista: la persona humana, su dignidad y la libertad que a esa dignidad corresponde; la persona humana como fundamento y fin de la vida social.

Pero para que esto sea real es necesario que el Derecho de una democracia, que se precie de tal, deba tener en cuenta cuál es la estructura ontológica del hombre;

(...) es decir, su naturaleza de ser no solo animal e instintivo sino inteligente, libre y con una dimensión trascendente y religiosa del espíritu que las leyes civiles no pueden ignorar, ni mucho menos mortificar. Si se negase esta verdad *universal* sobre la naturaleza y la dignidad de la persona humana —una verdad que no puede ser *convencional*, ni depender de la *opinión mayoritaria*—, no solo se debilitaría peligrosamente el concepto de libertad religiosa —y de los demás derechos fundamentales del hombre—, sino que estaríamos ante un Derecho antinatural, esencialmente inmoral, instrumento de un *ordenamiento social totalitario*, aunque se calificase retóricamente de democrático.²²

En cuanto al segundo cuestionamiento —los ámbitos de la libertad religiosa y las exigencias de los ordenamientos jurídicos para su tutela—, si bien casi la totalidad de las Cartas constitucionales nacionales confirman la libertad religiosa como derecho fundamental, también hay que reconocer que su significado normativo y su positivización legislativa en los diversos ordenamientos jurídicos está lejos de ser satisfactoria, y especialmente, homogénea. Dejando de lado casos extremos de fundamentalismos o totalitarismos religiosos —como el abuso llevado a cabo por la adopción civil de la ley coránica en los países musulmanes—, con los que se niega toda libertad de conciencia y de religión, es también preocupante la postura de totalitarismo político de tantos Estados, que ante la cuestión religiosa adoptan una ideología de laicidad negativa, excluyente, que si bien no siempre usa la represión o la violencia,

²² Julián HERRANZ, “El derecho a la libertad religiosa en la sociedad contemporánea”, *Seminario sobre Cristianismo y empresa*, Centro Académico Romano Fundación, Roma, 27 de noviembre de 2004, disponible en: <http://www.almudi.org> (visitado el 10 de marzo de 2015). Solo por motivos de practicidad, tomamos como referencia esta conferencia, pero su contenido se encuentra publicado en: Julián HERRANZ, *La libertad religiosa en nuestra sociedad*, Ediciones Palabra, Madrid, 2006.

utiliza medidas restrictivas, más o menos explícitas, que intentan conseguir la pacífica extinción de las instituciones religiosas, o al menos su ocultamiento en el ámbito público.

Pero esto no es todo, pues también en los sistemas jurídicos democráticos surgen problemas, dada la insuficiente tutela de la libertad religiosa; y ello se da precisamente cuando términos como “neutralidad del Estado” o “laicidad del Estado” —que no se identifican²³—son interpretados o aplicados de forma incorrecta. Tanto cuando la libertad religiosa aparece como una concesión del Estado al ciudadano y no como un derecho que surge de la dignidad de la persona, o cuando la laicidad se transforma en laicidad excluyente, es decir, una negativa actitud política de oposición —incluso emanando leyes lesivas a la libertad religiosa—, o de indiferencia a las creencias religiosas, reducidas exclusivamente al ámbito privado —“privatización de lo religioso”—, no estamos ante un Estado a-confesional (sinónimo de neutralidad). Nos encontramos frente a un Estado anti-confesional, anti-religioso, o a-religioso, con una “actitud de ‘fundamentalismo laicista’, por lo menos poco respetuosa de la dignidad personal de los creyentes y del derecho a la libertad religiosa”.²⁴ La neutralidad del Estado debe ser ante las confesiones (o comunidades) religiosas —pues no debe asumir ninguna como propia—, pero no ante la religión como factor cultural, a la que debe proteger y fomentar, como lo hace con otros aspectos de la cultura (deporte, arte, etc.).

Ahora bien, por otra parte, con la excusa de no violentar la dignidad personal y la libertad religiosa, ¿el Estado debe respetar cualquiera de sus manifestaciones?; ¿qué límites sería justo establecer al ejercicio del derecho a la libertad religiosa, teniendo en cuenta la proliferación de sectas, cultos y otras organizaciones de dudosa realidad religiosa? Y a su vez, ello, ¿no sería lesivo del principio de igualdad y de no discriminación?²⁵ Estas preguntas nos

²³ Si bien, en general, y tal como lo hacemos en este trabajo -que no pretende ahondar en este aspecto-, estos conceptos son utilizados como si fueran sinónimos, es más apropiado el término neutralidad que el de laicidad. El concepto de “laicidad del Estado” no es muy preciso, y por ello su utilización, no pocas veces, ha sido ambigua o engañosa, prestándose a una guerra conceptual, enmascarada en una confrontación terminológica (entre laicidad y laicismo). En cambio, neutralidad significa, claramente, imparcialidad y, unido a ello, incompetencia del Estado en temas religiosos. Pero, más aún, lo que debemos tener presente es que estos conceptos no son un fin en sí mismo, sino un medio, o instrumento, en orden al único fin, que es la libertad religiosa; o, más ampliamente, al servicio del derecho y libertad de las personas.

²⁴ J. HERRANZ, “El derecho a la libertad religiosa en la sociedad contemporánea”.

²⁵ “Este supermercado religioso... también es un desafío para el Derecho, que debe dar algún tratamiento a estos grupos más o menos nuevos, más o menos grandes, más o menos extravagantes. Para la Iglesia resulta relativamente sencillo trazar una raya divisoria, y colocar al otro lado de ella a ‘las sectas’. Para el Estado democrático, esa misma división es casi imposible”. Juan NAVARRO FLORIA, “¿Gozamos de plena libertad religiosa? Conflictos en una sociedad plural y laica”, *Jornada sobre La libertad religiosa en la sociedad plural del Uruguay*, Instituto Universitario “Monseñor Mariano Soler”. Facultad de Teología del Uruguay, Montevideo, 27 de abril de 2005 (inédito). Además, este tema, se ha tratado en Juan NAVARRO FLORIA, “Sectas o movimientos religiosos ante el derecho argentino”, *Anuario Argentino de Derecho Canónico*, 2002 (9), p. 155. También, el punto concreto referido a la necesidad de definir lo que es un grupo religioso, incluso con aplicaciones prácticas, ha sido estudiado en Agustín MONTILLA, *El concepto de confesión religiosa en el Derecho español*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1999. La dificultad del Estado para definir las sectas o los nuevos movimientos religiosos, radica en que no puede hacerlo sin asumir como propia una teología determinada.

introducen en la tercera cuestión que nos planteamos —el de la libertad religiosa frente a los abusos—. En ese aspecto, es claro que la autoridad civil, al regular mediante una normativa adecuada los derechos personales, debe armonizar la tutela del derecho a la libertad religiosa con el respeto al legítimo orden social.²⁶ En esta línea, el ejercicio del derecho a la libertad religiosa, con base en la tutela de la seguridad, el orden, la moral pública, la libertad personal y la defensa de derechos de terceros, puede ser limitado, y no reconocer jurídicamente determinadas sectas o cultos pseudo-religiosos que, no raramente, financiados por intereses supranacionales y amparándose en el principio de la libertad religiosa, promueven actividades contrarias a los intereses sociales y que, muchas veces, en cualquier sociedad civilizada serían condenadas como delictivas.

Y en ese mismo sentido, no se violenta el principio de igualdad ni el de laicidad, ni la neutralidad, ni supone discriminación —sí discriminación positiva—, cuando se atribuye, por parte del Estado, una especial posición jurídica a la confesión más hondamente arraigada en el país, que representa los valores religiosos profesados por la mayoría de los ciudadanos y que pertenecen al patrimonio histórico y cultural de la Nación. O sea, la que demuestra una evidente preponderancia histórica, sociológica y cultural. Realidad que, muchas veces, se manifiesta en las Constituciones y con frecuencia se traduce en acuerdos, como los Concordatos (pacto, convenio, *modus vivendi*, etc.) celebrados con la Iglesia Católica; tal es el caso de muchos países europeos (Italia, Polonia, España, Portugal, Alemania, Austria, Croacia, etc.), americanos (Colombia, Argentina, Perú, Ecuador, etc.) y africanos (Camerún, Gabón, etc.). Sin ser esta confesión la “religión oficial del Estado”, goza de una estima particular.²⁷

Por tanto, si entendemos bien los conceptos de “seguridad”, “orden”, “bien común”, debemos evitar el daño causado tanto por el Estado al no respetar el derecho fundamental a la libertad religiosa, como por parte de grupos que denominándose religiosos, y no siendo tales, quieren ampararse en la libertad de ejercicio de este derecho. Pero, como ya lo referi-

²⁶ En otras palabras, “la autoridad civil al examinar los estatutos de cada confesión religiosa no se debe limitar a comprobar que la finalidad de la asociación sea de carácter *verdaderamente religioso*, sino que deberá también asegurarse de que el ejercicio de las facultades propias de la libertad religiosa se realice dentro del máximo respeto al orden social establecido, a las exigencias de la pública moralidad y -por lo que se refiere a la adhesión de los miembros- a la necesaria tutela de la libertad y de la dignidad de la persona humana”. J. HERRANZ, “El derecho a la libertad religiosa en la sociedad contemporánea”.

²⁷ Hay que notar que estos tipos de acuerdos -tratados de carácter bilateral, regidos por el derecho internacional-, que implican relaciones de cooperación, respetan tanto la autonomía del Estado como la de la Iglesia. Cada uno se mantiene en su propio ámbito, salvando, como es lógico, el principio de la no discriminación y el respeto a las otras confesiones religiosas, que son minoritarias numéricamente y han tenido menor influencia histórica y cultural en el país, a las que el Estado, como es obvio, les asegura, siempre que respeten el orden social y la moral pública, la plena libertad religiosa; y muchas veces, también, firma acuerdos con algunas de ellas. Aunque, como ya lo expresamos, sin que se deba establecer una nivelación jurídica que resulte injusta de cara a las exigencias de la realidad social y de la conciencia de los ciudadanos.

mos, e insistimos, no está bien cuando el Estado limita la libertad religiosa de forma menos evidente, al relegar al puro ámbito de las opiniones personales el credo religioso de sus miembros y las convicciones morales derivadas de la fe. Eso que a primera vista puede parecer imparcialidad o neutralidad, en realidad no lo es; o más bien se manifiesta como neutralidad en sentido negativo, pues, ¿se puede pedir a los ciudadanos que en la participación en la vida pública dejen de lado sus convicciones religiosas?²⁸

Evidentemente que ello no es lo más adecuado, ya que de esta forma, la sociedad además de excluir la contribución de la religión a su vida institucional, se hace promotora de una cultura que empobrece la identidad y la esencia del hombre. Y además, si los juicios morales se basan en las convicciones de los individuos, estaríamos estimulando a los ciudadanos a que no expresen sus convicciones más profundas, a que no actúen conforme a su conciencia. “¿Y, cuando esto sucede, no es la misma democracia la que viene vaciada de su significado más verdadero?”.²⁹

c) Dimensión personal y comunitaria de la libertad religiosa

Luego de habernos planteado estos oportunos cuestionamientos, es necesario referirnos a ciertos principios y contenidos de la libertad religiosa, que hacen referencia a su dimensión personal y comunitaria.

Como todos podemos apreciar, nuestras sociedades occidentales son cada vez más plurales en materia religiosa; donde en un momento histórico encontrábamos solo a la Iglesia Católica hoy hallamos otro tipo de confesiones cristianas y también no cristianas, incluso de corte islámico y oriental. Algunas de ellas manifiestan gran vitalidad y crecimiento. Por otra parte, dada la complejidad de nuestros Estados, la libertad religiosa como derecho se encuentra con una gran multiplicidad de sujetos estatales. Existen también organizaciones supraestatales; en este sentido a nadie escapa el debate que se suscitó en materia religiosa en el marco de la redacción de la Constitución de la Unión Europea. En América Latina debemos destacar los órganos surgidos del Pacto de San José de Costa Rica: la Corte y la Comisión

²⁸ Si bien, más adelante, al hablar de laicidad y neutralidad, volveremos sobre esto, debemos dejar en claro que el hecho de que la religión sea una opción de la conciencia individual (ámbito privado) no por ello debe ser excluida del ámbito público -antes, en el mismo sentido, citamos a Benedicto XVI-. Lo religioso tiene, además, una dimensión ritual y social que interfiere en el dominio público. Las consecuencias de los comportamientos religiosos de los individuos pueden evaluarse fácilmente en el orden sociopolítico; el hombre no puede separar sus convicciones religiosas de sus distintas conductas. No es posible tener dos vidas paralelas, la “espiritual” (creencias, valores, etc.) y la “secular” (familia, trabajo, política, sociedad, cultura, etc.). Por otra parte, los conflictos e interferencias entre religión y política hoy son muy evidentes, a nivel nacional, regional o internacional. Sería muy necesario rever los términos de esta relación, tal como se plantea en la mayoría de los regímenes democráticos occidentales. Para una mayor claridad y profundización de este aspecto recomendamos el muy interesante artículo de Yves LEDURE, “Religión y democracia”, *Selecciones de Teología*, 2006 (45), pp. 200-208.

²⁹ J. HERRANZ, “El derecho a la libertad religiosa en la sociedad contemporánea”.

Interamericanas; sin olvidarnos, por supuesto de las Naciones Unidas y sus distintos órganos vinculados con los derechos humanos, entre los que se incluye a la libertad religiosa.

Pero, cuando nos referimos a la libertad religiosa, además de los grupos religiosos, los Estados y los organismos supraestatales, tenemos a los individuos —solos o reunidos en grupos—, verdaderos sujetos activos, titulares y protagonistas en el surgimiento y desarrollo de los derechos humanos, plasmados en tantos tratados internacionales.³⁰ Y en este sentido, todas las religiones están en igualdad de condiciones, pues tanto las mayoritarias como las que son minoría necesitan que el Estado les garantice a sus miembros este derecho. Derecho enunciado, al igual que por el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones³¹, de 1981, cuando en su artículo 1 establece:

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho incluye la libertad de tener una religión o cualesquiera convicciones de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza.³²

Es claro, entonces, como al principio lo señaláramos, que este derecho a la libertad religiosa y a la libertad de conciencia, tiene múltiples contenidos, que se especifican en otros tantos derechos tutelados por las Constituciones y tratados internacionales, como la libertad de expresión, reunión, asociación, enseñanza, culto³³, etc. Desde el momento que estos derechos —libertad de religión y de conciencia— están reconocidos en estos tratados internacionales, suponen respeto, reconocimiento y garantía por parte del derecho interno de los Estados.³⁴ Pues las distintas naciones que los suscribieron, han asumido el compromiso de protegerlos y la responsabilidad en caso de omisión.

³⁰ Sobre este tema se puede ver Mary Ann GLENDON, “El crisol olvidado: Influencia latinoamericana en la idea de los derechos humanos universales”, *Criterio*, 2004 (2293).

³¹ Esta Declaración fue aprobada por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 36/55, del 25 de noviembre de 1981. Uruguay suscribió la misma, como, por otra parte, lo ha hecho con todas las declaraciones y convenciones que incluyen la defensa al derecho de la libertad religiosa y de conciencia.

³² “Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones”, *IIDH*, 1989 (8), p. 73.

³³ Queda patente, en el artículo 1 de la antes mencionada Declaración, que la libertad de culto es un aspecto de la libertad religiosa -habla de “manifestar su religión... mediante el culto”-; no son conceptos que se confundan o identifiquen íntegramente.

³⁴ Entre los tratados más importantes y vigentes para Uruguay, debemos mencionar: la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), Ley N° 15. 737, y su Protocolo Adicional (Protocolo de San Salvador), Ley N° 16. 519; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ambos de las Naciones Unidas), Ley N° 13. 751. También la Convención sobre los Derechos del Niño, que motivó la sanción del Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N° 17. 823. En lo que, concretamente, respecta a

Vale la pena enunciar, tal como aparecen en las declaraciones, los derechos específicos contenidos en la libertad religiosa: libertad de toda persona de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, que implica el correlativo derecho de no tener religión o creencia (llamada libertad “atea”); libertad de conservar su religión o sus creencias; libertad de cambiar de religión o de creencia; libertad de manifestar su religión o su creencia, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. Así, con esta variedad de posibilidades, se refiere a la libertad religiosa, el ya citado artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).³⁵

Por su parte, la antes citada Declaración de las Naciones Unidas de 1981, en su artículo 6, en forma amplia y pormenorizada, consigna el elenco de derechos comprendidos en la libertad de manifestar la religión: practicar el culto, fundar y mantener lugares para celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones; fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias; confeccionar, adquirir y utilizar en cantidad suficiente los artículos y materiales necesarios para los ritos o costumbres de una religión o convicción; escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas; enseñar la religión o convicciones; solicitar y recibir contribuciones voluntarias financieras y de otro tipo de particulares e instituciones; capacitar, nombrar, elegir y designar los dirigentes según sus necesidades y normas propias; observar días de descanso y celebrar festividades y ceremonias en conformidad con los respectivos preceptos; establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades acerca de cuestiones de religión y convicciones en el ámbito nacional e internacional.³⁶

la libertad de religión y de conciencia, las mismos se consagran en los arts. 12 y 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); el art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el art. 2º inc. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el art. 14 de la Convención sobre los Derechos del Niño. A estas normas, se suman las de nuestra Constitución que tutelan en forma genérica los mencionados derechos (arts. 5º, 7º, 10, 29, 54, 72, 332).

³⁵ Artículo 12: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. 2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias. 3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás. 4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”, “Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)”, disponible en: <http://www.oas.org> (visitado el 10 de marzo de 2015).

³⁶ “Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia”, p. 73. Se puede ver al respecto Joaquín MANTECÓN SANCHO, *El derecho fundamental de libertad religiosa*, EUNSA, Pamplona, 1996, p. 209. Debemos notar, que esta Declaración, si bien no es vinculante para los Estados -como Declaración que es tiene el valor de recomendación-, es una importante pauta de interpretación fundamental de los derechos enumerados.

Estas son las manifestaciones de la religión, que se expresan “mediante el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza”. Luego de recordar esta enumeración, muy bien explica Navarro Floria:

Se advierte con claridad que junto a la dimensión individual o personal, existe una indispensable dimensión comunitaria de la libertad religiosa, ya que muchos de esos derechos que forman parte esencial de ella no pueden ser ejercidos sino colectivamente, en forma asociada, y pertenecen en rigor no tanto a los individuos, sino a las comunidades religiosas. Esta dimensión comunitaria, obliga al Estado a procurar un reconocimiento adecuado a los grupos religiosos. Por tanto, no es suficiente con decir que a ninguna persona individualmente le es negada su libertad religiosa, sino que hay que considerar de qué modo esa libertad le es efectivamente garantizada, también, a las iglesias y comunidades religiosas.³⁷

Nos encontramos, de este modo, ante la libertad de asociación, afirmada en todos los tratados³⁸, y, por ende, frente a la autonomía de las confesiones y grupos religiosos —complementada, y asegurada, por la neutralidad del Estado—, cuya única limitación puede imponerse solo por ley y solo en casos excepcionales, por las razones, más arriba ya aludidas, de protección de la seguridad, orden, salud pública, moral pública o derechos y deberes de los demás. Porque esta autonomía de las entidades religiosas, que es deber del Estado proteger, que excluye cualquier intervención estatal al interior de las mismas, es indispensable en la sociedad pluralista democrática. Y no solamente en función de la estructura y organización de los grupos —la forma en la que tradicionalmente existen—, sino, también, en vistas al disfrute del derecho a la libertad de religión de sus miembros.

4.

LA LIBERTAD RELIGIOSA EN URUGUAY

Decíamos antes de la casi ausencia de reclamos jurídicos, en nuestro país, por conflictos de conciencia. ¿Qué pasa, entre nosotros?, pues,

(...) ni nuestra sociedad es tan diferente del resto, ni podemos afirmar que la ausencia de este tipo de reclamo ante los tribunales pueda responder a que nuestra cultura cívica y jurídica de

³⁷ J. NAVARRO FLORIA, “¿Gozamos de plena libertad religiosa? Conflictos en una sociedad plural y laica”.

³⁸ A modo de ejemplo, artículo 16.1: “Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole”, “Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)”.

respeto de los derechos humanos ha sido tan acabadamente diseñada como para prevenir este tipo de conflictos, sin incurrir en exceso de soberbia.³⁹

En realidad, nuestra cultura cívica y jurídica denota una concepción de espaldas al hecho religioso o de conciencia, como si estos no existieran en la sociedad. Pero lo cierto es que la libertad de conciencia —y la objeción a la que da lugar— se inserta en el código genético de la civilización occidental. Sirvan como ejemplos el drama de Antígona en la cultura griega o distintos pasajes bíblicos, en la tradición judeo-cristiana, donde se coloca el deber de conciencia por encima de las leyes de los hombres.

Claramente, en nuestro país, a lo largo del siglo XX, se instaló una actitud de prescindencia hacia lo religioso, una especie de “libertad de indiferencia”. Esto sucede cuando se confunde el principio de laicidad con la ideología laica negativa —el laicismo—; presentando esta, en definitiva, un desconocimiento de la realidad, pues se legisla de acuerdo a una visión parcializada, donde se excluye al fenómeno religioso del horizonte cultural⁴⁰. Se lo condena a la indiferencia en el ámbito público, en el que no tiene espacio, quedando relegado al ámbito privado⁴¹. Lo que, por otra parte, se opone a una visión integral del hombre. De esta forma, la laicidad negativa se manifiesta como un profundo escepticismo, una postura que niega la raíz religioso-espiritual de una sociedad. Lo cual ataca la neutralidad, por constituir una postura ideológica militante contra el hecho religioso.

Creemos que se trata, entonces, de devolver al hombre la dimensión religiosa sin la cual no es plenamente tal, entendiendo que esta va más allá de una dimensión ética o moral, ya que este ámbito puede existir aún en ausencia de las religiones. Y que el Estado encarne una auténtica laicidad positiva (sana, legítima), una neutralidad inclusiva del factor religioso, es decir, respetuosa de las distintas manifestaciones que en tal sentido existen en la realidad. Mientras una neutralidad excluyente sería impositiva, e ilegítima, desde el momento que no hay órgano estatal que pueda establecer que la religión no tiene lugar en la esfera pública. La religión es indispensable en la organización de una sociedad sana y democrática, por lo que

³⁹ C. ASIAÍN PEREIRA, “Hábeas conscientia y objeción de conciencia”, p. 16.

⁴⁰ Debemos reparar que el laicismo también reviste distintas formas, una más dialogada, mediante la que entidades religiosas pueden acceder, en algunos aspectos, a cierto entendimiento con el Estado, y otra más explícitamente antirreligiosa (fundamentalismo, etc.). En concreto, con esta distinción nos referimos a formas más o menos hostiles de encarar esta laicidad negativa.

⁴¹ “La opinión según la cual la concepción religiosa del mundo y de la vida es algo subjetivo, y también la opinión contrapuesta, según la cual es el Estado el que determina esta concepción, están tan estrechamente unidas que puede decirse que constituyen únicamente dos aspectos de un mismo error fundamental”. Romano GUARDINI, *El poder*, Ediciones Cristiandad, Madrid, 1977, p. 87. Que en la sociedad democrática y pluralista no sea adecuado el confesionalismo (que una confesión religiosa tenga carácter estatal), no significa que el poder público ignore las creencias religiosas presentes en la sociedad.

al Estado le corresponde promover y facilitar, a cada persona y grupo, el ejercicio del derecho a creer —o no— y vivir de acuerdo a su creencia.

Si tenemos en cuenta lo dicho, de que laicidad es a-confesionalidad, pero no a-religiosidad y, menos aún, anti-religiosidad, advertimos en Uruguay, una tradicional práctica no inclusiva de lo religioso. Si bien en el ordenamiento jurídico, aunque no explícitamente pero sí a nivel de principios genéricos, podríamos decir que es reconocido el derecho a la libertad religiosa, no pocas veces es difícil su realización en el ámbito concreto de las relaciones entre personas y grupos, y entre estos y el Estado. Ello lo comprendemos si tenemos en cuenta que un hecho es asumido en el terreno político y jurídico cuando previamente ha sido reconocido como un hecho sociológico o cultural relevante; pero en nuestro país el hecho religioso no ha sido aceptado ni considerado, al menos unánimemente, de este modo, y sin ello es imposible que la materia religiosa sea merecedora de atención jurídica especial.

Solo por mencionar algún ejemplo, no existe, al menos, una instancia estable, institucional, de interlocución entre las distintas confesiones religiosas y el Estado —v. gr. secretaría de culto—; no hay a nivel estatal un registro de las entidades religiosas presentes en el territorio; se violenta a las estructuras eclesiales católicas, que no sean diócesis (v. gr. institutos de vida consagrada, asociaciones de fieles, etc.), así como al resto de las confesiones religiosas distintas de la Iglesia Católica, sometiénolas, para poder obtener personería jurídica, a constituirse en asociaciones civiles, mediante un estatuto tipo, que no tiene en cuenta la naturaleza religiosa de estas comunidades.

Pero, además, como por otra parte, generalmente, no se advierten —o no se quieren advertir— situaciones explícitamente hostiles o abiertamente discriminatorias frente a la realidad religiosa, e incluso se ha consagrado y se corrobora una amplia libertad de cultos, en general se concluye con total firmeza que estamos ante una situación de respeto absoluto hacia el fenómeno religioso. Sin embargo, la falta de protección jurídica a través de una regulación adecuada, en muchas esferas, constituye una omisión que atenta, directa o indirectamente, de varios modos, contra este derecho fundamental a la libertad de religión. Se cree que la libertad es plena, porque cualquier grupo religioso se puede instalar en el país, sin que exista control ni registros, con lo consabidos problemas que ello produce. Eso no es libertad, esta no puede ser ilimitada; la libertad necesita estar ordenada por el Derecho.

Si bien, se puede objetar que los derechos religiosos se encuentran garantizados y, por tanto, protegidos o tutelados, pues existen algunas normas genéricas al respecto, debemos responder que ello es insuficiente. Por lo que, se necesita de una normativa que concrete, o sea, sistematice, ordene y actualice lo que existe, a la vez que es necesario suplir los muchos

vacíos legales que visiblemente también se manifiestan. Ello supone, por otra parte, hacer realidad en la práctica lo que en teoría ya está incorporado a nuestro sistema jurídico, en la medida en que se ha suscrito o ratificado el Derecho Internacional en la materia. En una palabra, falta regular, proteger, promover y facilitar la libertad religiosa en Uruguay, para que pueda ser un derecho reconocido, realizado y debidamente garantizado, y para que nuestro país sea realmente un Estado de libertad religiosa. ¿Por qué no a través de una ley de libertad religiosa? Existe un proyecto de ley de libertad de conciencia desde hace muchos años en el Parlamento, lo que muestra la falta de voluntad política en el tema.

Sería necesario, además, el cultivo de esa rama del Derecho, desde hace varias décadas muy desarrollada en los países democráticos occidentales, que es el Derecho eclesiástico o religioso del Estado, es decir, esa disciplina jurídica estatal que tiene como objeto la relación Estado-Derecho-Religión. De lo contrario continuaremos con un Estado donde el factor religioso carece de importancia legislativa, siendo en el mejor de los casos un Estado tolerante —una de cuyas expresiones es la libertad de cultos—, en relación a las distintas manifestaciones religiosas, con todo lo que significa el insuficiente concepto de tolerancia frente al concepto integral de libertad.

5.

IDEAS CONCLUSIVAS

1. La libertad religiosa y la libertad de conciencia, constituyen hoy innegables derechos humanos fundamentales, que emanan de la misma dignidad de la persona humana, inherente a su naturaleza, y en referencia a un particular modo de proporcionar un sentido profundo, tanto inmanente como trascendente, a la existencia. Derecho establecido en sucesivos pactos, tratados y declaraciones internacionales, en lo que constituye el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con la obligación de ser reconocido y garantizado por los distintos ordenamientos jurídicos nacionales; pues ello se puede realizar solo a través del derecho positivo u objetivo, entendido como el conjunto de normas positivas que tutela los derechos subjetivos de las personas. Como derechos fundamentales —siendo derechos de minorías, de igualdad y de protección—, estas libertades, nunca podrán ser consideradas un privilegio otorgado por el Estado.

2. Al hablar de libertad religiosa determinamos el alcance de esta expresión, evitando así confusiones con otros conceptos semejantes, más extensos, como el de libertad de con-

ciencia —que incluye, además, otro tipo de convicciones—, o más acotados, como el de libertad de culto, y que por tanto podemos considerarlo incluido en la libertad religiosa. Sin embargo, es innegable la relación entre conciencia y religión, debido a que muy buena parte de los contenidos de conciencia, son de tipo religioso. A su vez, la libertad religiosa aparece involucrada con otros derechos de la misma especie, o distintos, pero muy relacionados, en los cuales aquella se cristaliza; así como, también, el derecho a no pertenecer a ninguna confesión religiosa o directamente a no creer.

3. Aunque aparentemente este derecho fundamental, es asumido en la actualidad, por todos los países, lamentablemente aún existen actitudes intolerantes y discriminatorias de parte de individuos, grupos y Estados. Todavía, muchas veces, se niega el derecho esencial de pensar distinto a la mayoría o de quien detenta el poder político. Cuando esto sucede, es decir, cuando los derechos y garantías, la libertad —del tipo que sea— y la igualdad, son violentadas, toda la sociedad es atacada, pues se vulneran las mismas bases del Estado de Derecho, que define a las democracias occidentales. No solo se dan situaciones de discriminación e intolerancia, e, incluso, daño, cuando hay una explícita oposición a determinadas manifestaciones religiosas, o a todas ellas, sino, también, cuando se las ignora y se establece una actitud de prescindencia frente al hecho religioso y de conciencia, como advertimos se ha dado en Uruguay.

4. Pero la mera tolerancia o no discriminación no nos parecen suficientes, pues ello equivale a una concepción de libertad religiosa en su sentido negativo, entendida solo como no interferencia y un desentenderse frente a lo que cada uno elige en el gran “supermercado religioso”. Por lo que debemos apuntar hacia un concepto positivo de libertad, que supone el apoyo y promoción del factor religioso en su conjunto por parte del Estado, a quien corresponde la gestión pública del fenómeno religioso. Sin duda, esto nos introduce en una concepción de la libertad basada en la razón y no en el sentir, y una ética fundada en primeros principios y no en ideas surgidas de la utilidad o el mero consenso.

5. El derecho a la libertad religiosa, y los respectivos principios que lo informan, tiene concreciones diversas en los distintos ámbitos del derecho. Por lo que cuando no se respeta este derecho de la persona, que tiene la particularidad de ser ejercido no solo individualmente, sino, además, de modo colectivo, tanto en forma pública como privada, se puede incurrir en graves daños, que impliquen el ejercicio de acciones legales para su reparación. Ello supone, entonces, que este derecho humano fundamental esté tutelado en los ordenamientos jurídicos; ya que en la práctica los derechos y libertades valen lo que valen sus garantías. Estas dan seguridad al individuo y certeza al orden jurídico. La democracia, la laicidad positiva y

la neutralidad —incluyente del fenómeno religioso como manifestación cultural—, son las primeras garantías con que contamos, ya que, por un lado, aseguran que nunca se va a imponer una creencia y, por otro, garantiza siempre la defensa del derecho a la libertad religiosa, como se verifica en los Estados de libertad religiosa.

6. La cultura como producto humano evoluciona y así debe suceder con el factor religioso, parte esencial, privilegiada, de lo cultural; su comprensión debe ir creciendo, expresada a través de una protección jurídica más acorde al desarrollo cultural. Porque esta protección debe perfeccionarse, ya que lo que es válido para un momento o circunstancia no lo es para otro. Además, es necesario comprender que la libertad solo existe en un régimen jurídico basado en la idea de Justicia, es decir, en el Derecho. Debe ser expresión del fundamento moral del obrar humano. Se trata de comprender que la libertad ilimitada en el ámbito de lo religioso —y en cualquier ámbito— no es posible, pues la libertad arbitraria es incompatible con la democracia, espacio donde se realiza el encuentro de la auténtica libertad con el pluralismo y la laicidad.

En síntesis, esto supone, en nuestro país, la necesidad de rever los conceptos de laicidad y de religión, que no son los mismos que en otras épocas. Uruguay se debe ese debate, al que aparentemente le tiene mucho miedo, para no seguir estando al margen del mundo en la consideración de esta realidad. Solo así se nos abrirán las posibilidades, más allá de los enunciados, que nos permitan gozar en la práctica del pleno ejercicio de la libertad religiosa y de la libertad de conciencia. Y de esta forma, comenzar a comprender —al modo como lo hacen los ordenamientos democráticos contemporáneos— “el orden jurídico fundado sobre valores más que sobre normas, dentro de un Estado que se ha transformado de *Estado de derecho* en *Estado de derechos*”.⁴²

Para citar este artículo:

González Merlano, Gabriel “La libertad religiosa y la libertad de conciencia. Perspectiva jurídica” en *Revista de Derecho- UCU*, 11 (Julio 2015), pp. 81-104

Recibido: 27/03/2015

Revisado: 29/04/2015

Observado: 01/05/2015

Aceptado: 30/05/2015

⁴² R. NAVARRO-VALLS - J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, p. 32.

BIBLIOGRAFÍA

- ASIAÍN PEREIRA, Carmen, “Hábeas conscientia y objeción de conciencia”, *Anuario de Derecho Administrativo*, 2008 (15).
- BENEDICTO XVI, “Discurso a la Asamblea General de las Naciones Unidas”, 18 de abril de 2008, disponible en: <http://www.zenit.org> (visitado el 10 de marzo de 2015).
- “Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)”, disponible en: <http://www.oas.org> (visitado el 10 de marzo de 2015).
- “Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones”, *IIDH*, 1989 (8).
- “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, disponible en: <http://www.derechoshumanos.net> (visitado el 10 de marzo de 2015).
- Documentos del Concilio Vaticano II*, BAC, Madrid, 1985.
- FINOCCHIARO, Francesco, “Liberta di coscienza e di religione”, *Enciclopedia Giuridica*, Vol. XIX, Treccani, Roma, 1990.
- GLENDON, Mary Ann, “El crisol olvidado: Influencia latinoamericana en la idea de los derechos humanos universales”, *Criterio*, 2004 (2293).
- GUARDINI, Romano, *El poder*, Ediciones Cristiandad, Madrid, 1977.
- HERRANZ, Julián, “El derecho a la libertad religiosa en la sociedad contemporánea”, *Seminario sobre Cristianismo y empresa*, Centro Académico Romano Fundación, Roma, 27 de noviembre de 2004, disponible en: <http://www.almudi.org> (visitado el 10 de marzo de 2015).
- HERRANZ, Julián, *La libertad religiosa en nuestra sociedad*, Ediciones Palabra, Madrid, 2006.
- LEDURE, Yves, “Religión y democracia”, *Selecciones de Teología*, 2006 (45).
- MANTECÓN SANCHO, Joaquín, *El derecho fundamental de libertad religiosa*, EUNSA, Pamplona, 1996.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, “Las objeciones de conciencia y los intereses generales del ordenamiento”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 1992 (79).
- MONTILLA, A., *El concepto de confesión religiosa en el Derecho español*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1999.
- NAVARRO FLORIA, Juan, “Sectas o movimientos religiosos ante el derecho argentino”, *Anuario Argentino de Derecho Canónico*, 2002 (9).

- NAVARRO FLORIA, Juan, “¿Gozamos de plena libertad religiosa? Conflictos en una sociedad plural y laica”, *Jornada sobre La libertad religiosa en la sociedad plural del Uruguay*, Instituto Universitario “Monseñor Mariano Soler”. Facultad de Teología del Uruguay, Montevideo, 27 de abril de 2005 (inédito).
- NAVARRO-VALLS, Rafael, Entrevista, Roma, 25 de abril de 2005, disponible en: <http://www.zenit.org> (visitado el 10 de marzo de 2015).
- NAVARRO-VALLS, Rafael - MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, IUSTEL, Portal Derecho S.A., Madrid, 2012, 2da. edición.
- ODIO BENITO, Elizabeth, *Eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones*, Editorial Naciones Unidas, Nueva York, 1989.
- PALOMINO, Rafael, “Libertad religiosa individual. Libertad de conciencia”, *Congreso sobre La libertad religiosa, origen de todas las libertades*, Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 28-29 de abril de 2008 (inédito).
- PRIORA, Juan Carlos, “Libertad de conciencia, libertad religiosa, libertad de culto y tolerancia en el contexto de los derechos humanos”, *Enfoques*, 2002 (14).
- VALBUENA (Reformado), “Conscientia” y “Habeas”, *Diccionario Latino-Español*, edición M.D.P. Martínez López, Librería de Rosa y Bouret, Paris, 1855.

Prácticas abusivas en los contratos de consumo

Análisis desde la nueva legislación argentina

Abusive practices in consumer contracts
in Argentina

*Aída Kemelmajer de Carlucci**

RESUMEN: A partir de la definición de “prácticas comerciales”, la autora se introduce en los distintos tipos de prácticas, considerando en particular aquellas abusivas, y la regulación de esta materia en distintos ordenamientos jurídicos, europeos y americanos. Considera también y principalmente, la ley de defensa del consumidor, vigente en la República Argentina y la nueva normativa introducida por el recientemente sancionado Código Civil y Comercial.

PALABRAS CLAVE: Derecho del consumidor. Prácticas comerciales. Derecho comparado. Derecho Civil. Argentina.

ABSTRACT: From the definition of “commercial practices”, the author introduces in different types of practices, whereas in particular those abusive, and the regulation of this matter in different European and American legal systems. Considered also, and mainly, the law on consumer protection, existing in the Republic of Argentina and the new regulations introduced by the recently sanctioned Civil and Commercial Code.

* Universidad de Mendoza. Co-redactora del Proyecto de Códigos Civil y Comercial Unificados, Argentina. E-mail: aidakemelmajer@carlucci.com

KEY WORDS: Consumer's right. Business practices. Comparative law. Civil law. Argentina.

SUMARIO: Preliminares. Razones de su regulación. Los Fundamentos que acompañaron al anteproyecto. Fuentes del artículo. Ámbito subjetivo de aplicación de los cuatro artículos bajo comentario. Una fórmula o tipo general y prohibiciones particulares. Tipo de obligación que asume el proveedor a lo largo de toda la relación de consumo. El trato digno. La prohibición de discriminar. Art. 1098. Libertad de contratar. Una breve conclusión.

*Pobres sociedades las que adosan la dignidad humana a la tez, a la raza, a la
creencia religiosa o a cualquier otra cosa semejante entre tantas que atrofian —a veces
hasta a los jueces— el sentido de justicia.¹*

PRELIMINARES

Las *prácticas comerciales* han sido definidas como “procedimientos, mecanismos, métodos o técnicas utilizados por los proveedores para fomentar, mantener, desenvolver o garantizar la producción de bienes y servicios al destinatario final”². Más sintéticamente, se dice que son “todos los mecanismos, técnicas y métodos que sirven, directa o indirectamente para facilitar la salida de la producción”³. El art. 19.2, 2º párrafo, del Decreto legislativo 1/2007 del 16/11/2007 de España, en seguimiento de la directiva europea 2005/29/CE dice que son “todo acto, omisión, conducta o manifestación o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores, con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial”.

Tales prácticas, normalmente lícitas, no siempre son “*sanas*”⁴.

¹ BIDART CAMPOS, Germán, “La discriminación racial en los intersticios familiares”, ED 154-1055.

² LORENZETTI, Ricardo, *Consumidores*, 2º ed., Bs. As., ed. Rubinzal, 2009, pág. 158. El autor se apoya en el código de defensa del consumidor de Brasil. Conforme con la definición, JAPAZE, Belén, *La publicidad comercial y las prácticas comerciales*, en RUSCONI, Dante (coordinador), *Manual de derecho del consumidor*, Bs. As., ed. A. Perrot, 2009, pág. 296.

³ STIGLITZ, Rubén, *Lealtad comercial, prácticas comerciales abusivas y publicidad en el código civil y comercial de la Nación*, en LORENZETTI, Ricardo (director) Código civil y comercial de la Nación, Bs. As. Suplemento especial La Ley, 2014, pág. 103.

⁴ Se afirma que “el juez debe proteger al público consumidor y amparar las *prácticas comerciales sanas*” (Cám. Nac. Fed. Civ. y Com. sala III, 11/4/1995, LL 1996-A-324; ídem.7/3/2000, LL 2000-D-631 y Doc. Jud. 2000-3-180).

Las que enferman el mercado, las abusivas, el derecho norteamericano las reputa *unfair*.⁵ Más aún, algunos autores argentinos las califican de “la forma más perversa de actuación de las empresas”⁶.

Se vinculan a cuestiones muy diversas: la información y publicidad,⁷ las marcas, el *overbooking* o sobreventa, el acoso a clientes potenciales,⁸ etc. En el comercio informático aparecen, entre otras, el *spamming* (envío de mails no solicitados), el *cybersquatting* (asociación de páginas), etc.⁹ Algunas de estas prácticas son posibles porque se realizan a través de grandes grupos económicos¹⁰; otras son tan sutiles que en algunos países se discrepa si son o no conductas ilícitas (por ej., enviar tarjetas de créditos a los clientes de un banco sin su solicitud expresa¹¹), etc.

El tema se incluye, como tantos otros, en uno más amplio, desde que son situaciones irregulares que pueden ser miradas bajo el prisma de la buena fe, el abuso del derecho, el orden público, las buenas costumbres¹², etc. Por lo demás, en cada sector (bancos, agencias de turismo, seguro, etc.) se verifican prácticas abusivas diferentes, todo lo cual da al tema una gran extensión¹³.

⁵ HERMAN DE VASCONCELLOS e BENJAMIN, Antônio, Das práticas comerciais, en AV, Código brasileiro de defesa do consumidor, 4º ed., Sao Paulo, ed. Forense universitaria, 1996, pág. 237.

⁶ GHERSI, Carlos y WEINGARTEN, Celia, *Visión integral de la nueva ley del consumidor*, en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, Reforma a la ley de defensa del consumidor, Bs. As. ed. La Ley, 2008, pág. 59.

⁷ Diversas leyes sobre publicidad, en el derecho comparado (Brasil, México, etc.) declaran abusiva toda publicidad discriminatoria (Ver SOZZO, Gonzalo, *Derecho a la dignidad en las relaciones de consumo*, en Rev. de Derecho privado y comunitario, 2009-1-578). En la Argentina, se ha calificado como abusiva la conducta del banco que no informa el cambio de modalidad para el uso de los cajeros automáticos en el extranjero (Cám. Nac. Fed. Contencioso-administrativo, sala II, 4/11/2010, Cita on line AR/JUR/74435/2010 y en Rev. Responsabilidad civil y seguros, año XIII, n° 4, Abril 2011, pág. 140). Como es sabido, la línea divisoria entre información y publicidad no siempre está marcada con claridad. Con toda razonabilidad se ha decidido que “las estimaciones e índices que elaboran las consultoras económicas no trasantan una relación de consumo y que los bienes jurídicos protegidos por la ley 22.802 son la buena fe en el comercio, la *lealtad de las prácticas de esa actividad* y la tutela de los consumidores de modo que puedan acceder a una información adecuada y veraz” (Cám. Nac. Fed. Contencioso-administrativo sala II, 30/4/2013, cita on line AR/JUR/12228/2013, y LL 2013-C-302, con nota de STIGLITZ, Gabriel, *Las estimaciones inflacionarias privadas no constituyen publicidad comercial*).

⁸ El tema del acoso de los turistas en el tiempo compartido preocupó a la Comisión Europea desde los inicios de esta forma de comercialización. Ver respuesta de la Sra. Scrivener, en nombre de la comisión, 30/6/1993, en Anuario de Derecho civil, Madrid, t. XLVII, Enero-Marzo 1994, pág. 249.

⁹ LORENZETTI, Ricardo, *Consumidores*, 2º ed., Bs. As., ed. Rubinzal, 2009, pág.174/178.

¹⁰ La cuestión fue tratada, antes de la reforma de la ley de protección de los consumidores, en diversos encuentros. Ver WEINGARTEN, Celia, *Las prácticas empresariales abusivas en las II Jornadas Rosarinas de derecho civil*, JA 2001-I-1237; de la misma autora, *La confianza en el sistema jurídico*, Mendoza, ed. jurídicas Cuyo, 2002, pág. 112.

¹¹ El tema llegó al Superior Tribunal de Brasil que, por mayoría, con la disidencia del Dr. Villas Boas Cuevas, declaró que se trataba de una práctica contraria a las reglas del código de defensa del consumidor (STBrasil, 18/12/2012, Cita on line BR/JUR/1/2012, reseñado en LL 2013-E-311, con nota de RUSCONI, Dante, *Prácticas comerciales ilícitas en Brasil*. En la nota se mencionan casos argentinos resueltos en el mismo sentido. El autor aprovecha el comentario para insistir en sus críticas contra el por entonces proyecto de código unificado).

¹² SZAFIR, Dora (directora), *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Derecho del consumidor*, Montevideo, ed. La Ley Uruguay, 2013, t. I, pág. 210.

¹³ Por ej., para las prácticas bancarias, ver AV, *Protección de particulares frente a las malas prácticas bancarias*, Madrid, ed. Consejo General del Poder Judicial, 2005; específicamente para la tarjeta de crédito, LARRAÑAGA, Luis y otros, *Prácticas abusivas en el contrato de tarjeta de crédito*, en Anuario de Derecho civil uruguayo, t. XXXIV, 2004 pág.

En definitiva, la lesión al interés del consumidor puede surgir no sólo de cláusulas contractuales en sí mismas, sino de modos de aplicación de éstas o, sencillamente, de conductas no descriptas en el contrato, pero que constituyen una derivación de la imposición abusiva de ciertas prácticas¹⁴. Es necesario, entonces, regularlas, pero las situaciones son tan variadas, que al legislador no le queda otro remedio que usar conceptos jurídicos indeterminados y evitar enumeraciones que nunca serán totalmente satisfactorias.

No me propongo analizar todas estas prácticas. Mi objetivo es mucho más limitado: explicar cuatro artículos (1096, 1097, 1098 y 1099) del Código Civil y Comercial argentino, de 2014 (de ahora en adelante CCyC) incorporados en una sección que tiene precisamente ese nombre (prácticas abusivas), en el Libro III (derechos personales), título III (Contratos de consumo), capítulo II (Formación del consentimiento) Sección 1°.

2.

RAZONES DE SU REGULACIÓN. LOS FUNDAMENTOS QUE ACOMPAÑARON AL ANTEPROYECTO

Se lee en los fundamentos que acompañaron al Anteproyecto¹⁵:

Se propone la regulación de las prácticas abusivas. Conforme con lo dicho en relación al método, debe comenzarse con la Constitución Nacional que establece el *trato digno*, de manera que el Código es una implementación de esa norma, efectuada con conceptos jurídicos indeterminados y dejando lugar a la ley especial para que desarrolle reglas precisas y adaptables a un sector muy cambiante. En este aspecto se incorpora la equiparación de consumidores a personas expuestas y se establecen normas generales.

La ley actual contiene la siguiente norma:

Trato digno. Prácticas abusivas. Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los

593 (aclaro, que el artículo se refiere más directamente a las cláusulas abusivas teniendo pocas referencias a las prácticas abusivas propiamente dichas).

¹⁴ ARIZA, Ariel, *Más que una reforma. Desplazamientos del derecho del consumidor en el derecho privado*, en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, *Reforma a la ley de defensa del consumidor*, Bs.- As. ed. La Ley, 2008, pág. 55.

¹⁵ NE: La autora se refiere al anteproyecto del Código Civil y Comercial unificado, de la República Argentina, Ley 26.994, sancionada 01/10/ 2014; entrará en vigencia el 01/8/2015.

bienes y servicios que comercialice. Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas. En los reclamos extrajudiciales de deudas, deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial. Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor” (artículo 8 bis incorporado por artículo 6º de la ley 26.361).

Sin derogarla, aunque ajustando su redacción para adecuarla a la regulación contenida en el Anteproyecto, se la amplía con base en principios claros: trato digno, trato equitativo, no discriminatorio, protección de la dignidad de la persona, tutela de la libertad de contratar, con lo cual se alcanza un espectro de situaciones amplio que la jurisprudencia, la doctrina o la legislación especial pueden desarrollar.

3.

FUENTES DEL ARTÍCULO

Como se recuerda en esos Fundamentos, el derecho del consumidor a condiciones de *trato equitativo y digno* tiene base constitucional. En efecto, el art. 42 de la CN dispone:

Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho en la relación de consumo, a la protección de su salud seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

Este derecho, aunque no era ajeno a la originaria ley de protección de los consumidores (de ahora en adelante LPC) n° 24240, se incorporó en forma expresa, en el art. 8 bis, en 2008. La doctrina nacional aplaudió el nuevo texto¹⁶. Más aún, se lo ha considerado uno de los aportes de mayor trascendencia de la ley 26.361¹⁷.

¹⁶ Ver, entre otros, SUAREZ, Enrique, *Una saludable y acertada “novedad” en la reforma: el trato equitativo y digno*, JA 2008-II-1239.

¹⁷ FRUSTAGLI, Sandra y FRENEDA SAIEG, Mónica, *Las prácticas abusivas en la ley de defensa de consumidor. Implicancias en orden a la responsabilidad profesional del abogado*, en Rev. Responsabilidad civil y seguros, año XI, Setiembre de 2009, pág. 16; CUAGLIA, Marcelo C., *Trato digno y prácticas abusivas. Análisis del art. 8 bis de la ley 24240*, en Rev. Responsabilidad civil y seguros, año XIII, n° 3, marzo 2011 pág. 50.

El artículo referido se inspiró en el Código de defensa de consumidor de Brasil (art. 39 y concs.) que establece un listado, no taxativo, de prácticas abusivas prohibidas a los proveedores. En la Exposición de Motivos de ese código se lee:

El código prevé una serie de comportamientos, *contractuales o no*, que abusan de la buena fe del consumidor, así como de su situación de inferioridad económica o técnica. Es comprensible, por lo tanto, que tales prácticas sean consideradas ilícitas *per se*, independientemente de que causen un daño o no. Para ellas rige la presunción absoluta de ilicitud. Son prácticas que aparecen tanto en el ámbito de la contratación como también fuera de éstas, sea a través de almacenamiento de información sobre el consumidor, sea mediante la utilización de procedimientos vejatorios de cobranza de sus deudas.

En definitiva, en ese ordenamiento latinoamericano, a título enunciativo, se prohíben ciertas prácticas del proveedor, como condicionar el suministro de producto o servicio a la provisión de otro producto o servicio, exigir al consumidor una ventaja notoriamente excesiva, transmitir información despreciativa referente a un acto practicado por el consumir en el ejercicio de sus derechos, entre otras¹⁸.

4.

ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LOS CUATRO ARTÍCULOS BAJO COMENTARIO

La sección bajo comentario se abre con el art. 1096 que dispone:

Ámbito de aplicación. Las normas de esta Sección y de la Sección 2a del presente Capítulo son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme a lo dispuesto en el artículo 1092.

Uno de los temas más debatidos de la reforma en el ámbito del Derecho del consumo fue el concepto de consumidor¹⁹. Los vaivenes de los distintos textos proyectados desde el

¹⁸ WAJNTRAUB, Javier, *Justicia del consumidor. Nuevo régimen de la ley 26.993*, Bs. As., ed. Rubinzal, 2014, pág. 153; MOSSET ITURRASPE, Jorge y WAJNTRAUB, Javier, *Ley de defensa del consumidor*, Bs. As., ed. Rubinzal, 2008, pág. 106; conf. LORENZETTI, Ricardo, *Consumidores*, 2° ed., Bs. As., ed. Rubinzal, 2009, pág. 166; TINTI, Guillermo P y CALDERON, Maximiliano, *Derecho del consumidor*, 3° ed., Córdoba, ed. Alveroni, 2011, pág. 63.

¹⁹ “ARTÍCULO 1092.- Relación de consumo. Consumidor. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella,

año 2011 (que comenzó su tarea la Comisión) hasta la aprobación del CCyC en noviembre de 2014 son muy conocidos²⁰.

Finalmente, el art. 1092 eliminó de la definición de consumidor a las personas “expuestas a la relación de consumo”, pero siguiendo su fuente, el código del Brasil, las incorporó en las secciones 1 y 2º del capítulo bajo análisis.

Las normas de esta sección se aplican, entonces, no solo al consumidor definido en el art. 1092, sino al famoso “consumidor expuesto”.

En definitiva, lo dispuesto sobre las prácticas abusivas es aplicable a todas las “personas *expuestas* a las prácticas comerciales, *determinables o no*, sean *consumidores o sujetos equiparados*”.

5.

UNA FÓRMULA O TIPO GENERAL Y PROHIBICIONES PARTICULARES

La doctrina nacional²¹ que analiza el art. 8 bis de la LPC²² reconoce en su contenido:

- (a) Una fórmula general (que manda garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios).
- (b) Prohibiciones específicas respecto a:
 - (i) Prácticas vejatorias o vergonzantes y
 - (ii) Prácticas discriminatorias

El esquema se mantiene y completa en el CCyC:

- A) Una fórmula general: art. 1097: “Los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios”

adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.

²⁰ Es inútil mencionar todos los trabajos críticos. Ver, por ej. VITOLO, Daniel, *Las reformas al régimen de defensa del consumidor en el proyecto de código civil y comercial de la Nación*, Bs. As., ed. Ad Hoc, 2012. Una explicación objetiva que justifica el cambio se encuentra en MORO, Emilio, *Las sociedades comerciales frente a derecho del consumidor*, Paraná, ed. Delta, 2014, capítulo I; también en STIGLITZ, Rubén, *La teoría del contrato en el proyecto de Código civil y comercial de la Nación*, LL 2012-C-1299.

²¹ JAPAZE, Belén, *La publicidad comercial y las prácticas comerciales*, en RUSCONI, Dante (coordinador), *Manual de derecho del consumidor*, Bs. As., ed. A. Perrot, 2009, pág. 300. Algunos autores hablan de una verdadera clasificación (WAJNTRAUB, Javier, *Justicia del consumidor. Nuevo régimen de la ley 26.993*, Bs. As., ed. Rubinzal, 2014, pág. 154). NE: La autora se refiere a la doctrina argentina.

²² El texto ha sido transcrito supra §2.

B) Prohibiciones específicas respecto a las:

- Prácticas vejatorias o vergonzantes (art. 1097 última frase: “Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias”).
- Prácticas discriminatorias (art 1098: Los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio).
- Prácticas limitativas a la libertad de contratar (art. 1099: Están prohibidas las prácticas que limitan la libertad de contratar del consumidor).

Algunos autores entienden que el proveedor tiene dos deberes diferenciados, aunque vinculados: (i) garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo, y (ii) no incurrir en la prohibición de prácticas abusivas²³. En mi opinión existe una cláusula general (tratar digna y equitativamente), y prohibiciones específicas. Todas enmarcan en las prácticas abusivas. Es lo que surge del CCyC al incorporar todas estas normas en la misma sección.

6.

TIPO DE OBLIGACIÓN QUE ASUME EL PROVEEDOR A LO LARGO DE TODA LA RELACIÓN DE CONSUMO

Al igual que en el derecho brasileño (Ver supra § 3), el trato equitativo y digno debe configurarse a lo largo de todo el trayecto de la relación de consumo: comienzo, permanencia y egreso. En efecto, aunque la norma se ubica en la etapa de la formación del consentimiento, estas prácticas pueden suceder en cualquiera de las etapas, tanto en la formación del contrato, como en el de la ejecución²⁴.

Se trata de una obligación de resultado, que genera responsabilidad objetiva. La norma dice expresamente que los proveedores deben *garantizar*. Esto significa que para liberarse de las consecuencias del incumplimiento, el demandado debe acreditar el rompimiento del nexo causal (arts. 1722 y 1723 del CCyC)²⁵.

²³ CUAGLIA, Marcelo C., *Trato digno y prácticas abusivas. Análisis del art. 8 bis de la ley 24240*, en Rev. Responsabilidad civil y seguros, año XIII, n° 3, marzo 2011 pág. 43.

²⁴ SZAFIR, Dora (directora), *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Derecho del consumidor*, Montevideo, ed. La Ley Uruguay, 2013, t. I, pág. 210.

²⁵ ARTÍCULO 1722.- Factor objetivo. El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario. ARTÍCULO 1723.- Responsabilidad objetiva. Cuando de las circunstancias

7.

EL TRATO DIGNO

El art. 1097, titulado *trato digno*, contiene tres frases:

(a) Los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios.

(b) La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos.

(c) Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias.

Explico este artículo en los párrafos siguientes:

§ 7.1. LA DIGNIDAD

La dignidad humana está presente en el pensamiento filosófico, ético, socio-político y jurídico de nuestros días. De ella “se habla en la calle, se escribe en la prensa y en los libros, se debate en los parlamentos, se juzga en los tribunales”²⁶; “alimenta el discurso de los periodistas, de los políticos, de los asalariados, de las mujeres, de los excluidos sociales”²⁷; “es una de las nociones más invocadas; sus excelencias son cantadas con acentos graves; defenderla constituye el gran reto y la exigencia inaplazable de los sistemas políticos; vulnerarla supone la expresión del mal radical”²⁸; “es moneda corriente presuponerla pero no se sabe por qué: más aún, hay tendencia a usarla para cualquier propósito banalizando”²⁹. También se afirma que “la dignidad de la persona humana es el fin superior al que debe aspirar toda legislación”³⁰.

Consecuentemente, no puede ser ajena al derecho de los consumidores.

de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva.

²⁶ MARTÍNEZ MORÁN, Narciso, *Persona, dignidad humana e investigaciones médicas*, en Martínez Morán (coord.), *Biología, derecho y dignidad humana*, Granada, Comares, 2003, pág. 20.

²⁷ PAVIA, M.L. et REVET, P. *La dignité de la personne humaine*, Paris, ed. Economica, 1999, Avant Propos.

²⁸ DEL BARCO, José Luis, *Bioética y dignidad humana*, en Löw, Reinhard y otros, *Bioética, consideraciones filosóficas-teológicas sobre un tema actual*, Madrid, ed. Rialp SA, 1992, pág. 11.

²⁹ PANEA, José Manuel, *La imprescindible dignidad*, en Ruiz de la Cuesta (coord.), *Bioética y derechos humanos. Implicaciones sociales y jurídicas*, Sevilla, ed. Universidad de Sevilla, 2005, pág.17. El autor afirma que es necesario saber por qué hablamos de ese modo, aun inconscientemente. Las preguntas son: ¿Por qué hablamos de dignidad? ¿Podemos prescindir de la dignidad?

³⁰ TINTI, Guillermo P y CALDERON, Maximiliano, *Derecho del consumidor*, 3ª ed., Córdoba, ed. Alveroni, 2011, pág.63.

§ 7.2. LA DIGNIDAD Y LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

¿Qué es la dignidad? Obviamente, no corresponde en un trabajo de este tipo intentar definirla.

Sólo cabe señalar que esta “cláusula general”³¹ es el eje conductor de diversos documentos internacionales de Derechos Humanos³². Así, por ej., el art. 11 de la Declaración Universal de Derechos humanos de 1948 estableció que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su dignidad. Los arts. 1 y 22 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales se refieren a la “dignidad inherente a la persona humana”³³. También mencionan la dignidad el preámbulo y el art. XXXIII de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre; los arts. 5 y 11 del Pacto de San José de Costa Rica, el art. 23 de la Convención Internacional sobre los derechos del niño, etc.

Por eso, el art. 1097 afirma que la dignidad de la persona debe ser respetada *conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de Derechos humanos*.

Por lo demás, la doctrina³⁴ especializada en responsabilidad civil y la jurisprudencia³⁵, se han ocupado largamente de los daños causados a la dignidad de la persona. Hay pues, suficiente apoyo para tratar el tema, pese a la dificultad teórica que se atribuye al concepto.

§ 7.3. LA DIGNIDAD EN EL DERECHO DEL CONSUMIDOR

Como se recordó, en la Argentina, en el Derecho de los consumidores, el trato digno, aparece expresamente protegido con rango supra legal (art. 42 de la CN³⁶)

En el derecho comparado, la noción está contenida en numerosas leyes³⁷.

³¹ Conf. SANTARELLI, Fulvio G., *Novedades en el régimen de contratación con el consumidor*, en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, *Reforma a la ley de defensa del consumidor*, Bs. As. ed. La Ley, 2008, pág. 143.

³² Ver CASADO, María (coordinadora), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración universal sobre bioética y derechos humanos de la Unesco*, Barcelona, ed. Civitas, 2009. En esa obra, pág. 217 y ss. se incluye un artículo que escribí en coautoría con Nora Lloveras, *Dignidad humana y consentimiento de personas carentes de competencia*, al que me remito en lo sustancial.

³³ Recordados por ALTERINI, Atilio, *Las reformas a la ley de defensa del consumidor. Primera lectura, 20 años después*, en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, *Reforma a la ley de defensa del consumidor*, Bs.- As. ed. La Ley, 2008, pág.10.

³⁴ ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, *Daños a la dignidad*, Bs As, ed. Astrea, 2011, t. 1, n° 38 y ss y, especialmente, t. 2 n° 231 y ss.

³⁵ Ver la citada por FRUSTAGLI, Sandra y FRENEDA SAIEG, Mónica, *Las prácticas abusivas en la ley de defensa de consumidor. Implicancias en orden a la responsabilidad profesional del abogado*, en Rev. Responsabilidad civil y seguros, año XI, Setiembre de 2009, pág. 21, nota 21.

³⁶ Para diversos conceptos relativos a la dignidad y el derecho del consumidor, RINESSI, Antonio, *Protección del consumidor. Dignidad, obligación de seguridad, riesgos*, en Rev. de Derecho privado y comunitario, 2009-1-311 y ss.

³⁷ Ver SOZZO, Gonzalo, *Derecho a la dignidad en las relaciones de consumo*, en Rev. de Derecho privado y comunitario, 2009-1-578; SUAREZ, Enrique, *Una saludable y acertada “novedad” en la reforma: el trato equitativo y digno*, JA 2008-II-1241.

§ 7.4. LA OBLIGACIÓN DE GARANTIZAR “CONDICIONES DE ATENCIÓN”

La expresión genérica *condiciones de atención* se traduce en deberes concretos y circunstanciados. Obviamente, estas condiciones de atención dependen, en cada caso, de las circunstancias del mercado, condiciones del lugar, etc.³⁸ El cumplimiento de estas obligaciones específicas implica tener personal capacitado para atender al público de manera eficiente. Significa, además, tener que organizarse previamente para, entre otras cosas, evitar largas esperas; informar sobre de los plazos de espera y cómo conducirse con máquinas predispuestas para contratar o recibir pagos, responder adecuadamente a las necesidades de personas con discapacidad, etc. Así, el *leading case* argentino en materia de daños punitivos por incumplimiento de la obligación de trato digno es la sentencia que condenó a una empresa que no tomó las previsiones para que un consumidor con discapacidad, que está en silla de ruedas, pueda acceder a la oficina, que se encuentra en un piso superior, atendiéndolo en la calle³⁹.

§ 7.5. PROHIBICIÓN DE PONER AL CONSUMIDOR EN SITUACIONES VERGONZANTES, VEJATORIAS O INTIMIDATORIAS

(a) La terminología

Vergonzante es todo aquello que puede resultar deshonroso, humillante, perturbador. Se trata de evitar situaciones que pongan al consumidor en vergüenza, ridículo, absurdo o incomodidad.

Vejatorio alude a conductas del proveedor representativas de maltratos, persecuciones, perjuicios o padecimientos.

Intimidatorio refiere a comportamientos que infunden temor.

³⁸ MOLINA SANDOVAL, Carlos, *Reformas sustanciales*, en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, Reforma a la ley de defensa del consumidor, Bs.- As. ed. La Ley, 2008, pág. 93.

³⁹ Cám. 1º CC Mar del Plata, 27/5/2009, La Ley Bs. As. 2009-557; las reseñas se publican en LL 2009-D-97 y LL 2009-C-647. La decisión fue confirmada por la Suprema Corte de Bs. As., el 6/11/2012 Ver LL 2013-A-423; Derecho Comercial del Consumidor y de la empresa, año III, n° 6, diciembre 2012, pág. 89, con nota de STIGLITZ, Gabriel, *Discriminación y sanción pecuniaria disuasiva*, en Doc. Jud. Año XXIX, n° 22, 29/5/2013, pág. 3, con nota de BAROCELLI, Sergio S., *Incumplimiento del trato digno y equitativo a consumidores híper vulnerables y daños punitivos: la Suprema Corte de Bs. As. confirma su procedencia* y en LL 2013-A-235, con nota de BERSTEN, Horacio, *Procedencia de la multa civil del art. 52 bis LPC*. La decisión de la corte bonaerense también se reseña en Rev. Abeledo Perrot, Bs As, n° 4, Abril 2013, pág. 474; Rev. Responsabilidad civil y seguros, año XV, n° 5, Mayo 2013, pág. 79, con nota de ÁLVAREZ LARRONDO, Federico, *“Machinandiarena”, cuando el desdén dejó de ser negocio* y en Doc. Jud. Año XXIX, n° 43, 23/10/2013, pág. 3, con nota de HITTERS, Juan M., y FERREIRO, Andrés, *Recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley (absurdo). La implicancia del derecho del consumidor en el proceso*.

(b) La variedad de comportamientos incluidos

La amplitud terminológica permite subsumir múltiples comportamientos que hoy se observan en el mercado y otros que puedan ser diseñados en el futuro⁴⁰.

Claro está, la calificación de abusiva depende de las circunstancias del caso y de cómo se llevan adelante ciertas prácticas comerciales.

Así, por ej., en los supermercados es común ejercer control sobre los clientes para verificar robos; muchas veces, incluso, se sirven de alarmas electrónicas. La práctica, en sí misma, no es abusiva, pero puede serlo si va acompañada de otras circunstancias: (i) la detención del consumidor durante 45 minutos para revisarlo, el resultado es negativo y la empresa se niega a pedir disculpas públicas⁴¹; (ii) el cliente es llevado reciamente, a empujones, hacia una habitación privada⁴², etc. En suma, el indiscutible derecho de vigilancia de la empresa no puede ejercerse en detrimento del honor, la integridad física o psíquica de las personas.

(c) Algunas prácticas intimidatorias. La gestión de cobro

El art. 8 bis de la LPC dispone que “en los reclamos extrajudiciales de deudas, los proveedores deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial”.

La prohibición pretende poner fin a ciertas prácticas relacionadas con métodos de cobranza de morosos mediante las cuales se persigue el cobro invistiendo al requerimiento con apariencia de reclamo judicial⁴³. Normalmente, quienes incurrían en este tipo de conductas son abogados. Los profesionales, en general, están excluidos del ámbito de la ley, pero ingresan por vía del art. 8 bis, que expresamente se refiere a quien actúa *en nombre del proveedor*.

El CCyC sigue el consejo de la doctrina⁴⁴; no entra en el casuismo y, como se dijo, establece que “los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los

⁴⁰ FRUSTAGLI, Sandra y HERNÁNDEZ, Carlos, *Primeras consideraciones sobre los alcances de la reforma a la ley de defensa del consumidor; con especial referencia a la materia contractual*, en JA 2008-II-1217; conf. RUSCONI, Dante, *Prácticas comerciales ilícitas en Brasil*, en LL 2013-E-311.

⁴¹ Cám. Civ y Com. de Rosario, sala II, 2/12/1999, La Ley Litoral 2000-553, con nota de MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Las relaciones de consumo: el control vejatorio a la salida del supermercado. Omisión de los deberes que impone la buena fe*. Ver otros casos semejantes citados por CUAGLIA, Marcelo C., *Trato digno y prácticas abusivas. Análisis del art. 8 bis de la ley 24240*, en Rev. Responsabilidad civil y seguros, año XIII, n° 3, marzo 2011 pág. 49 nota n°46Y y por KIPER, Claudio, *Comentario al art. 8 bis*, en PICASSO-VÁZQUEZ FERREYRA (directores) *Ley de defensa del consumidor comentada y anotada*, Bs. As., ed. FEDYE, 2009, t. I pág. 142.

⁴² Cám. Civ. y Com. de Lomas de Zamora, sala II, 15/7/2003, JA 2003-IV-257.

⁴³ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto y AVALLE, Damián, *Reformas a la ley de defensa de los consumidores y usuarios*, LL 2008-D-1068.

⁴⁴ SOZZO, Gonzalo, *Derecho a la dignidad en las relaciones de consumo*, en Rev. de Derecho privado y comunitario, 2009-1-584.

consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o *intimidatorias*”, fórmula en la que cabe la conducta descrita por el art. 8 bis.

La jurisprudencia ha tenido ocasión de condenar al abogado apoderado de una entidad financiera que envió a la deudora, a su domicilio, una nota de carácter intimidatorio y amenazante, y al colegio en el que trabajaba, un pedido de informes y otras advertencias, todo con apariencia de cedula judicial, logrando que en el ámbito docente en el que se desempeñaba se divulgara la situación de morosa que se le atribuía. Bien dice quien comenta la sentencia que una cosa es interpelar (conducta conforme a derecho) y otra intimidar (acto contrario a derecho)⁴⁵.

Las gestiones de cobro abusivas incluyen no solo la apariencia judicial de un reclamo que es extrajudicial, sino también la difusión de información despreciativa respecto del consumidor. Algunos autores entienden que publicaciones como el llamado “Veraz” ingresan en estas prácticas abusivas⁴⁶. No es el criterio de la jurisprudencia, que ha condenado a esa organización por otras razones (información errónea, caduca, etc...) pero no por el solo hecho de informar.

8.

LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINAR. ART. 1098

El artículo 1098 impone al proveedor dar a los consumidores *un trato equitativo y no discriminatorio*, por lo que le prohíbe establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la nacionalidad de los consumidores.

8.1. LA NO DISCRIMINACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LA LEY

La República Argentina ha defendido la igualdad de todos los habitantes desde los inicios de su historia constitucional. Así surge claramente del Preámbulo y de los arts. 16 y 20 de la C.N. Más modernamente, en 1994, introdujo expresamente las nociones de igualdad real y acciones positivas (art. 75 inc. 23).

⁴⁵ Cám. Nac. Com. sala E, 10/2/2006, JA 2006-III-39, con nota aprobatoria de VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, *Responsabilidad civil por el envío de una carta documento. Interpelación o intimidación*. Se condenó al abogado, pero no al banco, estimando que son daños que no pueden ser atribuidos a la entidad bancaria, que no había dado instrucciones para actuar de este modo. El autor rosarino considera que pudo condenarse al banco por aplicación del art. 1113 del CC. Para la responsabilidad del abogado y las prácticas abusivas, ver FRUSTAGLI, Sandra y FRENEDA SAIEG, Mónica, *Las prácticas abusivas en la ley de defensa de consumidor. Implicancias en orden a la responsabilidad profesional del abogado*, en Rev. Responsabilidad civil y seguros, año XI, Setiembre de 2009, pág. 16.

⁴⁶ FARINA, Juan, *Defensa del consumidor y del usuario*, 4º ed., Bs. As., ed. Astrea, 2008, pág. 229.

La garantía de igualdad aparece en numerosos tratados internacionales, entre otros: Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 1, 2, 7); Convención Americana de Derechos Humanos (art. 1, 6,12); Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos (art. 14) y diversas normas de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; el Pacto internacional de los derechos civil y políticos; el Pacto internacional de Derechos económicos, sociales y culturales; la Convención Internacional de los Derechos del niño; la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación a las personas con discapacidad, etc.

A nivel legislativo, en 1988, sancionó la ley 23.592 (sobre actos discriminatorios, modificada ulteriormente por las leyes 24.782 y 25.608). Mayoritariamente, la doctrina sostiene que esa ley rige las relaciones del consumo⁴⁷. En efecto, la fórmula es amplia, como surge del art.1 que transcribo, señalando en cursivas su extenso ámbito de aplicación:

“Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a *dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización* y a *reparar el daño moral y material* ocasionados.

A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos *u omisiones* discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.

En su versión original, la ley 24240 también estableció expresamente el derecho al trato igualitario en el art. 26, aunque limitado al ámbito de los prestadores de servicios públicos domiciliarios⁴⁸.

8.2. LA DIFICULTAD EN LA DETERMINACIÓN DE LA CONDUCTA DISCRIMINATORIA

Determinar si una práctica comercial es discriminatoria no siempre es fácil. Criterios excesivos y absurdos podrían llevar a eliminar prácticas comunes, como son las liquidaciones. Así, por ej., se ha resuelto razonablemente que “el hecho de que el proveedor de un servicio realice promociones que importen que los nuevos clientes abonen una suma menor que los

⁴⁷ Conf. MOLINA SANDOVAL, Carlos, *Reformas sustanciales*, en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, *Reforma a la ley de defensa del consumidor*, Bs.- As. ed. La Ley, 2008, pág. 94.

⁴⁸ SOZZO, Gonzalo, *Derecho a la dignidad en las relaciones de consumo*, en *Rev. de Derecho privado y comunitario*, 2009-1-585.

contratantes anteriores, no importa un trato discriminatorio respecto de éstos, ni les genera el derecho a obtener el reintegro de la parte pertinente del precio, pues tales promociones no se encuentran vedadas por la ley, sino que constituyen prácticas habituales del comercio⁴⁹.

De cualquier modo, los daños por violación al principio de no discriminación han merecido la atención de numerosa doctrina, que ayuda en esa tarea descriptiva⁵⁰.

8.3. PAUTAS DISCRIMINATORIAS

El art. 1098 prohíbe a los proveedores establecer diferencias basadas en *pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores*.

Corresponde analizar, pues algunas de esas pautas constitucionales.

8.4. LA RAZA (SIN QUE LA MENCIÓN IMPLIQUE QUE ESE CONCEPTO EXISTA)

Con inteligencia, Kiper⁵¹ comienza el tratamiento del tema con el emblemático caso de la Corte de EEUU *Plessy v Ferguson*, que finiquitó con la “legitimidad” del contrato de transporte que se “cumplía” separando negros y blancos, bajo la justificación “separados pero iguales”, porque el servicio también se prestaba a los negros. Efectivamente, esa falsa igualdad violaba claramente la dignidad de toda persona en una clara relación de consumo, como es el transporte.

8.5. LA RELIGIÓN

La jurisprudencia argentina presenta algunos casos interesantes. Así, por ej.

a) La Cámara Nacional Civil sala I, revocó e hizo lugar a una acción de daños por discriminación en una relación de consumo (alquiler de una vivienda negada a los pretensos inquilinos porque eran judíos)⁵². El juez de primera instancia había rechazado la demanda

⁴⁹ Cám. Nac. Civ. sala I, 17/3/2011, cita On line AR/JUR/6993/2011, Rev. Resp. Civil y seguros, año XIII, n° 7, Julio 2011, pág. 187 y ED 246-179.

⁵⁰ KIPER, Claudio, *Derecho de las minorías ante la discriminación*, Bs As, ed. Hammurabi, 1998; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Derecho a la no discriminación. Daño por discriminación*, en Liber Amicorum en homenaje al prof. Dr. Luis Moisset de Espanés, Córdoba, ed. Advocatus, 2010, t. II, pág. 521 y en Rev. Derecho Laboral 2009-1-49; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Prevención versus reparación. Daño a la persona. Derecho a la no discriminación. Daño por discriminación*, en Rev. Derecho de daños 2008-2-7; ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, *Daños derivados de discriminaciones injustas*, en Kemelmajer de Carlucci y Parellada (coord.), *Derecho de daños*, 2° parte, Bs. As., ed. La Rocca, 1993, pág. 135; de la misma autora, *Daños por discriminaciones arbitrarias*, en Resarcimiento de daños, 2.c. Bs As, ed. Hammurabi, 1994, pág. 87 y ss.

⁵¹ KIPER, Claudio, *Comentario al art. 8 bis*, en PICASSO-VÁZQUEZ FERREYRA (directores) *Ley de defensa del consumidor comentada y anotada*, Bs. AS., ed. FEDYE, 2009, t. I pág. 121.

⁵² 11/10/2006, Doc. Judicial 2006-3-693, con nota de DOMÍNGUEZ, Osmar y FERNÁNDEZ, Marcos, *La discriminación. Un daño que debe repararse pecuniariamente*, y en LL 2006-F-379, con nota de GIL DOMÍNGUEZ Andrés, *Derecho a la no discriminación negativa y alquileres: la fuerza normativa de la Constitución en las relaciones horizontales*, y

con argumentos inconsistentes. Los transcribo y respondo como simple muestra de que aún los jueces, como dice Germán Bidart Campos en la frase con la que empiezo este trabajo, intentan ocultar su posición discriminadora. Dijo el juez:

— Estos juicios presentan dificultad probatoria.

El argumento, precisamente, debió inducir a aliviar la carga probatoria de los actores y no la inversa. Por lo demás, no necesitaba razonar en torno a este problema, desde que la prueba sobre los dichos de la propietaria del inmueble no era dudosa.

— Las manifestaciones de la locadora al agente de la inmobiliaria fueron pronunciadas en la intimidad, sin contenido racista, pues estaban relacionados con el miedo por el atentado a las torres gemelas, tal como surge de la pericia psicológica.

No interesa si las palabras se expresaron en público o en la intimidad; el testigo manifestó claramente que la propietaria del inmueble le dijo que no alquilaba porque se había enterado de la condición de judíos de los pretensos inquilinos. El miedo por el atentado a las torres gemelas era una excusa pueril, desde que no se trataba de algo que había ocurrido en el país, y no se atribuía a los judíos participación alguna en ese terrible hecho.

— Los actores reconocen que no tuvieron problemas en el trato directo con la propietaria.

Ese reconocimiento es irrelevante; lo cierto es que los sentimientos antisemitas se manifestaron a la persona que intervenía en la contratación y por eso la locación no se concretó.

— *No* es discriminatorio que la demandada diga que la religión católica es la única verdadera.

Obviamente, cada persona tiene derecho a pensar que su religión es la única verdadera, pero eso no implica justificar que no se alquile a los que pertenecen a otra.

— Los actores no fueron veraces en el beneficio de litigar sin gastos.

en ED 220-266 con nota de WETZLER MALBRÁN, Ricardo y Cecilia, *La responsabilidad por discriminar y la libertad de elección en un interesante fallo*.

El ocultamiento de algún bien cuando se peticiona el beneficio de litigar sin gastos no tiene ninguna vinculación con la conducta discriminadora previa de la demandada.

— No corresponde afectar el derecho de propiedad de la locadora.

Este es el único argumento que tiene vinculación con el tema a decidir. Sin embargo, olvida completamente toda la normativa constitucional y legal, aplicable también en las relaciones verticales, como expresamente lo señala el art. 1 de la ley 23.592, antes transcripto.

b) Las circunstancias fácticas de otro caso, en cambio, son más dudosas

La sala C de la Cámara Nacional de Comercio⁵³ rechazó la demanda de daños interpuesta contra un banco que se rehusó, según el actor, por motivos religiosos (la sociedad se llama *Leveinim*, palabra que en hebreo quiere decir ladrillo) a abrir una cuenta corriente bancaria. El argumento central fue que quien se presentó en representación de esa persona de existencia jurídica, tenía una cuenta a título personal en la misma entidad y pertenecía al mismo credo. Para el tribunal, “no habiéndose demostrado que la negativa de la entidad a la apertura solicitada por la sociedad fuese motivada por razones religiosas, corresponde rechazar la demanda con fundamento en el principio de libertad de contratación”, aun cuando, en ningún momento, la entidad financiera dio explicación alguna de la no aceptación.

8.6. LA DISCAPACIDAD

A veces, se denuncia discriminación respecto de personas especialmente protegidas por su situación de vulnerabilidad, como por ej., las personas con discapacidad⁵⁴.

a) Un caso dudoso decidió la sala H de la Cámara Nacional Civil el 29/03/2010⁵⁵.

⁵³ 15/2/2011, JA 2011-II-201, con nota de KAUFMAN, Gustavo, *Las meras alegaciones de discriminación*.

⁵⁴ DÍAZ ALABART, Silvia, *La responsabilidad civil por discriminación de las personas por causa de su discapacidad*, en Moreno Martínez, JA (coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Madrid, ed. Dykinson, 2007; FERRANDO, Gilda, *Soggetti deboli-discriminazione*, en Dal Lago U. e Bordon, R., *La nuova disciplina del danno non patrimoniale*, Milano, ed. Giuffrè, 2005, pág. 399.

⁵⁵ Rev. Resp. Civil y seguros, año XII, n° 8 Agosto 2010, pág. 57, con notas de SAUX, Edgardo, *Discapacidad, discriminación y derecho del consumo. Contratación por un no vidente* y GHERSI, Carlos *Discriminación y trato indigno. Las presunciones de la ley del consumidor. Las cargas probatorias dinámicas* y en ED 238-381 con nota de PAGANO, Luz María, *Separando las aguas de la discriminación*.

El actor, una persona con discapacidad visual, acompañado con un amigo, concurrió a un banco, con la intención de obtener un crédito; la entidad financiera le exigió, para celebrar el contrato, que compareciera con dos testigos hábiles.

Las dos partes invocaron el art. 42 de la CN, pero se apoyaron en distintas partes de esta norma:

El banco decía que el requisito exigido por su reglamento interno era coherente con su obligación de asegurar los intereses económicos del consumidor a través de una información adecuada y veraz, proveyéndose la entidad, al mismo tiempo, de una prueba del cumplimiento de esa obligación. La persona con discapacidad, decía que no había recibido trato equitativo porque se le exigía un recaudo (presencia de dos testigos de su confianza) que no se impone a las personas que no tienen discapacidad.

El tribunal coincidió con la demandada. Fundó su decisión, entre otros, en los siguientes argumentos:

- El art. 4 de la Convención sobre los derechos de personas con discapacidad, aprobada por ley 26.378 dispone que no se consideran discriminatorias “las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad”.
- Los testigos requeridos, de confianza del cliente, coadyuvan a alcanzar la igualdad pues aseguran al consumidor con discapacidad que el documento que firma respeta su voluntad.
- La exigencia coincide con las prácticas notariales.

Como dije, la solución, en principio correcta, deja algunos interrogantes.

¿Cómo hubiese resuelto el tribunal si el consumidor hubiese invocado que su consentimiento estaba suficientemente informado con la presencia del amigo que lo acompañaba? ¿Hubiese considerado razonable la exigencia reglamentaria de dos testigos? ¿A quién beneficia, entonces el requisito? ¿Al consumidor, al banco, a ambos?

b) El 28/8/2001, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica decidió correctamente que “La negativa del conductor del taxi a prestar el servicio de transporte por estar acompañado de un perro guía constituye una evidente violación de sus derechos fundamentales, por cuanto fue discriminado por razón de su discapacidad. El perro con el cual él se hace acompañar no es una simple mascota sino un animal destinado a cumplir la función de los ojos en las personas que no ven y cuya ayuda resulta invaluable”⁵⁶.

⁵⁶ Reseñado en Rev. Investigaciones 2002 n° 2/3, pág. 429.

Se trata de un típico caso de falta de aplicación del art. 4 de la Convención, antes citado, pues si bien el taxista, como regla, tiene derecho a rechazar pasajeros con animales, debe facilitar, en lo que le compete, poner en igualdad real de situaciones a las personas con discapacidad visual.

c) Un caso dudoso⁵⁷ fue el resuelto en la provincia de Mendoza. El 10/10/2007, la Cámara 3º Civil y Comercial⁵⁸ rechazó la demanda interpuesta por los progenitores de un adolescente que padece una perturbación psíquica (síndrome de Asperger), contra el establecimiento educativo que no renovó el contrato para el ciclo lectivo siguiente, porque la conducta asumida por la demandada no aparecía discriminatoria, segregativa o abusiva, toda vez que existían motivos serios para actuar sí desde que: (i) al momento de inscribirlo, los padres ocultaron la enfermedad psiquiátrica que padecía; (ii) frente a hechos graves ocurridos durante el curso del año escolar (acoso a una compañera, amenazas de suicidio, etc.) demostraron una total falta de colaboración; (iii) el establecimiento permitió al adolescente seguir en las clases de apoyo y rendir los exámenes pendientes.

La decisión fue revocada por la Suprema Corte de Mendoza, sala I, el 5/12/2008 (voto del Dr. Fernando Romano y adhesión del Dr. Carlos Bohn) con un diferente análisis de los hechos; valoró, entre otras circunstancias, que previo a la demanda de daños, había pasado en autoridad de cosa juzgada la sentencia que acogió el amparo contra la decisión escolar que había suspendido al adolescente con base en una carta que se le atribuyó, en la que amenazaba matar a una compañera, y que finalmente resultó falsa.

d) En la misma línea de lo resuelto por la sala I de la Suprema Corte de Mendoza, un tribunal de la provincia de Bs. As. condenó a un colegio privado por la negativa a re-matricular un niño autista, luego de haber cursado un primer año escolar en ese instituto⁵⁹.

8.7. LA CONDICIÓN SOCIAL

Se ha decidido con razón que “es discriminatorio y da lugar a resarcimiento el hecho de obstaculizar a una familia el acceso a un supermercado, siendo éste un lugar abierto al público en general, lo que hace presumir que la prohibición de ingreso se debió a su condición

⁵⁷ No he tenido el expediente a la vista, por lo que no he podido controlar el material probatorio.

⁵⁸ Resp. civil y seguros, año X, n° 6, Junio 2008, pág. 50, con nota de HERSALIS, Marcelo, ¿Un supuesto de discriminación en el ámbito educativo?

⁵⁹ 3º Cám. Apel. CC Junín, 3/7/2007, cit. por ROSALES, Pablo Oscar, *Daños y discriminación a personas con discapacidad*, en Rev. Derecho de Daños, 2011-3-425.

social humilde y a sus rasgos étnicos, máxime cuando el demandado no dio explicaciones que pudieran tornar legítima o razonable la medida⁶⁰.

Con criterio similar se condenó a pagar daño moral a favor de quien fue expulsado de un local comercial “en razón de su aspecto físico y de presuntas actitudes sospechosas, como hablar en voz baja, ir con una mochila y ponerse las manos en los bolsillos”⁶¹. Se reiteró que “si bien una empresa tiene derecho a tomar todas las medidas para evitar hurtos de mercaderías, tales procedimientos deben respetar límites de razonabilidad y no pueden deshonrar a sus clientes (reales o potenciales)”.

8.8. LA ORIENTACIÓN SEXUAL

a) Un caso paradigmático fue decidido por la Suprema Corte del Reino Unido el 27/11/2013 en *Bull and another (Appellants) v Hall and another, (Respondents)*⁶².

La Corte comenzó preguntándose:

- ¿Es contrario a la ley que el propietario de un hotel⁶³, que practica la religión cristiana y cree sinceramente que las relaciones sexuales fuera de matrimonio son un pecado, rechace cumplir un contrato, celebrado por internet, y reúse albergar a una pareja del mismo sexo en una habitación matrimonial?
- ¿La respuesta sería la misma si fuese una pareja en unión civil?

Antes de contestar, dijo que estas preguntas habrían sido impensables, dos décadas atrás, en los tribunales británicos.

Concluyó, después de un minucioso estudio que la conducta del propietario era ilegal, pues si presta un servicio al público no puede hacer predominar sus propias pautas religiosas.

b) En el mismo sentido, un superior tribunal estadual de Canadá⁶⁴ confirmó una sentencia que hizo responsable a un médico que practica técnicas de reproducción humana asistida y se negó a atender a una pareja de mujeres lesbianas. Consideró insuficiente las

⁶⁰ Cám. 3° CC Córdoba, 20/11/2006, Rev. Resp. civil y seguros, 2009-III-marzo pág. 187.

⁶¹ Cám. Nac. Com. sala E, 12/3/2008, Rev. Resp. civil y seguros 2008-VII-73.

⁶² http://www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/docs/UKSC_2012_0065_Judgment.pdf. Revisado el 31/1/2016.

⁶³ Se trataba de un “Bed and Brekfast.”

⁶⁴ British Columbia Supreme Court, Canadá, *Korn v Potter*, 2/4/1996, cit. por John R. Williams, en *Journal International de Bioéthique* 1997, pág. 140.

dos razones dadas por el médico: (i) el Código de Ética autoriza al médico a rechazar a un paciente si el caso no presenta urgencia; (ii) él no quería quedar involucrado en un litigio si finalmente las mujeres se separaban.

8.9. LA NACIONALIDAD (A VECES, DISFRAZADA DE DOMICILIO)

a) Comparación de textos.

El art. 1098 menciona esta pauta expresamente: “No pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, *en especial, la de la nacionalidad de los consumidores*”.

Su fuente, el art. 8 bis de la ley 26.361, dice:

“No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice. Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas”.

La comparación de ambos textos muestra dos diferencias: (i) la ley especial enumera que la diferencia no puede alcanzar el precio, las calidades técnicas, o cualquier otro aspecto relevante; (ii) permite excepcionar a la regla a través de una autorización fundada en razones de interés general.

La primera no es significativa, pues se trata de una simple ejemplificación, no taxativa.

La segunda, en el CCyC es más protectora de los derechos del consumidor, pues no permite que, a través de una decisión administrativa, se distinga a consumidores por el solo hecho de su nacionalidad.

a) La reacción de la doctrina

La norma originaria fue recibida de distinta manera por la doctrina.

Una posición minoritaria afirmó que la prohibición de discriminar al extranjero “puede perjudicar a los nacionales, sobre todo en lugares de turismo donde es común encontrar tarifas preferenciales para los nacionales que obviamente pagan con una moneda depreciada”⁶⁵ y convertirse, “si no se la aplica con verdadero criterio de justicia social, en un elemento contrario al acceso al consumo”⁶⁶.

⁶⁵ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto y AVALLE, Damián, *Reformas a la ley de defensa de los consumidores y usuarios*, LL 2008-D-1068.

⁶⁶ PÉREZ BUSTAMANTE, Laura, *La reforma de la ley de defensa del consumidor*, en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, *Reforma a la ley de defensa del consumidor*, Bs. As. ed. La Ley, 2008, pág. 113.

No comparto esta posición. Por el contrario, adhiero a la mayoría que se pronuncia a favor de la regla⁶⁷. Más aún, algunos autores sostienen, con razón, que en determinadas circunstancias, hay que diferenciar *a favor* del consumidor extranjero, quien puede ser calificado de sub-consumidor o consumidor particularmente frágil, por no conocer la lengua ni las prácticas locales⁶⁸.

Fundo mi afirmación en los siguientes razonamientos:

- Los derechos civiles de los extranjeros están constitucionalmente amparados (art. 20 CN).
- Las discriminaciones injustas contra los turistas extranjeros son de público y notorio, como ocurre, por ej., con los pasajes aéreos de cabotaje.
- La excepción (autorización por decisión administrativa) debilita, casi minimiza la censura de estas prácticas discriminatorias⁶⁹.
- No discuto que, en algunos casos, las diferencias de precio pueden ser absolutamente necesarias para facilitar el ingreso de cierto grupo de nacionales, que de otro modo, no podrían acceder a ciertos lugares. Es lo que ocurre, por ej., con el precio de la entrada al Machu Pichu, un día de la semana, para las personas que viven en la zona. En estos casos, absolutamente excepcionales, la justificación está en la igualdad real, desde que ese patrimonio histórico de la humanidad tiene para esas personas, de escasa capacidad económica, un valor cultural y religioso superior al de los turistas, razón suficiente para establecer en su favor un precio menor.
- Esa excepcionalidad encuentra solución en otras medidas razonables; no es necesario que se establezca en la ley una especie de autorización genérica a la administración para discriminar, aunque se la minimice con la exigencia de la fundamentación.

⁶⁷ Ver muy completo listado de la doctrina nacional que se pronunció a favor en cita n° 11 de PÉREZ HAZAÑA, Alejandro, *La discriminación a los consumidores extranjeros en un caso colectivo*, Rev. Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, año V, n° 6, Dic. 2014, pág. 97.

⁶⁸ CUAGLIA, Marcelo C., *Trato digno y prácticas abusivas. Análisis del art. 8 bis de la ley 24240*, en Rev. Responsabilidad civil y seguros, año XIII, n° 3, marzo 2011 pág. 45. El autor recuerda que el art. 37 de la ley nacional de turismo 25.997 dispone que la autoridad de aplicación debe instrumentar normativas de procedimiento eficaces tendientes a la protección de los derechos del turista. La ley también es citada por LOVECE, Graciela, *Una nueva base para seguir creciendo*, en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, *Reforma a la ley de defensa del consumidor*, Bs.-As. ed. La Ley, 2008, pág. 77.

⁶⁹ FRUSTAGLI, Sandra y HERNÁNDEZ, Carlos, *Primeras consideraciones sobre los alcances de la reforma a la ley de defensa del consumidor, con especial referencia a la materia contractual*, en JA 2008-II-1218; SOZZO, Gonzalo, *Derecho a la dignidad en las relaciones de consumo*, en Rev. de Derecho privado y comunitario, 2009-1-581.

(c) Algunos precedentes en la jurisprudencia extranjera

El tema preocupa en el derecho comparado⁷⁰. En la sentencia de 1/1/1985, recaída en el caso *Orphanos v/ Queen Mary College*, un tribunal inglés, en favor de un alumno chipriota, consideró indirectamente discriminatoria la cláusula del reglamento del colegio que, para no pagar una cuota más alta, exige que los postulantes hayan tenido residencia en Inglaterra, como mínimo, tres años antes.

(d) La cuestión en la jurisprudencia argentina

El tema ha tenido respuestas discordantes ante los jueces argentinos. Así, por ej.

- Se rechazó la demanda interpuesta por una asociación de consumidores para que se devolviera a los usuarios extranjeros las diferencias de precio cobradas al venderles pasajes de un bus turístico. El tribunal argumentó que el cuadro tarifario no se efectuó tomando en cuenta la nacionalidad sino el domicilio de los usuarios; sostuvo que el otorgamiento a los consumidores locales del servicio de bus turístico de la ciudad de Bs. As. a una tarifa que resulta más atractiva que la otorgada a los no residentes configura una acción positiva razonable, pues (i) ellos son, los que con el pago de sus impuestos, contribuyen al sustento de los atractivos más importantes de la ciudad; (ii) las tarifas se inscribieron dentro de las políticas de acción social, en beneficio de los vecinos de la ciudad para alentar a quienes, por vivir allí, no portan el mismo interés en que la ciudad les sea mostrada; (iii) coadyuva a mantener la sustentabilidad del servicio en tiempo de bajo ingreso turístico⁷¹.

Las argumentaciones no resultan convincentes.

- Como se vio en el caso inglés, el domicilio puede encerrar indirectamente una discriminación fundada en la nacionalidad.
- El pago de los impuestos por parte de los nacionales prueba demasiado; justificaría que en todo supuesto se cobre más a un extranjero por el solo hecho de ser tal en contradicción a la garantía constitucional de igualdad.

⁷⁰ Ver, por ej., MOROZZO DELLA ROCCA, Paolo, *Atti discriminatori contro gli stranieri e le altre minoranze*, en Cendon, Paolo, *Trattato breve dei nuovi danni*, Padova, Cedam, 2001, t. II, pág. 1019.

⁷¹ Cám. Nac. Com. sala C, 14/10/2014, Cita on line: AR/JUR/53270/2014, Rev. Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, año V, n° 6, Dic. 2014, pág. 89, con excelente nota crítica de PÉREZ HAZAÑA, Alejandro, *La discriminación a los consumidores extranjeros en un caso colectivo*.

- El incentivo al turismo local no debe fundarse en la discriminación con el extranjero sino en un servicio de calidad.
- Las épocas de bajo turismo justifican tarifas más reducidas para todos, nacionales y extranjeros.
- En cambio, en otro caso, se protegió adecuadamente a un consumidor extranjero del servicio educativo⁷². Los hechos, sintéticamente expuestos, eran los siguientes:

Al momento de inscribirse, una estudiante de nacionalidad paraguaya presentó su permiso de residencia precaria, documentación renovable cada 90 días que la autorizaba entre otras cosas, a estudiar dentro del territorio argentino. Fue aceptada como alumna con su documento paraguayo y el título de estudios secundarios certificado por el Ministerio de Educación de la República de Paraguay, legalizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. Cursó los tres años de la carrera y aprobó la totalidad de las materias correspondientes. Concluido sus estudios, su solicitud de tramitación del título fue rechazada por el establecimiento educativo por no contar con DNI argentino, único documento que acredita identidad, exigible para otorgar título o certificado según la ley 17.671. La demandada también argumentó que al solicitar la inscripción, la estudiante declaró conocer y aceptar como requisito de ingreso y permanencia en la institución: (i) las condiciones establecidas en los Estatutos y Reglamentación; (ii) las pautas fijadas en los planes de Estudio y Normas Académicas; (iii) que su inscripción estaba condicionada al cumplimiento de los requisitos de ingreso exigidos y que de no presentar la documentación requerida, podía cancelarse su matrícula; en tal caso, los estudios cursados serían considerados de carácter académico y sin derecho a certificación.

El tribunal rechazó estas defensas. Razonó del siguiente modo: Si el extranjero ha ingresado legalmente al país obteniendo radicación temporal, ha cursado y aprobado toda la currícula de la carrera, resulta irrazonable y contrario a los fines de la ley condicionar la entrega del título al documento de identidad argentino. Si se le admitió el derecho a estudiar durante tres años, cumpliendo con todas las cuotas pactadas, la actora se ha hecho acreedora a la entrega del título obtenido, máxime cuando no se trata en el caso de un cuestionamiento sobre la ilegalidad de su residencia en el país ni sobre su identidad”.

⁷² CNCIV, SALA K, 08/09/2010, elDial.com - AA6673 y en JA 2011-I-615, con nota de KAUFMAN, Gustavo, *Las leyes de migraciones ante el derecho a aprender de los extranjeros*.

9.

LIBERTAD DE CONTRATAR

(a) Preliminares

El art. 1099 cierra la sección prohibiendo las prácticas que “limitan la libertad de contratar del consumidor, en especial, las que subordinan la provisión de productos o servicios a la adquisición simultánea de otros, y otras similares que persigan el mismo objetivo”.

Todo consumidor debería gozar de la efectiva libertad de elección mencionada en el art. 42 de la CN ya transcripto. Se ha sostenido con razón que “la libre elección, basada en precios justos y variedad de productos y servicios, supone un adecuado funcionamiento de las reglas de libre competencia y abastecimiento y, fundamentalmente, la eliminación de políticas económicas que excluyen a determinados sectores de la población al acceso al consumo”⁷³.

(b) Pluralidad de variantes

Las maneras como el consumidor pierde o limita su libertad de elección son muy variadas. Así, por ej., la directiva 2005/29 CE, distingue entre prácticas engañosas y agresivas.

Las agresivas están definidas en el art. 8: “Se considerará agresiva toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, merme o pueda mermar de forma importante, mediante el acoso, la coacción, incluido el uso de la fuerza, o la influencia indebida, *la libertad de elección* o conducta del consumidor medio con respecto al producto y, por consiguiente, le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otra forma no hubiera tomado.

El art. 9 completa el panorama con el siguiente texto:

Para determinar si una práctica comercial hace uso del acoso, la coacción, con inclusión del uso de la fuerza, o la influencia indebida se tendrán en cuenta: a) el momento y el lugar en que se produce, su naturaleza o su persistencia; b) el empleo de un lenguaje o un comportamiento amenazador o insultante; c) la explotación por parte del comerciante de cualquier infortunio o circunstancia específicos lo suficientemente graves como para mermar la capacidad de discernimiento del consumidor, de los que el comerciante tenga conocimiento, para influir en la decisión del consumidor con respecto al producto; d) cualesquiera obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados impuestos por el comerciante cuando un consumidor desee ejercitar derechos

⁷³ STIGLITZ, Gabriel y STIGLITZ, Rubén, *Derechos y defensa del consumidor*, Bs. As., ed. La Rocca, 1994, pág. 42.

previstos en el contrato, incluidos el derecho de poner fin al contrato o el de cambiar de producto o de comerciante; e) la amenaza de ejercer cualquier acción que, legalmente, no pueda ejercerse.

En la República Argentina, los términos amplios de la norma también comprenden otras prácticas vedadas en las leyes de libre competencia, como rehusar a un consumidor la venta de un producto o la prestación de un servicio, sin motivo legítimo; predeterminar el nombre de aseguradoras a través de contratos conexos de manera tal que se limite la libertad de elección del asegurado, imponer por parte de empresas cuyo objeto social no es la actividad aseguradora, la contratación de seguros sobre riesgos ajenos al contrato básico⁷⁴.

(c) Un caso específico: los contratos o ventas “atadas”⁷⁵

Esta práctica *coercitiva* fue señalada como ilícita hace ya mucho tiempo en las leyes que gobiernan las prácticas restrictivas de la competencia. De hecho, en la Argentina, el art. 2 inc. i) de la ley de defensa de la competencia 25.516/1999 describe como prohibida la conducta que consiste en “Subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro o a la utilización de un servicio, o subordinar la prestación de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien”.

Por eso, la cuestión también se vincula a la temática del abuso de posición dominante en el mercado, regulada en el art. 11 del CCyC.

Aunque la figura aparece en numerosas disposiciones del derecho comparado (art. 17 H de la ley chilena de protección de los consumidores; 56 de la ley peruana, 111 de Bolivia, etc.), la determinación no siempre es fácil.

Así, por ej., hay productos que, por necesaria *completividad* funcional, deben comprarse juntos: los dos guantes, las dos medias, el juego de sábanas, el juego de desayuno compuesto de taza y plato, etc.

En la práctica prohibida, en cambio, se trata de la imposición de productos atados, que no guardan relación directa con la naturaleza de los productos vinculantes y que, por eso, aparece como lesiva para los derechos del consumidor desde que genera un desperdicio de recursos y una distorsión en el consumo, en tanto obliga al cliente a adquirir productos que no necesita.

⁷⁴ STIGLITZ, Rubén, *Lealtad comercial, prácticas comerciales abusivas y publicidad en el código civil y comercial de la Nación*, en LORENZETTI, Ricardo (director) *Código civil y comercial de la Nación*, Bs. As. Suplemento especial La Ley, 2014, pág. 104.

⁷⁵ El tema ha sido desarrollado con maestría por JARAMILLO J., Carlos I., *La compraventa en el derecho del consumo*, Bogotá, ed. Universidad Javeriana y otros, 2015, págs.133/207, estudio al que cabe remitirse.

En el derecho norteamericano *de la libre competencia*, esta modalidad se conoce con el nombre de “*tying contracts*” o “*full inforcing*”. Se está frente a un acuerdo o cláusula atada toda vez que el vendedor de un producto A (*tying*) condiciona o ata la venta al hecho de que el comprador también lleve el art. B (*tied*)⁷⁶. Comprende no sólo los bienes materiales sino que puede incluir la prestación de un servicio. En los primeros años de aplicación de este tipo de normas, en la jurisprudencia se visualizaron dos tendencias: la de la *strict rule* (prohibición *per se* de la cláusula) y la *rule of reason*, que exige la verificación de que, en definitiva, el acuerdo o la maniobra resulte perjudicial⁷⁷. Hoy estas cláusulas son juzgadas bajo la regla de la razonabilidad (*rule of reason*); son válidas si existen razones comerciales apropiadas; o sea, en cada caso, el tribunal debe mirar los hechos y determinar los efectos económicos –buenos y malos– producidos con el contrato; en ese análisis, debe ir más allá del lenguaje del contrato, y tener en cuenta, entre otras pautas: la fuerza relativa de las partes, el volumen proporcional del comercio en el área de mercado relevante, los efectos probables inmediatos y futuros que la captación de esa porción del mercado pueda tener en la competencia efectiva⁷⁸. Así, por ej., en el contrato de franchising es válida la cláusula que obliga a comprar los productos íntimamente unidos a la cosa vendida (por ej., la carne de las hamburguesas) pero inválida si no tiene esa vinculación (por ej., el detergente para limpiar la cocina).

La prohibición implica:

- la existencia de *productos diferentes*. Sin embargo, existen casos en que no es fácil determinar si hay un mismo producto o no. En el caso *Time Picayune* se consideró que no había cláusula atada al obligar a un avisador a publicar sus avisos en el diario de la mañana y en el de la tarde, puesto que se trataba de un mismo producto (material de lectura, diarios), y de un mismo mercado.
- un poder que el vendedor ejerce sobre el comprador para obligarlo a comprar un segundo producto. Ese poder es la consecuencia de la dominación que el vendedor posee sobre el producto deseado; si este predominio no existiera, difícilmente el vendedor podría ejercer algún poder y el comprador sería libre de comprar a quien desease.

⁷⁶ MANZINI, Pietro, *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Milano, ed. Giuffrè, 1994, pág. 48 y ss; OTAMENDI, Jorge, *Las relaciones comerciales y las restricciones a la competencia*, Bs. A., A. Perrot, 1978, pág. 11.

⁷⁷ Para la “*rule of reason*” y su aplicación en el derecho de la competencia ver NAPOLETANO, Guido, *Diritto della concorrenza*, Roma, ed. Lithos, 1996, pág. 5.

⁷⁸ Cit. por OTAMENDI, Jorge, *Las relaciones comerciales y las restricciones a la competencia*, Bs. A., A. Perrot, 1978, pág. 64.

En definitiva, aún en el derecho de protección de los consumidores, el hecho de que varios productos se vendan en forma conjunta no es suficiente, sin más, para que se concluya que media una venta atada ilegal. Así, por ej., la venta de “combos” en las casas de comidas rápidas, está permitida prácticamente en todos los países; el tema es que esos productos puedan ser adquiridos también por separado. Así, por ej., una casa puede vender conjuntamente maquinas impresoras y cartuchos de tinta; zapatos y pomada para el calzado. Lo que se prohíbe es la obligada adquisición de un bien como condición para la adquisición de otro. Así, por ej., es válido que se venda el *shampoo* y el acondicionador juntos, pero no que se me obligue a comprar un acondicionador que no quiero, para poder comprar el *shampoo*⁷⁹.

Un caso resuelto en la Argentina muestra la dificultad. Ciertas cooperativas de electricidad, con monopolio local en la prestación de ese servicio público, exigían la incorporación de los usuarios de ese servicio a un sistema de sepelios, cuyos costos eran facturados conjuntamente con la electricidad suministrada; de esta manera, en la práctica, se colocaba al servicio de sepelio en dependencia respecto del de energía eléctrica. En razón de ese efecto, se sancionó a las cooperativas por imponer la adquisición de servicios fúnebres sobre la base del control del mercado de la electricidad⁸⁰. En opinión de Otamendi, en cambio, en el caso no se trataba de cláusulas atadas, porque el socio cooperativo no estaba obligado a contratar el servicio de sepelio como condición de la venta de energía; en cambio, existía posición dominante, porque las cooperativas podían dar al cliente facilidades que no daban las pompas fúnebres; las cooperativas aprovechaban el poder que una concesión oficial les daba para competir con quienes no poseían tal posición⁸¹.

⁷⁹ Ejemplos proporcionados por JARAMILLO J., Carlos I., *La compraventa en el derecho del consumo*, Bogotá, ed. Universidad Javeriana y otros, 2015, pág. 169).

⁸⁰ Cám. Fed. Bahía Blanca 8/3/1985, JA 1985-III-509. El fallo mereció severa crítica de CRACOGNA, Dante, *El mito del mercado y las consecuencias antisociales de su pretendida defensa en la aplicación de la ley 22.262*, RDCO año 16-157; del mismo autor, *Ámbito de aplicación de la ley de defensa de la competencia*, JA 1985-III-515.

⁸¹ OTAMENDI, Jorge, *Criterios de la Comisión Nacional de Defensa de la competencia*, LL 1982-D-561.

10.

UNA BREVE CONCLUSIÓN

El proceso de constitucionalización del derecho privado recogido en los arts. 1 y 2 del CCyC de la República Argentina justifica plenamente la incorporación del llamado “núcleo duro” del derecho de los consumidores, tal como se explica en los fundamentos que acompañaron el anteproyecto. La regulación legal de las prácticas abusivas es un ejemplo claro de cómo el legislador hoy mira en la misma dirección que la Constitución Nacional.

Para citar este artículo:

Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Prácticas abusivas en los contratos de consumo. Análisis desde a nueva legislación argentina” en *Revista de Derecho- UCU*, 11 (Julio 2015), pp. 105-134

Recibido: 02/02/2015

Revisado: 11/4/2015

Aceptado: 28/05/2015

Los principios del Derecho del Trabajo

The principles of Labour Law

Julio E. Lalanne *

RESUMEN: El objeto del presente estudio es un tema clásico pero que, precisamente por ello, jamás pierde actualidad: el tema de los principios jurídicos. El trabajo comienza con una breve teoría general de los principios jurídicos, para lo cual aborda cuestiones ius-filosóficas, como el concepto general de principio, su diferencia respecto de las normas jurídicas particulares, la derivación de las normas a partir de los principios fundamentales por vía de deducción o de determinación, las funciones de los principios jurídicos y la clásica polémica acerca del origen de los principios entre el iusnaturalismo y el positivismo. El trabajo culmina con una breve enumeración de cada uno de los principios del Derecho del Trabajo generalmente aceptados.

PALABRAS CLAVE: Derecho laboral. Principios jurídicos. Normas jurídicas. Filosofía del Derecho. Derecho natural. Positivismo.

ABSTRACT: The object of the present study is a classical issue but one that, may be because of that, remains actual. The article starts by a brief general theory concerning

* Especialista en Derecho laboral. Universidad Católica Argentina- Universidad de Buenos Aires. jel@lalanneabogados.com.ar

the principles of law, which will demand the study of ius-philosophical matters, as the general concept of principle, its difference from the particular rules of law, the derivation of the rules of law from the principles of law, the functions of the principles of law, and the classic discussion between natural law theory and legal positivism regarding the source of principles of law. The work ends with a brief enumeration of the principles of Labour Law generally accepted.

KEY WORDS: Labor law. Legal principles. Legal rules. Philosophy of law. Natural law. Positivism.

SUMARIO: Introducción. 2- La noción general de "principio" 3- Principios del derecho. Diferenciación de las normas jurídicas 4- Un ensayo de definición 5- Gradación de los principios 6- Relaciones entre principios y normas jurídicas 7- Funciones de los principios (de una rama del derecho) 8- Una cuestión iusfilosófica: ¿cuál es el origen de los principios del derecho? 9- Principios del derecho del trabajo. Clasificación

1. INTRODUCCIÓN

Los principios del Derecho del Trabajo, entendido como rama del derecho y, al mismo tiempo, en el sentido de sector especial del saber jurídico cuyo objeto es, precisamente, esa rama del derecho, son la *fuerza*, el *origen*, la *razón* o el *fundamento* de las restantes normas e instituciones jurídicas integrantes de ella.

Los principios, por lo tanto, constituyen un punto de partida plausible y conveniente para iniciar el estudio del Derecho del Trabajo, precisamente porque todo lo demás depende de algún modo de ellos. En efecto, en los principios fundamentales del Derecho del Trabajo se encuentra concentrado, en germen o en potencia, todo el desarrollo analítico posterior que se hallará en las normas positivas. En los principios fundamentales encontramos, de otra parte, la fuente de legitimación, la raíz de la validez y hasta la razón de ser de las leyes y de las normas positivas. De ahí que resulte manifiestamente provechoso y útil enfocar el trabajo científico-teórico del jurista y la exposición didáctica de la materia desde la perspectiva de los principios, comenzando por los enunciados iusfundamentales para luego ir “descendiendo” desde las alturas de lo universal y necesario hasta la concreción histórica propia del derecho positivo, un método susceptible de brindar la explicación más clara posible acerca de la disciplina jurídico-laboral.

A modo de justificación de la relevancia del tema, cabe agregar que a lo largo del pasado siglo XX y lo que va de éste el centro de gravedad de la filosofía o de la teoría general del Derecho se ha ido desplazando lentamente desde una concepción positivista, formalista y estatista del orden jurídico, entendido como un sistema cerrado de normas creadas por el Estado hacia una concepción tópica, aporética, orientada según principios.¹ La perspectiva

¹ ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, traducción de Eduardo VALENTI FIOL, Barcelona, Bosch, 1961, quien habla de “una nueva imagen del conjunto del ordenamiento jurídico y de la importancia poseída por los principios prelegales para la creación de instituciones”, véanse pp. 369, 370 y ss.; véase,

de los principios domina avasalladoramente el momento actual de la teoría jurídica, hecho que es concomitante con la crisis del positivismo y con la constatación de que lo legislado no agota todo el Derecho. Tal es así que se ha llegado a hablar de una “edad de oro” de los principios,² e incluso se propuso una completa reformulación de la enseñanza del derecho privado con el propósito de enfocarla como un estudio desde los “principios generales fundantes”.³

Ahora bien, abordar el saber científico sobre el Derecho a partir de los principios implica hacer Teoría General del Derecho, por cuanto los principios constituyen la instancia más universal y abstracta de todo el orden jurídico. Y es bien sabido que el saber cuyo objeto es lo universal y necesario es la filosofía, ciencia segunda en la terminología de Aristóteles. No extrañe, pues, que en lo que sigue debamos recurrir a nociones propias de la Filosofía del Derecho para iluminar la cuestión.⁴

Por último, antes de comenzar este estudio creo conveniente señalar que originalmente estuvo destinado a servir de material didáctico para mis alumnos de la materia “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, de la Pontificia Universidad Católica Argentina y de “Teoría general del Derecho del Trabajo”, de la Universidad de Buenos Aires. Lo ofrezco ahora al público lector en general, en la convicción de que puede también ser útil para otros docentes, como también para profesionales del derecho y operadores judiciales al permitirles elevarse sobre el farrago de la casuística propia de la vida jurídica cotidiana y las particularidades de las disposiciones legales hasta los fundamentos últimos en los que aquellos deben inspirarse.

asimismo: PERELMAN, Chaim, “Á propos de la règle de droit. Réflexions de méthode”, en *La règle de droit. Etudes publiées par Chaim Perelman*, Bruxelles, Bruylant, p. 323.

² PRIETO SANCHIS, Luis *Sobre principios y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 17.

³ LIMODIO, Gabriel, *Los principios y la enseñanza del derecho privado*, Buenos Aires, Ira ed., Educa, 2008; puede verse, del mismo autor: “Una teoría general para la enseñanza del derecho civil. Una propuesta para el bicentenario”, en *Revista Prudentia Iuris*, Buenos Aires, Facultad de Derecho, UCA, Nro 68/69, Noviembre 2010, p. 27.

⁴ “La particularidad de las leyes –escribe DEL VECCHIO– remite a la universalidad del derecho; y el pensamiento de lo universal es filosofía. Jurisprudencia y filosofía no pueden, pues, marchar separadas” (en una obra clave: *Los principios generales del derecho*, traducción y apéndice por Juan OSSÓRIO MORALES, prólogo de Felipe CLEMENTE DE DIEGO, Barcelona, Ed. Bosch, 2da. Edición, 1948, p. 139).

2.

LA NOCIÓN GENERAL DE “PRINCIPIO”

En las primeras páginas de su libro *De Officiis*, Cicerón enseña: “Cualquier discurso que se emprenda razonadamente debe comenzar por la definición de aquello de que se trata, para que se tenga una idea clara de la materia sobre la que se va a hablar”.⁵ Siguiendo el sabio consejo ciceroniano, corresponde comenzar por establecer a qué realidad nos estamos refiriendo cuando hablamos de *principio*.

La definición más rigurosa que se ha dado del término es la de Aristóteles: “principio es aquello de lo cual algo procede en el orden del ser, del hacerse o del conocer”⁶ o, utilizando una fórmula más sintética, el origen de algo. Esta definición parece comprender la mayoría de los sentidos que tiene la palabra en la lengua castellana o en otras lenguas occidentales.⁷ De ella se desprende que la idea de principio se caracteriza por las siguientes notas:

la de *procedencia*. En ese sentido, la idea de principio implica la de origen, raíz de la que nace algo, punto de partida, ideas que, a su vez, remiten a las de fundamento, base, fuente.⁸ En todas ellas hay una noción común que es la de *relación de producción* o *de causación* entre aquello que es principio (causa) y lo que es producido o procede del principio (efecto). Empero, cabe señalar que aquello de lo cual algo proviene determina lo proviniente, es decir, hay una dependencia de los efectos respecto de las causas, y de lo fundado respecto del fundamento.

la de *precedencia* o prioridad, nota que se vincula con la de principalidad. Lo constitutivo del principio es que *está antes* que otra cosa, esto es: *la precede*. Todo principio presupone, por tanto, que le siga algo y no que le preceda nada. De este modo, la noción de principio connota la idea de cierta prioridad, no tan sólo *en el orden cronológico* (el principio es —en la mayor parte de los casos— anterior en el tiempo, es un comienzo; lo principiado, o aquello que está después del principio, es, necesariamente, posterior) sino también en el *orden ontológico o real* (pues el principio, tal como hemos tenido oportunidad de comprobar, es causa de lo principiado) y, correlativamente, el principio tiene supremacía desde la perspectiva de su importancia o valor, lo cual remite a la idea

⁵ CICERÓN *De officiis*, I, 2, 7.

⁶ Según la conocida expresión de ARISTÓTELES: “a todos los principios es común ser lo primero desde lo cual algo es o se hace o se conoce” (*Metafísica*, Libro V, cap. 1, 1013 b 18-19; cito de la traducción de Valentín GARCÍA YEBRA edición trilingüe, Editorial Gredos, Madrid, 2da edición, 1982, p. 218). Del mismo modo, SANTO TOMÁS DE AQUINO dice: “la palabra principio no significa más que aquello de que procede algo, de cualquier manera que sea” (*Suma Teológica*, I, q. 33, a. 1, *Respondeo*).

⁷ El *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española (21era edición, Madrid, Espasa Calpe, 1992, tomo II, p. 1667) contiene once acepciones de la palabra principio, entre las cuales, se encuentran las siguientes; a) el primer instante del ser de una cosa; b) el punto primero de una extensión; c) base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discutiendo en cualquier materia; d) causa primitiva o primera de una cosa, o aquello de que otra cosa procede de cualquier modo; e) cualquier de las proposiciones primeras por donde comienza el estudio científico o académico de algo; f) cualquier cosa que entra en la composición de un cuerpo; g) máxima o regla de conducta.

⁸ CORRIPIO, Fernando, *Diccionario de ideas afines*, Barcelona, Ed. Herder, 6ª edición, 1997, p. 714, voz “principio”.

de *principalidad* por oposición a lo que es secundario o accesorio. En estos casos la noción análoga común que se encuentra presente es la de *relación de prioridad* entre el principio y aquello que es posterior a él.

Con lo expuesto, tenemos una noción análoga común, necesariamente confusa, de principio.

3.

PRINCIPIOS DEL DERECHO. DIFERENCIACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Toca ahora preguntarnos: ¿en qué sentido se usa el término *principio* en el ámbito del Derecho? El orden jurídico normativo está constituido por una multiplicidad de normas, que tienen el carácter de enunciados prácticos y que conforman un conjunto ordenado. En efecto, desde el punto de vista lógico-gramatical toda norma es una proposición o un enunciado,⁹ es decir, un discurso lingüístico que expresa un juicio.¹⁰ Y dentro de las diversas clasificaciones que pueden hacerse de los enunciados, debe incluírselas entre los *enunciados práctico-normativos*, entendiendo por tales los enunciados cuya función es regular la *práxis* o conducta humana,¹¹ esto es, enunciados que expresan una regla y medida racional del comportamiento con carácter imperativo. Empero, los enunciados práctico-normativos, a su vez, pueden ser clasificados en dos especies: *principios* y *normas* propiamente dichas —también llamadas *preceptos* o *reglas jurídicas*¹².

Por tanto, creemos que corresponde ubicar dentro del género *normas* —en sentido lato— a los *principios* —de suyo, generales— y a las *normas jurídicas particulares* o *positivas*.

⁹ Utilizo aquí los términos “proposición” y “enunciado” como sinónimos. Según el *Diccionario de la Real Academia Española*, enunciado es una “secuencia finita de palabras delimitada por pausas muy marcadas, que puede estar constituida por una o varias oraciones”, es decir, un conjunto de palabras con un sentido completo e inteligible.

¹⁰ “La proposición, pues, la definimos con Aristóteles como un discurso perfecto enunciativo que expresa un juicio y significa lo verdadero o lo falso. Los antiguos la definían como *onatio perfecta*.” (DE ALEJANDRO, José María, S.I., *La lógica y el hombre*, Madrid, B.A.C., 1970, p. 159).

¹¹ En sentido similar, afirma Ricardo LORENZETTI que los principios son enunciados deontológicos que se elevan, en la estructura del ordenamiento jurídico, a la estatura de normas fundamentales (LORENZETTI, Ricardo Luis, *Las normas fundamentales del Derecho Privado*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1996, p. 234).

¹² Esta es la terminología que utiliza, entre otros, ROBERT ALEXY (en “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Revista Doxa*, nro 5, Universidad de Alicante, pp. 139 y ss.). RODOLFO VIGO, quien ha dedicado diversas obras a estudiar el tema de los principios, prefiere llamar al género “reglas jurídicas”, y a las especies “principios jurídicos” y “normas jurídicas” (cfr. *Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial*, Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 30). Hemos seguido, en parte, esta última obra para la sistematización de las diferencias entre principios y normas que desarrollaremos en el texto del trabajo.

Ahora bien, ¿en qué se diferencian las *normas-principios* de las *normas-preceptos*? Existen diversos criterios sobre la base de los cuales es factible contradistinguir los *principios* de las *normas* o *preceptos jurídicos*. Su revisión y estudio resultará útil en la medida en que la diferenciación contribuirá a una mejor comprensión de la índole de los principios. Conviene advertir que puede haber cierta superposición entre los criterios de distinción que a continuación se exponen, lo cual no obsta a su eficacia explicativa y pedagógica.

a) Ubicación en la estructura lógico-jerárquica del orden jurídico normativo y correspondiente validez

Desde Aristóteles y santo Tomás de Aquino¹³ hasta Kelsen,¹⁴ se admite que las normas, leyes o reglas del obrar conforman una estructura jerárquica, un conjunto orgánico que el maestro vienes ha graficado con la figura de la pirámide normativa. No se trata, a nuestro modo de ver, de un *sistema*¹⁵ completo y cerrado, caracterizado por su *unidad de origen* —ya que, según esta concepción, comprendería exclusivamente las leyes promulgadas por el Estado— y *plenitud*, como lo concibe el positivismo normativista moderno —el ya mencionado Hans Kelsen, Herbert L. Hart, Norberto Bobbio, entre otros— sino más bien de un *orden*,¹⁶ abierto y flexible,¹⁷ aunque dotado de una cierta unidad, en la tradición de la lógica clásica, que es preferible denominar *orden jurídico normativo*. El orden jurídico normativo constituye una suerte de árbol de Porfirio¹⁸ compuesto por una sucesión de normas de mayor o menor generalidad, según que se encuentren más alejadas o más próximas a la

¹³ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 94, a. 4.; q. 95, a. 2.

¹⁴ “Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos.” (KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, traducción por Moisés Nílve, Buenos Aires EUDEBA, 22 ed., 1986, p. 147). La coincidencia entre Aristóteles y Kelsen no sería de extrañar si damos crédito a lo que afirma GARCÍA GARCÍA en el sentido de que KELSEN “manifestó en alguna ocasión, que para él no hay más lógica que la aristotélica” (GARCÍA GARCÍA, Eduardo, *Introducción a la lógica jurídica*, México, F.C.E., 1951, p. 9).

¹⁵ A menos que se entienda que la expresión “*sistema*” hace referencia a un sistema abierto y flexible y no cerrado como lo ha concebido el racionalismo, el normativismo y lo que Francesco GENTILE ha denominado “la geometría legal”. El tema excede la economía de este trabajo, pero puede verse con provecho la crítica de la concepción sistemática en la obra de GENTILE, Francisco, *Ordenamiento jurídico entre humanidad y realidad: ¿control social y/o comunicación interpersonal?*, traducción y nota previa de MARÍA DE LEZICA, prólogo y edición de Félix Adolfo LAMAS, Buenos Aires, 1ra edición, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 2008.

¹⁶ Entendiendo por orden “la conveniente disposición de una pluralidad que conforma una cierta unidad, en función de un principio de ordenación” (cfr. LAMAS, Félix Adolfo, “La Ética o Ciencia Moral: Una introducción a la lectura de la Ética Nicomaquea”, en *Revista Circa Humana Philosophia*, Buenos Aires, I.E.F., N° 1, 1er semestre 1997, p. 32). En este trabajo, Lamas aborda el tema del orden moral normativo, y su análisis y conclusiones son enteramente aplicables al orden jurídico normativo, porque el derecho es una parte de la moral.

¹⁷ Un análisis provechoso de ambas concepciones puede verse en VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms., *Metodología de las leyes*, Madrid, EDESA, 1991, 108, pp. 254-258, y 115-116, pp. 278-285.

¹⁸ Se da el nombre de “árbol de Porfirio” al cuadro en el cual se presenta la relación de subordinación lógica de la substancia considerada como género supremo a los géneros y especies inferiores hasta llegar al individuo. Su nombre se debe al lógico griego Porfirio, quien trata este asunto en su obra *Isagoge* (cfr. FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, tomo A-D, Barcelona, Ariel, 1ª edición revisada y aumentada, 1994, pp. 213 y ss.).

realidad concreta. Cada uno de estos enunciados normativos es fundamento de validez —no tan sólo formal o procedimental sino, principalmente, sustancial o material¹⁹— del que se deduce de él por medio de una operación intelectual de inferencia lógica o determinación puesto que las normas particulares y de menor extensión se siguen y dependen de las más generales, ubicadas en niveles superiores dentro del orden lógico-normativo. Así, puede afirmarse que las normas superiores son *principio* —en el sentido riguroso y preciso al que alude Aristóteles en la definición brindada más arriba, de *aquello de donde procede*— del cual deriva la validez y hasta del contenido de las normas inferiores. Por ejemplo, la norma de la Constitución es principio de validez de la ley emanada del Congreso de la Nación, y ésta deriva de aquella. En resumen: hay relaciones de fundamentación entre las normas jurídicas, las cuales no se dan meramente yuxtapuestas sino convenientemente dispuestas en virtud de una concatenación lógico-jerárquica y en una relación de dependencia, las unas respecto de las otras, configurando una totalidad coherente, una cierta unidad que, reiteramos, preferimos llamar *orden jurídico normativo*. Y lo relevante para nuestro tema es que cada uno de esos enunciados normativos opera como *principio*, en sentido amplio, de las normas inferiores que derivan de él.

Ahora bien, si recorremos en forma ascendente el encadenamiento sucesivo de normas jurídicas, llegamos a una altura en la que aparecen ciertas proposiciones que no se siguen las unas de las otras, ni derivan tampoco de ninguna antecedente de ellas, cuya validez, por lo tanto, no depende de otras que las anteceden. Son enunciados normativos que tienen validez como propiedad intrínseca al mismo enunciado. Esto es: la validez proviene de su propio contenido material y no de otras reglas o principios que se encuentren por encima de ellos. Ellos son *principios* en un sentido más radical que los restantes enunciados: son los llamados *primeros principios*. Para Aristóteles, son principios generalísimos indemostrables,²⁰ comunes a varias ciencias, que denomina *ta koina*²¹ o *koinai arxa*²² —principios comunes— lo cuales, a su vez, pueden ser “comunísimos” es decir, conocidos por todos y máximamente universales, y a estos los llama *axiomata* —axiomas—. Tomás de Aquino traduce el término griego *axiomata* por *dignitates* —dignidades— porque son los conocimientos más dignos o valiosos, y

¹⁹ La validez formal o procedimental de una norma jurídica depende que haya sido creada por los órganos competentes y de conformidad con el procedimiento establecido en el sistema legal de que se trate para la producción de esas normas, mientras que la validez material o sustancial hace referencia al contenido de la norma que debe ser congruente con los principios superiores y más generales del orden jurídico, tal como se expresa en el cuerpo de este trabajo.

²⁰ “de los principios o límites [...] no hay razonamiento”, *Ética nicomaquea*, 1142 a 26; véase también: *Ética nicomaquea*, 1143 a 36 y b 2.

²¹ ARISTÓTELES, *Analíticos posteriores*, 76 a 38, 76 b 14 y 77 a 26-30; *Metafísica*, 1061 a 19.

²² ARISTÓTELES, *Analíticos posteriores*, 88 b 28.

dice que son *propositiones per se notae*,²³ es decir, proposiciones de evidencia inmediata, cuya verdad se conoce por sí.²⁴ Ejemplos de estos primeros principios son el de *no contradicción*: “nada puede ser y no ser al mismo tiempo y en el mismo sentido”, y ciertos principios que constituyen aplicación del principio de no-contradicción,: el de *identidad*: “el ser es el ser y el no ser no es”, el de *tercero excluido*: “entre el ser y el no ser, entre una afirmación y una negación, si tomamos los términos proporcionales en el mismo sentido, no hay una situación intermedia”. En el orden práctico, el principio que ordena hacer el bien y evitar el mal. Es imprescindible que semejantes principios presidan los comienzos de la cadena sucesiva de normas y todo el proceso lógico discursivo propio del Derecho, pues si no existieran no habría más remedio que remontarse al infinito o proceder en sentido circular.²⁵ En ambos casos, estaría comprometida la validez de todo el orden jurídico, dada la imposibilidad de recorrer una serie infinita de inferencias que jamás llegarían a una conclusión, y debido a que el círculo es un procedimiento vicioso.

Es servicial un breve resumen de lo hasta aquí expuesto: los principios son los enunciados práctico-normativos máximamente universales que se encuentran en la cúspide del orden jurídico normativo y que cumplen la función de fuente generadora de la validez de todas las restantes proposiciones normativas, y de sostén lógico de todo el cuerpo orgánico de normas. Dentro de los principios, a su vez, encontramos aquellos que se denominan *primeros principios*, esto es, proposiciones que no derivan su validez o su verdad de una proposición anterior de la que puedan deducirse, o de otras reglas o principios que se encuentren sobre ellos, sino que ésta es inmediatamente evidente (*per se nota*), y proviene de su propio contenido material. Los primeros principios del obrar y los principios en sentido estrictísimo constituyen un núcleo de juridicidad intrínseca, radical y forzosa,²⁶ que vale *per se* o, en términos del mexicano Eduardo García Maynez, “*derecho intrínsecamente válido*”.²⁷ Si no hubiera algunos primeros principios, intrínsecamente válidos, en los cuales se apoyan todas

²³ “(...) quaedam sunt dignitates vel propositiones per se notae communiter omnibus” (*Suma Teológica*, I-II, a. 94, a. 2, *respondeo*).

²⁴ “Decimos que es evidente por sí aquello cuyo conocimiento nos es connatural, como es el que tenemos de los primeros principios” (*Suma Teológica*, I, q. 2, a. 1, primera objeción), y más adelante: “Se llama evidente lo que se comprende con sólo conocer sus términos, cualidad que el Filósofo atribuye a los primeros principios de la demostración; y así sabido lo que es todo y lo que es parte, en el acto se comprende que el todo es mayor que cualquiera de sus partes” (*Ibidem*, segunda objeción). Véase, asimismo, la explicación de estos primeros principios que realiza F. A. LAMAS en su trabajo “Percepción e inteligencia jurídicas. Los principios y los límites de la Dialéctica”, en LAMAS, Félix Adolfo (editor), *Los principios y el Derecho Natural*, Buenos Aires, EDUCA, pp. 39-43.

²⁵ ARISTÓTELES, *Analíticos Posteriores*, 72 b, 19-24.

²⁶ Tal como lo afirma Rodolfo VIGO, con cita de Ronald DWORKIN, en *Los principios jurídicos...*, obra citada, p. 20.

²⁷ GARCÍA GARCÍA, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, México, Ed. Porrúa, 4ta edición, 1983, pp. 508 y ss.

las demás proposiciones del orden jurídico normativo, no sería posible que haya enunciados válidos al final de la cadena.

Las normas jurídicas, en cambio, son las proposiciones que derivan a modo de conclusiones o como determinaciones de los principios. Su validez en cierto sentido es extrínseca o derivada,²⁸ pues proviene de otras normas de superior jerarquía y, en última instancia, de los aludidos principios; aunque incluso en algunos casos puede provenir principalmente de la determinación humana.

b) Grado de abstracción o indeterminación

Las normas y los principios, como hemos tenido oportunidad de señalar, participan de la misma naturaleza, en la medida en que ambos son enunciados práctico-normativos o bien son susceptibles de ser reducidos a enunciados de esta clase.²⁹ Empero, una característica propia de los principios es que son enunciados de máxima generalidad³⁰ que, en cuanto tales, están expresados con una mayor dosis de abstracción y, correlativamente, adolecen de considerable indeterminación. Los principios son, pues, las proposiciones más universales y abstractas de todo el orden jurídico normativo. Precisamente, en virtud de su amplitud y extensión, comprenden y abarcan todo el resto de las proposiciones normativas —principios secundarios o derivados, principios particulares de las ramas del derecho y normas jurídico—positivas subordinadas a ellos—. Por lo tanto, si bien contienen exigencias de conducta, no están definidas en forma precisa y específica; antes bien, aparecen expresadas con un alto grado de ambigüedad e imprecisión.³¹ Los principios ubicados en el rango más elevado, enuncian criterios generalísimos mediante locuciones muy escuetas, breves y esquemáticas, y muchas veces ni siquiera contienen una referencia a los presupuestos de hecho de su aplicación, ni establecen ninguna consecuencia jurídica sino tan sólo indicaciones sintéticas.³²

²⁸ Matizamos esta afirmación diciendo que la validez de los subprincipios y de las normas es “en cierto sentido” extrínseca, porque, desde otro punto de vista, en la medida en que son determinaciones particulares de los primeros principios constituyen prolongaciones de estos que participan de la validez de los principios, la cual validez, por tanto, es también recibida en ellos y, en ese sentido, les es propia.

²⁹ En efecto, si bien el fin de una institución o el fin de la vida social (el bien común) tienen carácter de principios y no son, en sentido estricto, normas o enunciados prácticos, sin embargo, en la medida en que operan como fin debido o deseable, se traducen en una norma que ordena “debe obtenerse el fin” (por ejemplo: “todo aquello que contribuya al bien común debe hacerse y lo que lo obstaculice, debe evitarse”).

³⁰ “el principio es universal y tiene una generalidad que se puede llamar de segundo grado que impide que sea inmediatamente individualizable o aplicable: para ser individualizable tiene que ser concretado más, en una norma” (LÓPEZ, Justo, “Los principios de la justicia social”, en Revista *Moenia. Las murallas interiores de la república*, Buenos Aires, Centro de Estudios Tomistas, Nro XXVI/XXVII, Septiembre-Diciembre, 1986, p. 109).

³¹ Genaro CARRIÓ hace referencia a esta nota característica de los principios diciendo que “exhiben una relativa indiferencia de contenido”, expresión que no me resulta muy clara, pero que merece citarse al pie como un modo plausible de explicarla (en *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970, p. 26).

³² BETTI destaca “la repugnancia que los principios generales oponen a una formulación preceptiva precisa, en cuanto afirman orientaciones e ideales de política legislativa, capaces de una indefinida y –casi se diría– inagotable

Por ejemplo: el principio protectorio en una de sus formulaciones se expresa diciendo que el trabajador es “*sujeto de preferente tutela*” pero hace abstracción de la manera precisa en la que deberá implementarse esa protección preferente, ni tampoco indica qué consecuencias tendrá para el sujeto la violación de esa directiva.

Las normas jurídicas son también enunciados prácticos. Sin embargo, aunque son expresadas igualmente mediante conceptos, términos y enunciados generales, se distinguen de los principios porque contienen referencias concretas que permiten su aplicación inmediata. En efecto, las normas jurídicas expresan una cierta ordenación de conductas, para lo cual: enuncian hechos, prevén situaciones o describen comportamientos y, al mismo tiempo, establecen sus consecuencias jurídicas, pero lo hacen con suficiente precisión y claridad como para operar como modelo adecuado de la conducta jurídica real de los sujetos destinatarios de la norma. Esto es lo propio de los preceptos, porque un precepto es una orden, como si se dijera: “*¡Haz esto!*”, y un mandato indeterminado es imposible de ser acatado.

c) Los principios tienen jerarquía superior a las normas y son su fundamento, las normas se subordinan a los principios y reciben de estos su legitimidad y validez

Los principios están en un plano superior del orden jurídico, en la cúspide de la pirámide jurídica, por así decirlo. Si bien es cierto que, sustancialmente, son normas, no lo es menos que son la categoría suprema de las normas: las *normas iusfundamentales*. En razón del lugar que ocupan en la estructura jerárquico-normativa, funcionan como fundamento en el que se asientan y apoyan los restantes principios —de menor grado o más particulares—, como también las normas particulares que se encuentran “por debajo” de ellos, por así decirlo. La cadena de fundamentación jurídica comienza —en el orden genético—, pues, con ellos, y esa es la razón por la cual se denominan *principios*, pues son *aquello de donde procede* el orden jurídico normativo en su totalidad. Por ello, cuando los principios son positivizados, se los suele colocar en los textos legales de mayor jerarquía: en la parte dogmática de las modernas constituciones, por ejemplo. Así, se ha dicho que los principios de un sistema jurídico determinado son “*el armazón de la legislación positiva*”,³³ “*pautas de segundo grado que versan sobre reglas jurídicas de primer grado*”,³⁴ “*normas propulsoras de la actividad*

potencialidad.” (BETTI, Emilio, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè, 2ª ed., 1971, pp. 312 y ss., nº 57)

³³ RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, *Tratado de Derecho civil*, Buenos Aires, 1963, tomo I, p. 13.

³⁴ CARRIÓ, Genaro, *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, obra citada, p. 30.

legislativa”,³⁵ las ideas rectoras que inspiran e informan las respectivas normas jurídicas de dicho sistema, en el sentido de que hay una derivación lógica y una consecuente dependencia jerárquica de la ley respecto de los principios.³⁶ En sentido similar, se ha afirmado que “lo decisivo es su actitud como causa de justificación”.³⁷

Las normas jurídicas se ubican en las gradas inferiores de la estructura lógico-jurídica y, consecuentemente, se subordinan a los principios y reciben de ellos su legitimación y validez, es decir, su justificación racional, y deben, por tanto, ser congruentes con ellos. Razona Josef ESSER en una obra clásica que “*todos los principios tienden a la formación de un sistema y a un esquema de jerarquización lógica*”,³⁸ afirmación que cabe interpretar en el sentido de que los principios constituyen derecho concentrado, de notoria fecundidad para sucesivos desdoblamientos, en cuanto son normas de normas o “leyes de leyes” (*legum leges*). En efecto, los principios precontienen y, a su vez, reclaman, su posterior desarrollo analítico o diversificación a través de las normas inferiores que son susceptibles de ser desprendidas de ellos.

Los principios menos generales, aquellos que gobiernan cada rama del derecho —que cabe denominar *principios sectoriales*— y, más remotamente, los preceptos y las normas jurídico-positivas derivan y tienen su fuente, más próxima o más remota, en los principios generales y supremos del derecho y, por lo tanto, guardan —o cuando menos, deberían exhibir— una relación de armonía, de concordancia y de coherencia con estos últimos. Se aprecia, aquí, la vinculación de origen o procedencia que ya hemos visto como nota constitutiva de todo principio. Por eso, no puede concebirse que una norma legal particular los viole o los contradiga.

d) Identificación

Los principios no necesariamente están incorporados al derecho positivo y, por lo tanto, carecen de una única formulación, susceptible de ser identificada con exactitud. En efecto, un principio puede o no haber sido consagrado oficialmente por el legislador en una norma jurídica positiva. En rigor de verdad, en el estado actual de la tradición jurídica occidental, lo más probable es que aparezca concretado en normas de distinta jerarquía: ya sea en la Constitución, o bien en algún tratado internacional o, claro está, en una o en varias leyes.

³⁵ FERRARA, Francesco, “I principi generali dell’ordinamento giuridico”, en *Scritti giuridici*, t. I, Milano, Giuffrè, 1954, p. 126.

³⁶ “El Derecho —dice LEGAZ Y LACAMBRA— brota, mana de los principios generales, porque viene de ellos, está poseído por ellos.” (LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, “Los principios generales del derecho”, en *Revista del Instituto del Derecho Comparado*, Barcelona, N.º 19, julio diciembre de 1962, p. 57).

³⁷ LARENZ, Karl, *Derecho justo*, Madrid, Civitas, 1985, p. 36.

³⁸ ESSER, Josef, *Principio y norma...*, obra citada, p. 10.

De hecho, los principios admiten variadas formulaciones o enunciados. Pueden encontrarse numerosos ejemplos de esa diversidad de redacciones. Un ejemplo, apropiado para nuestro tema, es el del principio protectorio, el cual puede expresarse como un mandato que ordena en forma amplia: “*se debe proteger al hombre que trabaja*” o bien mediante la fórmula más precisa contenida en el art. 14 bis de la Constitución Nacional de la República Argentina: “*el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes las que asegurarán al trabajador condiciones dignas de labor*” o, lisa y llanamente, como el principio de “*favor general hacia el trabajador*”. Establecer su formulación más adecuada y precisa constituye una labor dialéctico-crítica propia de la Ciencia del Derecho, para lo cual se deberá recurrir a la tradición jurídica en la que se inscribe el orden normativo de que se trate, y a la confrontación entre las distintas versiones posibles.

Las normas jurídicas, en cambio, son susceptibles de ser identificadas con toda exactitud mediante la referencia concreta a una fórmula legal contenida en el derecho positivo vigente en un momento histórico determinado, generalmente individualizada por un número.

e) Aplicación y operatividad

El principio, precisamente en virtud de su alto grado de abstracción, de su ya señalada indeterminación, de su formulación relativamente inespecífica, no siempre es susceptible de ser aplicado en forma directa e inmediata a un caso particular. Es característico de los principios jurídicos el señalar “*tan sólo las directrices fundamentales*”,³⁹ “*estándares que no son normas*”,⁴⁰ meras ideas fundantes, criterios de valoración que requieren, para operar como modelo adecuado de la conducta de los hombres, es decir, para actuar como pauta de regulación efectiva del comportamiento, su encarnación en normas jurídicas inmediatamente operativas. El principio exige una ulterior concreción, que generalmente realiza el legislador al dictar la ley, y que consiste en una contracción del principio con el fin de aproximarlo —mediante una descripción detallada y explícita de lo que determinadamente hay que hacer o evitar— a la acción jurídica concreta, la cual se deberá conformar o adecuar al modelo legal. La descripción precisa, clara y distinta de la conducta jurídica debida o prohibida resulta imprescindible para que el contenido valorativo expresado en el principio superior encarne, sea aplicado por los jueces, obedecido por el grueso de la población y, en definitiva, para que cobre vigencia en la vida social real y concreta.

³⁹ DEL VECCHIO, Giorgio, *Los principios generales...*, obra citada, p. 110.

⁴⁰ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, p. 72.

En este sentido, se ha dicho con acierto que el principio posee cierto “*dinamismo potencial*” que reclama posteriores actualizaciones,⁴¹ y, también, que es “*derecho concentrado*”⁴² porque contiene, en potencia o *in nuce*, diversas regulaciones posibles a través de normas jurídicas más particulares susceptibles de llevar a la práctica el valor-fin fundamental que expresa. En referencia a ello, es frecuentemente citada la expresión de Robert ALEXY según la cual los principios son *mandatos de optimización* porque ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, mientras que las normas jurídicas particulares son *mandatos de realización*, pues ordenan que algo sea realizado sin más.⁴³

Las normas formuladas, legisladas o consuetudinarias, son la aplicación, el desarrollo o la concreción de los principios generales, aunque nunca pueden concretarlos en forma completa y acabada. Sin embargo, las normas positivas resultan indispensables, como ha sido dicho, para que el derecho exista como algo real, socialmente vigente.⁴⁴ Ello, por cuanto son inmediatamente operativas. En efecto, las normas jurídicas contienen una descripción de las conductas que son objeto de regulación, como ha sido dicho, relativamente circunstanciada y definida con precisión bastante como para que funcionen como modelo al cual se habrá de conformar o adecuar la conducta de los miembros de la comunidad. Cabe señalar que el proceso de concreción —también llamado de aplicación o de determinación— del Derecho es gradual y creciente, pues a esta primera concreción llevada a cabo por el legislador deberán siempre seguir sucesivas concreciones, especificaciones o determinaciones que realizarán la autoridad administrativa al reglamentar la ley, los jueces al aplicar esa misma ley a un caso particular o bien los propios sujetos particulares, al adecuar sus actos reales al modelo imperativo previsto por la ley.

f) Origen y nacimiento

Las normas pueden ser sometidas a lo que un autor llama el “test del origen o *pedigree*” individualizando la manera y el momento que fueron establecidas como tales.⁴⁵ Así, por ejemplo, la ley 20.744 de la República Argentina, denominada “Ley de Contrato de Trabajo” fue sancionada por el Congreso Nacional en el año 1974. Este proceso de identificación o

⁴¹ SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel, *Los principios clásicos del derecho*, Madrid, 1975.

⁴² VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación jurídica*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1999, p. 135.

⁴³ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto GARZÓN VALDES, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86.

⁴⁴ “Aun cuando la positividad no agote plenamente —como quería el positivismo— el concepto del Derecho, no hay duda de que constituye un momento esencial de él: sólo el orden que posee fuera conformadora de la realidad es Derecho, y el orden más ideal, que no posee tal fuerza, no satisface la más elemental presuposición del concepto del Derecho” (WELZEL, Hans, *Derecho natural y justicia material*, Madrid, 1957, pág. 211).

⁴⁵ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, obra citada, pág. 72.

de verificación de su producción resulta relevante desde la perspectiva de la validez procedimental a la Kelsen o a la Hart, es decir, la validez concebida como verificación del proceso de creación de la norma que toma en consideración si ha sido producida por el órgano competente, con arreglo a lo que establece una norma jurídica de superior jerarquía.

En cambio los principios expresan los elementos permanentes y constantes del Derecho; por lo tanto, no resulta posible establecer su origen en un momento histórico determinado. Valga como ejemplo el caso del principio de reciprocidad en los cambios o de equivalencia de las prestaciones recíprocas como principio fundamental del derecho de los contratos, es fácil apreciar que debe estar presente en todo negocio que involucre un intercambio de ventajas, cosas o prestaciones porque es de la esencia del negocio la equiparación de los bienes intercambiados y no porque haya sido creado por una autoridad u órgano legislativo en una fecha determinada. El concepto de validez procedimental que el positivismo normativista aplica a las normas jurídicas no funciona respecto de los principios. La validez de un principio se sustenta en su contenido material que, o bien es derivación lógica de un principio de mayor jerarquía, o bien tiene un contenido de validez evidente en sí misma.

4.

UN ENSAYO DE DEFINICIÓN

Siempre es difícil elaborar una definición. No obstante ello, tomando en consideración los caracteres esenciales y las notas que hemos revisado, proponemos la siguiente definición de principios del derecho:

Los principios jurídicos son aquellas proposiciones practico-normativas máximamente universales que expresan criterios de conducta en forma sintética, indeterminada y abstracta, y que, en virtud de encontrarse en los niveles superiores de la estructura jerárquico-normativa, operan como fundamento, explicación e instancia de unificación de todas las demás normas e instituciones del orden jurídico que se les subordinan y, consecuentemente, gobiernan la aplicación práctica de unas y otras.

Este concepto de los principios del derecho “no por amplio y comprensivo deja de ser claro y preciso”.⁴⁶

⁴⁶ MANS PUIGARNAU, Jaime, *Los principios generales del derecho...*, obra citada, p. xxvii, quien brinda una definición integral parecida a la nuestra: “los principios generales del derecho abarcan o comprenden todos aquellos conceptos fundamentales y preceptos básicos y elementales que inspiran la conciencia y el sentido jurídicos (principios de

5.

GRADACIÓN DE LOS PRINCIPIOS

Entre los principios jurídicos existe una gradación o jerarquía, que está dada por el distinto grado de abstracción o de particularización del supuesto de hecho que determina su aplicación. Cuanto más general es un principio, mayor cantidad de sub-principios y normas comprende o, dicho en otros términos, mayor será el ámbito hacia el cual proyectará su eficacia, injerencia o virtualidad fundante. En este apartado, ensayaremos una suerte de escalafón jerárquico de los diversos principios, partiendo de los ya mencionados *primeros principios* hasta llegar a los que constituyen el interés primordial de este trabajo, esto es, los principios de una rama del derecho que, si bien son consecuencia de otros superiores, son capaces a su vez de alimentar y fundamentar las normas jurídicas más concretas del sector jurídico de que se trate.

1) Primeros principios ético-jurídicos: son los primeros principios en materia práctica que están en la base de todo el Derecho en cuanto este se confunde o forma parte integrante de la Ética. Se trata de lo que la tradición del realismo jurídico clásico entiende como las normas más universales de la ley natural, dentro de la cual está incluida la ley natural jurídica y que gozan de las cualidades de inmutabilidad, universalidad y permanencia. Constituyen los pilares fundamentales sobre la base de los cuales se construye todo el orden jurídico normativo y, por ello, en cierta forma están presentes en la totalidad de este. En cuanto a su contenido, son menos técnicos y más filosóficos que los principios más particulares. La formulación de estos primeros principios prácticos puede variar. Siguiendo a Juan Bms. Vallet De Goytisolo y, con él, la rica tradición jurídica griego-romana-medieval, que merece ser calificada como la *tradición central de occidente*,⁴⁷ pueden mencionarse los siguientes:

a) la llamada “regla de oro”, que se expresa en la máxima *omnes sicut teipsum* (“a todos como a ti mismo”), vigente en casi todas las culturas jurídicas de la tierra y reivindicada por

derecho y equidad naturales), y que informan el sistema de normas que regulan las instituciones (principios sistemáticos del derecho positivo) o la construcción doctrinal o teórica de las mismas (principios de la ciencia del derecho), y que rigen la realización práctica de unas y otras (reglas del arte del derecho o reglas técnicas jurídicas” (obra citada, pp. xxvii/xxviii).

⁴⁷ Por tradición central de occidente, entiendo aquella que surge de la convergencia de la filosofía clásica griega, el derecho romano y la fe cristiana (incluyendo su antecedente hebreo veterotestamentario) que con la caída del Imperio romano y la evangelización de los pueblos bárbaros (que aportan el componente germánico) va a dar origen a Europa y, posteriormente, se expandirá por el resto del mundo.

los autores de las más variadas culturas, desde Homero⁴⁸ hasta Kant,⁴⁹ y por los libros de todas las religiones, desde los Evangelios⁵⁰ hasta el Corán,⁵¹ que ordena “tratar a los demás como quisieras que te traten a ti”.

b) *Bonum est faciendum et prosequendum et malum vitandum*, “se debe obrar y perseguir el bien y evitar el mal”, proposición que Santo Tomás De Aquino extrajo de la noción de bien que consideró lo primero que aprehende la razón práctica: “bien es lo que todos apetecen”;⁵² principio que, desde una perspectiva ético-jurídica podría reformularse del modo siguiente: “debe hacerse lo justo y evitarse lo injusto” o “debe hacerse lo que promueve y protege el bien común y evitarse lo contrario”.

c) *Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*, es decir: “vivir honestamente, no dañar a otro y dar a cada uno lo suyo”, enunciado por el jurista romano Ulpiano y recogido en el Digesto⁵³ y en las Instituciones de JUSTINIANO.⁵⁴ En rigor de verdad, se trata de reglas que coinciden o bien se encuentran implícitas en las anteriores fórmulas, si bien agregan la nota de alteridad más propia de lo jurídico.

Merece agregarse aquí, la fórmula con la que PLATÓN resume toda la ley natural: “debe obrarse conforme con la razón (*katá lógon*)⁵⁵ y conforme con la naturaleza (*katá phýsin*)”;⁵⁶ pues si la racionalidad es la índole propia del ser humano y la diferencia específica que lo distingue del resto de los animales, el hombre debe obrar racionalmente y obrar así es obrar de acuerdo con su propia esencia o naturaleza.⁵⁷

⁴⁸ En el año 700 antes de Cristo HOMERO relata que la diosa Calipo le dijo a Ulises: “...no he de tramar una nueva desgracia en tu daño, que, antes bien, para ti pienso y quiero lo mismo que habría de querer para mí si en tu propia aflicción me encontrara.” (*Odisea*, Canto V, 186-189, cito de la traducción de José Manuel PABON, Editorial Planeta-De Agostini S.A., 1996, p. 89).

⁴⁹ KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, traducción de Manuel GARCÍA MORENTE, Buenos Aires, Ed. Espasa-Calpe, 1946, p. 40.

⁵⁰ JESÚS DE NAZARETH proclama la regla de oro, según surge del Evangelio de San Lucas, en los términos siguientes: “Tratad a los hombres de la manera en que vosotros queréis ser de ellos tratados” (Evangelio según San Lucas, 6:31; *Sagrada Biblia*, versión de NACAR FUSTER Eloino y COLUNGA, Alberto O.P., Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 16ta edición, 1965, p. 1057).

⁵¹ “Ninguno de vosotros tiene fe si no desea para su hermano lo que desea para sí” (AL BUKHARI, citado en MAULANA MUHAMMADA ALI, *A manual of Hadith*, cap. II, n° 9).

⁵² SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 94, a. 2, *respondeo*.

⁵³ *Digesto*, I, I.

⁵⁴ VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms., *¿Fuentes formales del derecho o elementos mediadores entre la naturaleza de las cosas y los hechos jurídicos?*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2004, p. 55.

⁵⁵ “Pero lo que se aleja más de la razón, ¿no se aleja también de la ley y el orden?” (*República*, L. IX, 587 a 10-11). Con relación a la expresión *katá lógon*, cfr., por ejemplo, *ibid.* VI, 500 c 5.

⁵⁶ En *Las Leyes* la expresión *katá phýsin*, en su oposición a *pará phýsin*. Cfr. L. I, 936 b-c, L. IV, 715 a, 716 a, L. VIII, 838c-839a, 841 d, etc.

⁵⁷ “todo ser siente inclinación natural a la operación que le es propia por razón de su forma; así, el fuego tiende a calentar. Por eso, siendo el alma racional la forma propia del hombre, hay en cada hombre una inclinación natural a obrar conforme a la razón; y obrar así es obrar virtuosamente” (SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica*, I-II, q. 94, a. 3, *Respondeo*).

Estos principios se consideran *primeros* porque no pueden ser demostrados recurriendo a reglas o principios aún más generales. No derivan su validez de ninguna proposición anterior o previa, más universal o más general, sino que son válidos en sí mismos, en virtud de la verdad evidentísima que expresan.⁵⁸ A su vez, constituyen el fundamento último de toda y cualquier legislación positiva.⁵⁹

A partir de estos primeros principios ético-naturales, se puede descender procurando la determinación de los principios propiamente jurídicos, es decir, los principios máximamente universales del Derecho propiamente dicho, que son aquellos que aparecen directamente ligados con la razón última y el fin del derecho. Ante todo, encontramos los principios universales de justicia, imprescindibles para que reine el orden, la paz y la seguridad en la convivencia humana en sociedad. Corresponden a las tres formas clásicas de justicia:

1. El *principio de la justicia legal*, que obliga a todos los miembros de una comunidad –ciudadanos y autoridad política– a hacer lo necesario para la realización del bien común o, recurriendo a una expresión utilizada en el Preámbulo de la Constitución de la Nación Argentina, a “*promover el bienestar general*”.

2. El *principio de la justicia distributiva*, según el cual debe dispensarse a los miembros de todo grupo social y, en especial, a quienes integran la comunidad política, un tratamiento proporcional a los títulos de cada uno, expresado magistralmente por ARISTÓTELES en aquella famosa expresión según la cual es tan injusto tratar en forma desigual a los iguales como tratar del mismo modo a los desiguales.⁶⁰ Es un principio propio del orden jurídico que rige principalmente el Derecho público (constitucional, administrativo, tributario, penal, etc.)

3. El *principio de la justicia correctiva o conmutativa*, que no es otro que el principio de reciprocidad en los cambios, también llamado principio del sinalagma, principio de equivalencia en las prestaciones recíprocas o principio de la igualdad aritmética entre lo que uno da y lo que recibe en los cambios entre particulares, y que es el principio rector del Derecho privado en general (derecho de los contratos, derecho de daños, etc.). Se expresa en la regla según la cual, en toda relación jurídica bilateral que implica un intercambio en sentido lato, debe haber cierta equivalencia en las prestaciones recíprocas.

⁵⁸ “Evidente” viene del latín *videre* que quiere decir “ver”. Un juicio es evidente cuando se impone a la mente, cuando causa su asentimiento por su claridad. Cuando esto ocurre después de un razonamiento o silogismo, se llama evidencia mediata; pero cuando la verdad del juicio se hace patente sin necesidad de razonamiento alguno, se llama evidencia inmediata.

⁵⁹ SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel, *Los principios clásicos del derecho*, obra en la que estudia extensamente los *tria iuris praecepta* y asegura que son principios éticos supratemporales cuya necesidad se hace evidente en cuanto se entienda el derecho en general como sirviendo de “instrumento civilizado a la existencia y al progreso humano” (obra citada, pp. 23, 75 y ss.).

⁶⁰ ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea*, Libro V, Capítulo 3, 1131 a.

En este mismo plano de universalidad, encontramos también la adaptación al ámbito del derecho de ciertos principios que forman parte de los llamados *principios comunes*, en la medida en que tienen validez en todas o en muchas ciencias. Valgan como ejemplo: el principio *nemo potest ad impossibile obligari*⁶¹ —“nadie puede ser obligado a hacer lo imposible”— o *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*⁶² —“nadie puede transmitir a otro un derecho más extenso que el que posee”—. Cualquiera en uso de razón puede advertir la evidencia axiomática de estos principios.

Si bien estos principios, por su máxima generalidad y abstracción no suelen estar incluidos en fórmulas expresas legisladas en forma positiva, nada impide que lo estén. Así, la Constitución argentina, en su Preámbulo, menciona entre los fines del Estado el afianzamiento de la justicia.

2) Principios comunes a la mayoría de los ordenes jurídicos: en un nivel jerárquico inmediatamente inferior, encontramos aquellos principios jurídicos que se desprenden de los primeros principios considerados más arriba, por modo de cuasi-deducción o por vía de conclusión, y que, si bien son menos generales que los considerados *supra*, están muy cercanos a aquellos y son todavía suficientemente universales como para ser comunes a varios o a la generalidad de los ordenes jurídicos normativos estatales. En feliz expresión de DEL VECCHIO, son “*las verdades supremas del derecho in genere, o sea aquellos elementos lógicos y éticos del derecho, que por ser racionales y humanos son virtualmente comunes a todos los pueblos*”.⁶³ En efecto, la evidencia histórica pone de manifiesto la existencia de una serie de principios jurídicos idénticos en el derecho positivo de pueblos diversos, en estado de desarrollo similar, a saber: el respeto a la vida y a la integridad física de los seres humanos y la correlativa prohibición de matar al prójimo, lesionarlo, difamarlo y, en general, provocarle todo daño injusto —derivación del principio primero: *alterum non laedere*—; en directa relación con el anterior, el principio que establece que quien provoca un daño a otro debe resarcirlo; el principio del respeto a la propiedad privada y el castigo del robo; el principio que manda cumplir con los compromisos y pactos libremente contraídos expresado con el brocardico *pacta sunt servanda* que sirve de fundamento a todo el derecho de los contratos; el matrimo-

⁶¹ CELSO, 6, *de regulis iuris*, in Sexto, 5, 12. Véase: MANS PUIGARNAU, Jaime M., *Los principios generales del Derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*, Barcelona, Bosch Casa Editorial S.A., 1979, p. 386, número 12.

⁶² ULPIANO, 1, 54, *Digesto, de regulis iuris*, 50, 17; en el completísimo repertorio de principios contenida en la obra de MANS PUIGARNAU citada en nota anterior, está en la p. 376, número 2.

⁶³ DEL VECCHIO, Giorgio *Los principios generales...*, obra citada, p. 49.

nio y el principio que prescribe que los padres deben alimentar y cuidar a sus hijos menores de edad; la prohibición del incesto; la necesidad de la autoridad, etc.⁶⁴

Este plexo de principios normativos que constituyen el común denominador jurídico de la mayoría de las naciones civilizadas de la tierra, conforma el *derecho de gentes*. Los juristas romanos lo definían como “aquel que usan todos los pueblos humanos”,⁶⁵ o “el que la razón natural establece entre todos los hombres” y “es observado por todos los pueblos”,⁶⁶ o, también, como el “el derecho común al género humano”.⁶⁷ SANTO TOMÁS DE AQUINO explica que “al derecho de gentes pertenecen aquellas cosas que se derivan de la ley natural [primaria] como las conclusiones se derivan de los principios; por ejemplo, las justas compras, ventas y cosas semejantes, sin las cuales los hombres no pueden convivir entre sí, convivencia que es de ley natural, porque el hombre es por naturaleza un animal sociable”.⁶⁸ Por lo tanto, las normas jurídicas que establecen el derecho de gentes (la *lex gentium*, por así decirlo), se desprenden de los primeros principios aludidos más arriba por vía de conclusión o de cuasi silogismo. Modernamente, el Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional de La Haya, en su art. 38, párrafo tercero, hace expresa referencia al *derecho de gentes* en cuanto menciona como fuente de solución de los conflictos de derecho internacional público a “los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. En la República Argentina, la vigencia del derecho de gentes tiene fundamento en el derecho positivo, a través del art. 21 de la ley federal Nro 48,⁶⁹ según lo declarara la Corte Suprema de Justicia de la Nación.⁷⁰

3) Principios de cada orden jurídico estatal: siguiendo a Federico DE CASTRO Y BRAVO,⁷¹ a continuación corresponde situar a los principios tradicionales o nacionales que dan su típica fisonomía al orden jurídico de cada pueblo. En efecto, los principios gene-

⁶⁴ Véase CATHREIN, Viktor, *La unidad de la conciencia moral de la humanidad*, Madrid, Ed. Reus, 1916, en donde prueba que en todos los pueblos conocidos se halla el conocimiento de las normas fundamentales del derecho natural. Véase, asimismo: MESSNER, Johanness *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*, traducción de José Luis BARRIOS, Madrid, Rialp, 1967, págs. 405 y ss.

⁶⁵ “Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur”, ULPIANO, 1, I, *Digesto, De iustitia et iure*, 1, 4.

⁶⁶ *Digesto*, I, I, 9, GAYO.

⁶⁷ “Ius gentium omni humano generi commune est”, 2, I, *de iure naturali*, I, 2.

⁶⁸ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 95, a. 4, *Respondeo*.

⁶⁹ Ley 48, art. 21: “Los tribunales y jueces nacionales en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución como ley suprema de la Nación, las leyes que haya sancionado o sancione el Congreso, los tratados con naciones extranjeras, las leyes particulares de las provincias, las leyes generales que han regido anteriormente a la Nación y los principios del derecho de gentes, según lo exijan respectivamente los casos que se sujeten a su conocimiento en el orden de prelación que va establecido.”

⁷⁰ *Fallos*: 7: 282; n.º 14 y 194.

⁷¹ DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España, Parte general*, vol. I, parte IV, cap. IV, 2, pág. 423 y ss.; véase asimismo: VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms., *Metodología de las leyes*, obra citada, pp. 174-176.

rales del derecho deben adecuarse a la situación y a las condiciones geográficas, históricas, culturales, económicas y políticas de cada país, que son muy variables. Así, los principios generales del derecho —universales y abstractos— se van contrayendo, por medio de determinaciones jurídicas más concretas y específicas, que los van adecuando y configurando de acuerdo con las diversas circunstancias físicas, sociales, culturales y económicas en las que se desenvuelven, para dar lugar a los principios tradicionales de cada pueblo, lógicamente más particulares que aquellos. Cada pueblo, elige, por vía de determinación o elección, la concreción que considera más conveniente a su situación particular, a sus estilos de vida, convicciones, aspiraciones, y, así, adopta un conjunto de principios histórico-nacionales de su propio derecho positivo, que adquieren el carácter de principios generales iuspositivos.⁷² Así, SAN ISIDORO DE SEVILLA decía que uno de los requisitos de las normas jurídicas positivas es su relación con la idiosincracia de cada país y con el lugar y el tiempo.⁷³ Y esto explica el hecho de que ordenamientos jurídicos que registran su fundamento último en idénticos principios jurídicos, se manifiesten en organizaciones jurídicas parcialmente distintas en función de la decisión prudencial de quienes han creado sus leyes positivas.⁷⁴ Es factible constatar que, a medida que vamos descendiendo en la gradación de los principios, estos pierden, progresivamente, universalidad y necesidad, pues se diversifican mediante composición con los datos provenientes de la experiencia y mediante adecuación, en este caso, a las circunstancias contingentes de cada pueblo en un espacio y en un tiempo histórico determinado.

En el caso del derecho privado de los países de latinoamérica, sus principios históricos se remontan al Derecho Romano y desde él se han transmitido por antiquísima tradición, a través del derecho español (dentro del cual sobresalen las Partidas de Alfonso X el Sabio) y de la codificación hasta su incorporación en las normas del derecho positivo de nuestros países. El Código Civil argentino reconoce su origen remoto en el *Corpus Iuris Civilis*, es decir, en la recopilación de JUSTINIANO, y en todo el desarrollo posterior que se hizo de esta magna obra. Los principios del derecho romano, escribe con elegancia Mans Puigarnau, “conservan siempre su categoría de principios y como tales se mantienen inmarcescibles ante el implacable devenir de los tiempos, y subsisten como ruinas gloriosas de una construcción jurídica insigne”.⁷⁵ Entre ellos, a guisa de ejemplo, podemos mencionar los siguientes: “*lex posterior*

⁷² “...las cosas que se derivan de la ley natural por vía de determinación particular, pertenecen al derecho civil, en virtud del cual toda ciudad determina qué es lo más conveniente a su prosperidad” (SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 95, a. 4, *Respondeo*).

⁷³ Citado por SANTO TOMÁS DE AQUINO en *Suma Teológica*, I-II, q. 95, a. 3.

⁷⁴ Compárese los diversos ordenamientos jurídicos contruidos sobre la base de los mismos principios del Derecho Romano: el de la antigua Roma, el de Bizancio, el “*ius commune*” de la Edad Media y la “*lex recepta*” en Alemania.

⁷⁵ MANS PUIGARNAU, Jaime M., *Los principios generales del derecho...*, obra citada, pág. xxix.

derogat priori” (“la ley posterior deroga la anterior”); “*iura novit curia*” (“el juez conoce el derecho”); “*lex specialis, derogat generali*” (“la ley especial deroga a la ley general”); “*res iudicata pro veritate habetur*” (“lo juzgado por una sentencia tiene carácter de cosa juzgada”); “*nemo debet locupletior fieri cum alterius detrimento*” (“nadie debe enriquecerse con detrimento de otro”)⁷⁶; “*qui prior est tempore, potior est iure*” (“el que es primero en el tiempo es preferido en el derecho”);⁷⁷ “*nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*” (“nadie puede transferir a otro más derechos que el que él mismo tenga”)⁷⁸; “*qui tacet consentire videtur*” (“quien calla parece consentir”).⁷⁹

Desde otra perspectiva, el derecho de los pueblos de América del Sur también se incardina dentro de la cultura jurídica moderna, uno de cuyos repertorios de principios básicos lo constituye la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, cristalizado parcialmente en la parte dogmática de las constituciones de los países sudamericanos. Se trata de una serie de principios jurídico-políticos que son exponente de una concepción jurídica y social propia de un período histórico determinado, pero que indudablemente han tenido una enorme influencia en la cultura jurídica de los dos últimos siglos y, concretamente, en nuestro orden jurídico positivo. La Constitución de la Nación Argentina, en su primera parte de Declaraciones, Derechos y Garantías, contiene diversos principios de este jaez: así, por ejemplo, en el art. 18 se establece la inviolabilidad de la defensa en juicio de las personas y de sus derechos, como también la prohibición de que a nadie se lo obligue a declarar contra sí mismo o se lo condene sin una sentencia fundada en ley anterior al hecho del proceso.

4) Principios jurídicos sectoriales, propios de una rama del derecho: a su vez, los principios generales del derecho —tanto los más generales o comunes a varios pueblos como los peculiares de cada derecho positivo estatal— son susceptibles de ulteriores determinaciones y concreciones individualizadoras con el propósito de diversificarse en principios de cada rama del derecho. En efecto, aquello que constituye la derivación de un principio general en cierto ámbito de asuntos puede no serlo en otros. De hecho, la diversidad de materias o

⁷⁶ Más conocido como “enriquecimiento sin causa”, principio que se encuentra en el *Digesto*, 12.6.14, y que Dalmacio Vélez Sarfield menciona expresamente en las notas a los arts. 499, 784 y 2589 del Código Civil de la República Argentina.

⁷⁷ C 54, de *regulis iuris*, in Sexto, 5, 12. Principio reflejado en los arts. 3 y 1051 del Código Civil de la República Argentina, entre otros.

⁷⁸ ULPIANO, I, 14, *Digesto, de regulis iuris*, 50,17.

⁷⁹ El principio del silencio ha recibido concreción normativa en el derecho positivo de la República Argentina en los arts. 919, 1876 y 1877 del Código Civil, en el art. 59 de la Ley de Contrato de Trabajo, y en el art. 356, inc. 1º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

de objetos de las relaciones jurídicas, y la diversidad de sujetos, reclaman concreciones diversas de un mismo principio o bien el uso de otros principios concurrentes distintos que los diferencian. Esto explica que existan principios propios de cada sector o rama del Derecho.

Podemos caracterizar a los principios de una rama del Derecho, o principios jurídicos sectoriales, como *las proposiciones prácticas mas generales que sirven de criterio fundamental y que gobiernan las llamadas "ramas del Derecho"*, entendiendo por "rama" o "sector del Derecho" al conjunto de instituciones, normas y reglas jurídicas que se agrupan según un criterio de especialidad material.⁸⁰ Por ejemplo: Derecho Civil, Derecho Comercial, Derecho del Trabajo, etc.. Se los denomina principios "sectoriales", por oposición a los "generales", porque no gobiernan la interpretación y aplicación de todo el orden jurídico sino solamente del conjunto de normas respectivo. Un ejemplo podría ser el principio de legalidad que rige en el Derecho Penal (*nulla poena sine lege previa*)⁸¹ o, como veremos con mayor grado de desarrollo más adelante, el principio protectorio que constituye el principio rector del Derecho del Trabajo.⁸²

Las proposiciones normativas en general, tanto las normas particulares como los principios, están orientadas hacia algún fin u objetivo, consistente en algo reputado valioso por parte de aquel que dicta la norma. Es decir, todo *deber-ser* es un *deber-ser-para-algo*. El fin es, pues, desde este punto de vista, una suerte de norma suprema en el orden práctico, en tanto opera como punto de orientación y fundamento de las normas. Por lo tanto, cuando nos referimos a los principios de una rama del Derecho, nos estamos refiriendo en primer lugar, a los objetivos o fines de ese sector del Derecho. El fin de la rama del derecho de que se trate, o del conjunto de instituciones que lo configuran, será su principio fundamental y todas las disposiciones que forman parte integrante de ese segmento determinado del orden jurídico procurarán obtener ese fin. En segundo lugar, son también principios de una rama del derecho aquellos medios que estén en relación inmediata con la realización de tales objetivos; y, en tercer lugar, las normas más generales que funcionan como principio de las restantes normas jurídicas más particulares de esa rama del Derecho.

⁸⁰ Ricardo D. RABINOVICH-BERKMAN formula una dura crítica acerca de la utilización de la metáfora de las "ramas" del derecho para hacer referencia a cada una de las especialidades científicas dentro del saber jurídico, con argumentos atendibles y que merecen ser tenidos en cuenta: "Esta es una metáfora muy empleada, pero pésima. ¿Por qué? Porque cuando uno recurre a una metáfora, trata de que la comparación que entraña sea buena; no cualquier cosa que se pueda parecer". En el caso del derecho, las especializaciones jurídicas no son "ramas" de un tronco común pues "contienen elementos muy diferentes e incluso incompatibles entre sí" (en *Principios generales del derecho latinoamericano*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2006, pp. 38-39). No obstante coincidir en parte con las lúdicas observaciones de RABINOVICH, pensamos que la metáfora de las "ramas" del derecho se ha extendido de tal manera que no conviene dejarla de lado totalmente sino, en todo caso, usarla previa crítica susceptible de aclarar su verdadero sentido.

⁸¹ Constitución Nacional de la República Argentina, art. 19.

⁸² Constitución Nacional de la República Argentina, art 14 *bis*.

Los principios de un sector o rama del Derecho, a diferencia de los generales, proyectan su injerencia orientadora o su virtualidad fundante, ya no en relación *a todo* el orden jurídico, sino tan sólo respecto de *un sector determinado* del Derecho. Son principios –fundamento, origen– de las instituciones y normas de esa parcela del ámbito jurídico, pero, a su vez, derivan y dependen de los principios generales y supremos de todo el Derecho (indicados *supra*), de los cuales de algún modo se desprenden (ya sea por vía de deducción o de determinación). Así, por ejemplo: el principio que manda proteger al trabajador no deja de ser, en última instancia, un medio destinado a garantizar la igualdad en las relaciones jurídico-laborales (que deriva de un principio general del derecho privado: el principio de reciprocidad en los cambios, criterio rector de la justicia conmutativa), igualdad o equilibrio que, de ser violado masivamente, pone en riesgo la seguridad y la paz social, valores que, a su vez, constituyen elementos esenciales del bien común político (objeto de la justicia legal y fin de todo el Derecho y, por tanto, principio último del orden jurídico en su totalidad).

A lo largo de este itinerario, que va desde los primeros principios ético-naturales más universales hasta llegar a los de cada rama del derecho o institución determinada, hemos podido constatar como se van produciendo sucesivas concreciones y determinaciones en sus diversos grados, mediante la especificación e individualización creciente de los criterios y pautas universalísimas contenidas en aquellos, consultando y tomando en consideración las circunstancias histórico-sociales particulares y la experiencia social. Estas determinaciones tienen mucho de hallazgo y de decisión prudencial y han de efectuarse sobre la base de una metodología lógica que se denomina *dialéctica*, pues no es la lógica apodíctica aplicable en las ciencias que admiten una deducción rigurosa y precisa, sino la lógica de lo probable, propia de lo jurídico.⁸³ Es fácil apreciar que el Derecho es una típica creación cultural⁸⁴ emanada de las sucesivas generaciones de hombres que a lo largo de los siglos colaboraron en la configuración del orden jurídico que efectivamente rige en nuestros días. Empero, lo relevante, desde nuestro punto de vista, es que todo este abanico de principios de notable diversidad y sensible variabilidad serán los que, posteriormente, servirán para fundamentar, interpretar y aplicar las normas jurídicas laborales.

⁸³ “La Dialéctica, pues, es la parte de la Lógica que regula el pensamiento que se mantiene como en movimiento en dirección a la verdad o que arriba a ésta sin certeza. O, dicho en forma más breve, con una expresión de cuño aristotélico, es la Lógica de lo probable.” (LAMAS, Félix A., “Dialéctica y Derecho”, en Revista *Circa humana philosophia (la Filosofía de las cosas humanas)*, N° 3, Primer semestre de 1998, Buenos Aires, I.E.F., 1998, p. 17).

⁸⁴ Entiendo por *cultura* todo lo que el hombre realiza, agregando algo a -o modificando- la naturaleza. Por lo tanto, todo objeto cultural -y el Derecho no es la excepción- presupone un sustrato natural que opera como algo dado, fijo, que opera como límite de la posibilidad de modificación por parte del hombre.

6.

RELACIONES ENTRE PRINCIPIOS Y NORMAS JURÍDICAS

Las normas dependen jerárquicamente de los principios y derivan de ellos de dos modos, a saber: por la vía que va de la generalidad del principio a la particularidad de la norma, o bien por el camino que va de la indeterminación del principio a la regulación detallada y pormenorizada de la norma.

Dicho esto con mayor rigor, las normas jurídicas —e incluso los principios inferiores, sectoriales o más particulares— se desprenden de los principios primeros y más generales:⁸⁵

1) *Por deducción o conclusión*, como cuando del principio general del derecho que prohíbe dañar injustamente a otro (*alterum non laedere*)⁸⁶ se deriva la aplicación particular de aquel contenida en la prohibición del homicidio o se sigue, en el ámbito del Derecho Civil, todo el capítulo de la responsabilidad por daños. Se trata de una operación lógica de *subsunción*. En efecto, si por *subsunción* se entiende la subalternación o inclusión de un enunciado particular (o menos general) bajo uno universal (o más general), toda elaboración de una norma jurídica que no sea una creación de la nada, implica subsunción, porque debe tomar en cuenta, como premisa mayor que se adopta como punto de partida, a un principio (una pauta general, un criterio general) y, en definitiva, será la conclusión de un razonamiento. El ejemplo dado más arriba puede graficarse en forma de silogismo, del modo siguiente:

Premisa mayor: no se debe dañar a otro (principio general del derecho).

Premisa menor: es así que “privar de la vida a otro” es una especie dentro del género “dañar a otro”, es decir, está incluida bajo el contenido conceptual de “dañar a otro”.

Conclusión: por lo tanto, no se debe privar de la vida a otro.

2) *Por determinación*, es decir, por elección entre distintas posibilidades de regulación positiva de la pauta genérica e indeterminada contenida en el principio, opciones que no resultan incompatibles entre sí pero que exigen un cierto juicio de preferencia por parte del legislador. Es frecuente que un principio general del derecho admita modos múltiples y muy diversos de regulación de las acciones, todo ellos igualmente válidos en cuanto son

⁸⁵ Así lo establece SANTO TOMÁS DE AQUINO cuando explica como deriva la ley positiva de la ley natural (cf. *Suma Teológica*, II-II, q. 95, a. 2).

⁸⁶ La regla de no dañar a otro ha sido reconocida como un verdadero principio general del Derecho en el orden jurídico de la República Argentina por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Santa Coloma L.F.C. Efea”, del 5/08/1986, publicado en E.D., 120-651.

acordes con el criterio universal establecido en el principio. En efecto, todo principio, por su generalidad, contiene en estado de virtualidad un gran número de soluciones posibles. Pero es preciso que se lo determine, o, dicho más claramente: es indispensable ejercer una opción entre los diversos medios disponibles para concretar ese criterio general o principio. Así, por ejemplo, es una exigencia atinente al respeto a la dignidad humana reconocida en todos los órdenes jurídicos aquella que exige que quienes trabajan para otros gocen de un descanso remunerado. Sin embargo, la duración de la licencia paga por vacaciones y su frecuencia no es algo que esté puntualmente establecido por el principio. El legislador humano deberá realizar una elección, dentro de un margen de opciones posibles, todas ellas válidas. La regla de la ley positiva que establece una cantidad determinada de días de descanso, dentro de los márgenes razonables, es un ejemplo de determinación del principio general aludido.

Es importante señalar que algunos de los principios del Derecho del Trabajo generalmente aceptados se comportan, precisamente, como una entre varias respuestas posibles para los problemas especiales planteados en el ámbito de las relaciones del trabajo. Es decir: son derivaciones por vía de determinación del principio protectorio, el cual, es considerado por parte de la doctrina como “el único que realmente fundamenta todo el ordenamiento jurídico especial [laboral]”.⁸⁷ Ello no es de extrañar, pues nada impide que los principios de un sector o rama del Derecho se desprendan de los principios jerárquicamente superiores por la aludida vía de la determinación.

Ahora bien, esta breve explicación del modo en que se encuentran relacionados los principios generales del Derecho, supraleales y no necesariamente consagrados en la legislación, y el derecho positivo, histórico, vigente de hecho en una comunidad, demuestra que no son dos realidades antagónicas ni separadas sino dos aspectos distintos del mismo Derecho. Ya hemos visto que los principios generales del derecho gozan de máxima validez pero también de la más alta universalidad y abstracción. Esa es, precisamente, la razón por la cual los principios generales necesitan de la actividad humana consistente en la elaboración de leyes, la creación de códigos y la producción de los textos normativos para poder adquirir determinación, concreción y operatividad plena. Cuanto más general es el principio, mayor es la exigencia de un complemento de disposiciones particulares, complemento que surgirá de la elaboración ulterior de normas de derecho positivo, de modo tal que los principios cobren concreción histórica y vigencia efectiva. Al concretarse los principios en las normas jurídicas, éstas delimitan el ámbito de su aplicación, que ajustan y adecuan a las circunstancias

⁸⁷ RAMIREZ BOSCO, Luis, *Para una introducción al Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, Ed. Universidad, 2000, p. 71.

y situaciones cambiantes de cada comunidad. Hasta que los principios no hayan encarnado en normas preceptivas suficientemente determinadas, resultan insuficientes para regular la conducta humana y, especialmente, los asuntos concretos de la vida real. Ello así, por cuanto no resulta posible sostener la obligatoriedad jurídica de un mandato social impreciso e indeterminado por la sencilla razón de que los destinatarios de esa obligación no sabrían a ciencia cierta qué es lo que deben hacer y que es lo que no. La *sociabilidad* y la *coercibilidad*, en cuanto propiedades del Derecho, exigen que los principios se traduzcan en preceptos concretos, que establezcan modelos de conducta suficientemente definidos, aplicables a la vida social real y que asignen derechos y obligaciones particularizados a los individuos. La positivización de los principios por medio de normas jurídico-positivas, valga la redundancia, tiene la función de concretar, de delimitar, de individualizar, de completar, de precisar, lo que los principios ofrecen en un estado de cierta indefinición, en forma incompleta o con algún grado de indeterminación.

Empero, desde otra perspectiva, el Derecho positivo no puede prescindir por completo de las exigencias éticas, valorativas y de racionalidad práctica que provienen de los principios supremos del derecho, so pena de dejar de ser Derecho propiamente dicho, para pasar a ser una imposición coactiva injusta, un mero sistema de administración de la violencia estatal.

Principios primeros y normas jurídico-positivas, reglas ius-fundamentales y leyes particulares —o, si se quiere: *Derecho natural* y *Derecho positivo*— no son, por lo tanto, dos “derechos”, según parece haber sido el malentendido racionalista, sino dos aspectos constitutivos y desiguales del único Derecho, y que, funcionalmente, pueden entenderse respectivamente como el fundamento último de validez del Derecho (los principios ético-jurídicos más universales o, en la terminología clásica: el *Derecho natural*) y el fundamento inmediato de su vigencia social y de su eficacia (las normas jurídico positivas particulares, o bien el *Derecho positivo*).⁸⁸

⁸⁸ “No son dos “Derechos” sino dos aspectos, dos “modos” del único Derecho, válido y vigente.” (LAMAS, Félix A., *La experiencia jurídica*, Buenos Aires, I.E.F., 1991, p. 530.)

7.

FUNCIONES DE LOS PRINCIPIOS (DE UNA RAMA DEL DERECHO)

La siguiente cuestión que corresponde abordar es la siguiente: ¿para qué sirven los principios del derecho?, o, dicho con mayor precisión: ¿qué funciones cumplen? En rigor de verdad, la relación que guardan los principios generales y supremos del Derecho con todo el orden jurídico considerado en su totalidad, es análoga a la que existe entre los principios de una rama del Derecho respecto del sector determinado del orden jurídico que presiden. Por lo tanto, las funciones de unos y otros son proporcionalmente las mismas. Sin perjuicio de ello, toda vez que nuestro propósito último es exponer, en forma sistemática, una teoría acerca de los principios del Derecho del Trabajo, en lo que sigue vamos a continuar este estudio desde la perspectiva de los principios de una rama del Derecho.

1. **Primera función: fundamentar o informar el orden jurídico:** significa que los principios de una rama del Derecho son las fuentes que guían y orientan al legislador en la etapa de creación y elaboración de las normas jurídicas. Cuando decimos que los principios tienen la función de *informar* el conjunto de normas jurídico-positivas, entendemos por *informar*, “dar forma sustancial”, es decir, infundir contenido material y validez. Constituyen, al decir de CICERON la “filosofía esencial” que inspira el orden jurídico.⁸⁹ En sentido similar, según BUSO, los principios son los presupuestos lógicos de la norma legislativa,⁹⁰ lo cual implica que las normas particulares deben adecuarse a ellos, esto es: deben guardar coherencia con los principios y no deben contradecirlos. “No son los principios generales consecuencia de las disposiciones legales —enseña de Castro y Bravo—; por el contrario, al informar los principios a las normas, son ellos los que las convierten de conjunto inorgánico en unidad vital.”⁹¹ En afín, aunque diverso orden de ideas, los principios también operan como juicios de valor, como preferencias axiológicas o criterios de estimativa jurídica que el legislador debe tomar en consideración para la producción de normas legales y, en este sentido, también sirven como fundamento o fuente para la creación legislativa. “El Derecho brota, mana de los principios generales —escribe Legaz y Lacambra—, porque viene de ellos, está poseído

⁸⁹ “no hay que tomar por fuente de la disciplina jurídica ni el Edicto del pretor, como hacen casi todos hoy, ni las Doce Tablas, como los antepasados, sino propiamente la filosofía esencial” (CICERON, *De Legibus*, Libro I, 5, 17).

⁹⁰ BUSO, Eduardo, *Código Civil anotado*, Buenos Aires, tomo I, p. 155.

⁹¹ DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Derecho civil de España, ya citada, p. 428.

por ellos”.⁹² Por lo tanto, puede afirmarse que los principios son, en sentido estricto, *fundamento del derecho positivo*.

Los principios generales del derecho son los criterios últimos de regulación de la conducta social que fundamentan, inspiran y gobiernan el orden jurídico positivo vigente en su totalidad. En tal sentido, deberán ser tomados como punto de partida para derivar de ellos –o fundar en ellos– tanto la regulación existente como también una posible regulación futura, pero no actual. En efecto, los principios generales del derecho son, de una parte, las pautas rectoras de las que dependen, y en torno de las cuales se organiza, el cuerpo de normas jurídico-positivas vigente en un tiempo y lugar determinado (regulación existente); empero, de otra parte, los principios generales también operan como premisas fundantes a partir de las cuales puede efectuarse la creación de nuevas normas jurídicas (regulación posible).

Por otra parte, no es sólo en la etapa de nacimiento o creación originaria de la ley en que los principios cumplen esta función fundadora. En el devenir de la vida del Derecho, ya sea en la sanción de nuevas leyes, en la reglamentación de esas mismas leyes que hace el Poder Ejecutivo (conforme, art. 99, inc. 2, Constitución Nacional de la República Argentina) o la autoridad administrativa de aplicación mediante el dictado de decretos y resoluciones, en la creación pretoriana de soluciones jurídicas particulares, a través de sentencias de casación y fallos plenarios, los principios continúan operando como *ratio* común, como fuente de legitimación, como pautas rectoras que deberán ser tomadas en cuenta por los operadores jurídicos, en cada una de las situaciones mencionadas.

2. Segunda función: son fuente supletoria en caso de insuficiencia de la ley (laguna legal): implica que los principios deben orientar al Juez, Tribunal u órgano judicial que, en el proceso de resolver controversias judiciales, se encuentran con las llamadas *lagunas legales*, es decir, casos que no están expresamente previstos en una norma legal positiva. La ley escrita no puede abarcar todas las innumerables posibilidades y la riqueza de alternativas que se presentan en la vida social. De ahí que, en la resolución de casos concretos, es posible que los jueces se encuentren con lagunas legales, esto es, con vacíos dentro del orden jurídico normativo, es decir: problemas que no son susceptibles de ser subsumidos bajo ninguna norma jurídica existente en el ordenamiento, pero que sin embargo no pueden dejar de ser resueltos por medio de una sentencia. A falta de un precepto legal expresamente aplicable los jueces pueden siempre recurrir a los principios generales de la rama del derecho de que

⁹² LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Ed. Bosch, 1953, p. 394.

se trate, como también a los principios generales, en calidad de *fuentes subsidiarias de derecho para integrar el orden jurídico positivo*.

La función de fuente supletoria de los principios generales del Derecho del Trabajo está expresamente prevista en el art. 11 de la Ley de Contrato de Trabajo de la Republica Argentina, en cuanto señala:

Cuando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las normas que rigen el contrato de trabajo o por las leyes análogas, se decidirá conforme a los principios de la justicia social, a los generales del derecho del trabajo, a la equidad y la buena fe.

Las sentencias de los jueces deberán fundarse, primero, en el texto expreso de la ley; empero, a falta de ley que regule explícitamente el caso podrá fundar su decisión en los principios generales del derecho del trabajo; los cuales, por lo tanto, son fuente en sentido formal, es decir, en sentido técnico estricto, pues el Juez deberá recurrir a ellos para resolver el caso ante la falta de norma expresa, descubriendo así nuevas soluciones jurídicas no previstas en el orden jurídico positivo. En rigor de verdad, son fuente en sentido más radical que las consideradas tradicionalmente fuentes formales. Por el sólo hecho de aparecer invocados expresamente en esta norma, los principios generales del Derecho del Trabajo “pasan a constituir fuente de derecho positivo, del mismo modo que no cabría duda alguna acerca de la positividad de una ley concreta”.⁹³

3. Tercera función: operan como criterio de interpretación: los principios también constituyen un criterio orientador para el intérprete (ya sea el magistrado judicial, el abogado litigante o el jurista autor de doctrina jurídica) pues sirven de guía en la labor de interpretación de los textos legales, cuando estos admitan más de una significación, de modo de establecer cuál es la correcta. Todo precepto jurídico encierra un sentido, pero este no siempre se manifiesta con claridad. Por medio de la interpretación se desvanecen las dudas, se resuelven las ambigüedades y se aclaran los pasajes dudosos de los textos legales. La decisión interpretativa que se adopte deberá estar iluminada por los principios generales y, en última instancia, deberá inspirarse en los valores y fines que se manifiestan normalmente en todo principio.

Es bien sabido que diversos principios generales del derecho han sido incorporados a las Constituciones modernas. Pues bien, la Corte Suprema de Justicia argentina tiene dicho que la hermenéutica de las normas legales ha de adecuarse a los principios de la Constitución

⁹³ MANS PUIGARNAU, Jaime M., , *Los principios generales del Derecho...*, obra citada, p. XII.

Nacional,⁹⁴ y también, en directa alusión a la función de estos principios como criterio de interpretación de las normas jurídicas particulares, la Corte tiene dicho que “la hermenéutica del ordenamiento infraconstitucional debe ser llevada a cabo con fecundo y auténtico sentido constitucional”.⁹⁵

4. **Cuarta función: operan como criterio de invalidación de las normas jurídico-positivas:** esta función está directamente vinculada con la que ya hemos estudiado precedentemente como primera función (fundamentar el derecho positivo). Como hemos tenido oportunidad de ver, los principios jurídicos son la categoría suprema de normas. Por lo tanto, su superior jerarquía les permite actuar en los casos concretos desplazando a cualquier otro componente del orden jurídico normativo que se encuentre subordinado a los principios. El principio actúa como regla última para juzgar sobre la aplicabilidad de otras normas. “La contradicción de las normas legales y los principios jurídicos —escribe el gran Federico DE CASTRO Y BRAVO— es de extrema gravedad para el orden jurídico. La desviación fundamental respecto de los principios de Derecho natural origina la condenación del ordenamiento por antijurídico”.⁹⁶

Un caso célebre en la jurisprudencia norteamericana, que es ilustrativo sobre cómo los tribunales utilizan los principios para invalidar leyes, es el denominado “Riggs vs. Palmer”. Francis Palmer había hecho testamento dejando casi todos sus bienes a su nieto Elmer Palmer, pero éste —temiendo que su abuelo cambiara de opinión— lo asesinó para asegurarse la herencia. Condenado a prisión, desde la cárcel discutió con las hijas del causante la validez del testamento y su derecho a recibir la herencia, triunfando en primera instancia. La Corte de Apelaciones reconoció la perfección del testamento con arreglo a la ley respectiva del Estado de Nueva York y señaló que, de conformidad con las normas jurídicas vigentes que regulaban el derecho sucesorio no había otra solución que entregar los bienes al homicida. Sin embargo, el tribunal rechazó la pretensión del asesino, argumentando que “todas las leyes, así como todos los contratos, pueden ser controlados en su aplicación por máximas generales y fundamentales del common law” entre las cuales existe una que dice que “a nadie puede permitírsele lucrar con su propio fraude, obtener ventajas de su propia torpeza, fundar una demanda en su propia iniquidad o adquirir propiedades por su propio crimen”.⁹⁷

⁹⁴ *Fallos*, 258:75; 258:171; 254:483; 253:344.

⁹⁵ C.S.J.N., “Municipalidad de Laprida c/Universidad de Buenos Aires”, *Fallos*: 308: 647, 653; “Alvarez c/Cencosud”, *Fallos*: 333: 2306.

⁹⁶ DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil...*, op cit, p. 428.

⁹⁷ 115, N.Y. 506; 22 N. E. 188.

En aquellos casos en que el legislador ha dictado un precepto legal cuyo contenido contradice un principio general, los tribunales han declarado la invalidez de la norma jurídica inicua haciendo prevalecer el principio general violado. De acuerdo con el sistema constitucional de los países latinoamericanos, el Poder Judicial limita en los hechos al Poder Legislativo, supeditando la eficacia de las leyes emanadas de éste a su armonía con el orden jurídico considerado en su integridad. El recurso técnico comúnmente utilizado por los jueces para dejar sin efecto las disposiciones de una ley que no se adecua a los principios generales es el llamado “control de constitucionalidad” (aunque a veces el principio no está en ninguna parte de la Constitución, sino que se lo “encuentra” allí por medio de la “interpretación” de algún texto de la Ley Suprema).⁹⁸ En la jurisprudencia reciente del Más Alto tribunal de justicia de la República Argentina pueden encontrarse algunos ejemplos.

La Corte Suprema de Justicia argentina, en el fallo “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidente ley 9688”,⁹⁹ declaró la inconstitucionalidad del art. 39, inc. 1ro de la Ley de Riesgos del Trabajo (Ley 24.577) por entender que violaba los siguientes principios jurídicos: (i) “*el “principio general” que “prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero”*: *alterum non laedere*” establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional argentina,¹⁰⁰ por cuanto la exención de responsabilidad consagrada por la norma legal impugnada “*tiene como beneficio al empleador, que no ha sabido dar cumplido respeto al principio alterum non laedere*” (considerando 4to); el Alto Tribunal agregó, en lo que constituye un directo llamado de atención al legislador que “*si se trata de establecer reglamentaciones legales en el ámbito de protección de los trabajadores dañados por un infortunio laboral, el deber del Congreso es hacerlo en el sentido de conferir al principio alterum non laedere toda la amplitud que éste amerita*” (considerando 9); (ii) “*los imperativos de justicia de la reparación seguidos por nuestra Constitución Nacional*” (considerando 7); (iii) el principio protectorio del art. 14 bis de la Constitución Nacional (considerandos 7, 8); (iv) un “*principio señero de nuestra Constitución Nacional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: la justicia social, que cobra relevante aplicación en el ámbito del derecho laboral a poco que se advierta que fue inscripto, ya a principios del siglo pasado, en el Preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo*” (considerando 12).

⁹⁸ HERNÁNDEZ, Héctor, “Acción y norma jurídica (Qué “normas” aplican los jueces)”, en AA.VV (Dir. Camilo TALE), *Persona, sociedad y derecho. Temas actuales de Filosofía Jurídica y Política*, Córdoba, Ediciones del Copista, 1998, pp. 30 y ss.

⁹⁹ C.S.J.N., 21/09/2004, “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidente ley 9688”, *Fallos*: 327: 3753.

¹⁰⁰ Constitución Nacional de la República Argentina, art. 19: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. (...)”

Por su parte, en el fallo “Vizzotti, Carlos Alberto c/AMSA S.A.” la Corte argentina consideró inválido el tope indemnizatorio establecido por el segundo párrafo del art. 245 de la L.C.T. porque no se ajusta al principio establecido por el art. 14 *bis* de la Constitución Nacional según el cual “*el trabajador es sujeto de preferente tutela constitucional*” (considerando 10).¹⁰¹

Rescapitulando y para concluir: los principios generales del Derecho, e incluso los que hemos llamado principios sectoriales o particulares de una rama del orden jurídico, son utilizados permanentemente por los operadores jurídicos: para orientar la creación de las leyes positivas, para colmar las lagunas del sistema legal, para interpretar los textos legislativos, o para impugnar leyes, decretos o resoluciones ministeriales que se reputan inicuas, precisamente por contrariar aquellos principios. Un abogado, un juez o un legislador, para poder realizar sus respectivas labores, no solamente debe tener cierto dominio del derecho positivo, sino también debe conocer los principios que lo inspiran. Si aún se considera válida la expresión del jurisconsulto CELSO: *scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem*,¹⁰² entonces lleva razón DEL VECCHIO cuando afirma que “el jurista, a diferencia del leguleyo, no puede darse por satisfecho con lo que en la ley está escrito, sino que debe además investigar su fundamento intrínseco” y este se encuentra en los principios generales y superiores del Derecho.

8.

UNA CUESTIÓN IUSFILOSÓFICA: ¿CUÁL ES EL ORIGEN DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO?

La respuesta a esta pregunta nos lleva al eterno debate entre el *iusnaturalismo* y el *iuspositivismo*.

Para el *iusnaturalismo*, los principios del derecho son principios suprapositivos que informan y dan fundamento al derecho positivo, pero que existen *per se*, con abstracción e independientemente de que el legislador los consagre expresamente en normas jurídicas. Constituyen el fundamento último de validez del derecho positivo y expresan los elementos universales, constantes, ecuménicos, permanentes y necesarios del Derecho, toda vez que su obligatoriedad es susceptible de ser reconocida por la razón humana de modo espontáneo

¹⁰¹ C.S.J.N., 14/09/2004, “Vizzotti, Carlos Alberto c/AMSA S.A. s/despido”, Fallos: 327: 3677.

¹⁰² Es decir: “Saber las leyes no es conocer sus palabras, sino su fuerza y su poder” (CELSO *Digesto*, Lib. I, Tit. III, fr. 17).

y natural. Sin perjuicio de su raigambre clásica, el autor que puso sobre el tapete el tema de los principios generales del derecho fue el ya nombrado Giorgio del Vecchio cuya obra sobre el tema es, a esta altura clásica, derivada de una conferencia dictada en la Universidad de Roma en 1920.¹⁰³ En otra obra, *Filosofía del Derecho*, dice explícitamente que hablar de esos principios es lo mismo que decir el derecho natural.¹⁰⁴

El civilista español Valverde y Valverde estima que los principios generales del derecho equivalen a la justicia absoluta y universalmente válida, y agrega que constituyen fuentes del derecho del mismo valor que la ley y la costumbre. También en la doctrina española, entre los autores de filiación jusnaturalista merecen mencionarse: Federico De Castro y Bravo,¹⁰⁵ José Castán Tobeñas¹⁰⁶ y Lino Rodríguez-Arias Bustamante; este último piensa, por ejemplo, que “el derecho natural es como un atributo de legitimidad en el concepto mismo del derecho positivo, fuente informadora de todo derecho, y a la vez derecho positivo, inmediatamente aplicable en forma de principios generales del derecho”.¹⁰⁷ Continuando con la producción jurídica española, una obra digna de ser mencionada es el muy completo repertorio de principios, máximas y aforismos jurídicos recopilados por Jaime Mans Puigarnau, quien en el estudio preliminar que encabeza el libro dice: “Los principios generales del derecho abarcan o comprenden todos aquellos conceptos fundamentales y preceptos básicos y elementales que inspiran la conciencia y el sentido jurídicos (principios de derecho y equidad naturales), y que informan el sistema de normas que regulan las instituciones (principios sistemáticos de derecho positivo) o la construcción doctrinal o teórica de las mismas (principios de la ciencia del derecho), y que rigen la realización práctica de unos y otros (reglas del arte del derecho o reglas técnicas jurídicas)”.¹⁰⁸

En la doctrina civil argentina, Manuel ARAUZ CASTEX observa que, frente al vacío normativo, en definitiva, “el juez es simplemente creador de la norma sin más rector que su vivencia del sentido de justicia”. Idéntica posición adoptan Guillermo BORDA,¹⁰⁹ y Jorge Joaquín LLAMBIAS, entre muchos otros. En el ámbito de la Filosofía del Derecho, Torres

¹⁰³ DEL VECCHIO, Giorgio, *Los principios...*, *ibidem*.

¹⁰⁴ “La fuente inagotable del Derecho está constituida por la naturaleza misma de las cosas, la cual puede ser aprehendida por nuestra razón. Esta fuente cabalmente, a la que una tradición varias veces milenaria ha llamado Derecho Natural, es a la que el legislador intenta referirse, cuando señala los principios generales del Derecho” (DEL VECCHIO, Giorgio, *Filosofía del Derecho*, traducción, prólogo y extensas adiciones por Luis RECASENS SICHES, Barcelona, Ed. Bosch, 1929, t. I, p. 93).

¹⁰⁵ DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El Derecho Civil y la Constitución*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1935.

¹⁰⁶ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Teoría de la aplicación e investigación del derecho*, Madrid, Reus, 1947, pp. 338 y 339.

¹⁰⁷ RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino, *Concepto y fuentes del Derecho Civil español*, Barcelona, Bosch, 1956, pp. 139 y ss.

¹⁰⁸ MANS PUIGARNAU, Jaime, *Los principios generales...*, ya citado, p. XXIII.

¹⁰⁹ BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, p. 99.

Lacroze¹¹⁰ afirma que “los principios generales del derecho constituyen preceptos de derecho natural”.¹¹¹ Carlos Cossio no emplea la expresión principios generales del derecho, porque ella generaría, en su opinión, equívocos lógicos, históricos y axiológicos, en consecuencia se inclina por una vuelta a la escuela del derecho natural, utilizando la fórmula “juicios estimativos de justicia de conformidad con la conciencia nacional y la razón”.¹¹² Ya dentro de la doctrina tradicional de raigambre aristotélico-tomista, son innumerables los autores que podrían citarse; sólo a título ejemplificativo pueden nombrarse a los que hemos citado como fuentes de este estudio: Félix A. Lamas, Rodolfo L. Vigo, Carlos I. Massini Correas, Héctor H. Hernández, Camilo Tale, Juan Bms. Vallet De Goytisolo, entre muchísimos otros.

Entre los especialistas en Derecho del Trabajo, adopta una posición decididamente iusnaturalista Antonio Vázquez Vialard,¹¹³ QUIEN SOSTIENE QUE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO SON PRINCIPIOS DEL DERECHO NATURAL. JORGE RODRÍGUEZ MANCINI, por su parte, dice que comparte “el criterio doctrinal que entiende que hay derechos fundamentales que nos los concede la sociedad —que debe reconocerlos— sino la naturaleza y, por lo tanto, tienen que ser reglamentados por la ley positiva según le permita las posibilidades de la situación socioeconómica del medio (histórico).”¹¹⁴ Parece enrolarse también en esta posición el jurista uruguayo Américo Plá Rodríguez¹¹⁵, aunque en la definición que brinda no hace explícita referencia a la cuestión.¹¹⁶

De acuerdo con este modo de entender los principios:

- a) Son preexistentes al ordenamiento jurídico positivo, es decir, anteriores a la legislación positiva, si bien necesitan del derecho positivo para cobrar efectiva vigencia. Por eso, de algún modo se los concibe como *naturales*, entendiendo por *natural* lo que no es hecho por el hombre.
- b) Son fundamento de validez y, en cierto sentido, fuente del ordenamiento jurídico positivo, de modo tal que el conjunto de las leyes y normas jurídico-positivas se desprenden de los principios por vía de deducción o de determinación,

¹¹⁰

¹¹¹ TORRES LACROZE, Federico, *Manual de introducción al derecho*, Buenos Aires, La Ley, 1967, p. 150.

¹¹² COSSIO, Carlos, “Los principios generales del derecho y la reforma del Código Civil”, en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Univ. Nac de La Plata*, t. XI, 1940, p. 324.

¹¹³ VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Tratado de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1982, tomo II, pp. 127/128.

¹¹⁴ RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *Derecho del Trabajo*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 2010, p. 40.

¹¹⁵

¹¹⁶ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Los principios del Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1978, p. 9.

como ha sido dicho y, en definitiva, constituyen un desarrollo analítico de estos principios.

- c) Tienen una cierta validez universal, es decir, absoluta —por lo menos, los más universales— ya que constituyen expresión los elementos constantes y permanentes del Derecho, por lo tanto de alguna manera están presentes —o bien, deberían estarlo— en todos los ordenamientos jurídicos positivos.

El *positivismo jurídico* sostiene que los principios del derecho están en el derecho positivo y, consecuentemente, son obtenidos, por vía de inducción y generalización, adoptando como punto de partida una determinada legislación positiva, de suerte que su contenido está condicionado por el sistema legal del cual se extraen. Son meras inferencias lógicas que se inferen por vía de generalización creciente a partir de los preceptos concretos recogidos en cada sistema legislativo. Esta forma de pensar es la sostenida en la doctrina italiana por Nicolás Coviello, quien afirma que los principios generales del derecho valen exclusivamente por ser positivos y vigentes.¹¹⁷ Para Roberto de Ruggiero, son los principios del derecho positivo italiano, tal como se deducen de todo el sistema orgánico,¹¹⁸ posición que comparte el gran procesalista Francesco Carnelutti.¹¹⁹

Los civilistas franceses Ripert – Boulanger, en Francia, declaran, literalmente: “Examinando el conjunto de leyes que, en un país y en una cierta época, establecen un orden considerado como justo, se pueden extraer los principios generales del derecho. Constituyen en alguna forma el armazón de la legislación positiva. Su conocimiento permite decir que una ley es contraria al derecho cuando viola esos principios”.¹²⁰

En España pueden mencionarse a Federico Puig Peña¹²¹ y a Felipe Clemente De Diego, quien, al referirse al art. 6 del Código Civil español, enseña que dicha norma, “al invocar los principios del derecho, pensó en los del derecho español en aquellos que aprovechó al formular las reglas del Código, y que por eso quedaron agotados...Pensar en otros principios distintos de los que entraron en la composición del edificio legal era tanto como abrir la puerta a la introducción de reglas exóticas que destruirían las líneas de éste”.¹²²

¹¹⁷ COVIELLO, Nicolás, *Doctrina general del Derecho Civil*, México, Uteha, 1938, p. 97.

¹¹⁸ DE RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de Derecho Civil*, Madrid, Reus, t. I, p. 154.

¹¹⁹ CARNELUTTI, Francesco, *Teoria Generale del Diritto*, Roma, Giuffrè, 2da edición, 1946.

¹²⁰ RIPERT, George y BOULANGER, Jean, *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*, traducción de Delia García Daireaux, Buenos Aires, La Ley, 1966, t. I, p. 13, nro. 15.

¹²¹ PUIG PEÑA, Federico, *Los principios generales como fuente...*, obra citada.

¹²² CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, *Instituciones de Derecho Civil*, Madrid, 1959, t. I, p. 117 y ss.

En nuestro medio, Raymundo M. Salvat, sin mayores precisiones, entiende por principios generales del derecho las “reglas fundamentales que inspiran la legislación de un país y le sirven de base; se encuentran fundamentalmente en la Constitución Nacional”.¹²³ Eduardo Busso sigue a Coviello y a Gropelli y define a los principios generales del derecho como “los principios fundamentales de nuestra legislación positiva”.¹²⁴ Arturo Orgaz los caracteriza como “ciertos criterios de validez universal, referidos al derecho indistinto o a sus ramas, que expresan reglas de justicia, de lógica y de equidad como base permanente del orden jurídico”, Pero al mismo tiempo agrega, con innegable actitud positivista: “Se los ha creído indicar en ocasiones mediante frases como principios de justicia natural que transportan al pensamiento a regiones de borrosa metafísica.”¹²⁵ Genaro Carrió, siguiendo a Hart, pretende adoptar una orientación positivista, si bien termina por incurrir en ciertas contradicciones cuando dice que “en todo aquello en que el orden jurídico —con sus reglas específicas, modelos y principios— no guía o pone límites a la labor judicial, los jueces pueden fundar sus sentencias en pautas razonables que no forman parte del derecho”.¹²⁶ En el ámbito de los cultivadores de la Filosofía del Derecho, y limitándonos sólo a los más recientes, merecen mencionarse a Norberto Bobbio,¹²⁷ Jerzy Wróblewski,¹²⁸ Aleksander Peczenik,¹²⁹ Neil Mac Cormick.¹³⁰

De acuerdo con este modo de entender los principios:

- a) Son posteriores al ordenamiento jurídico positivo.
- b) Son un producto derivado del derecho positivo que se obtiene por síntesis (reducción a la unidad) o por medio de una operación lógica de generalización creciente e inducción (yendo de lo particular a lo general) que adopta como punto de partida las normas jurídicas singulares y concretas contenidas en el ordenamiento jurídico positivo hasta llegar, a través de esa inferencia generalizadora, a criterios generales que se expresan en principios.
- c) Carecen de validez universal. Por el contrario, dependen de las opciones y decisiones que convencionalmente haya adoptado el legislador en cada momento histórico y en cada lugar geográfico. En tal sentido, explica ALVAREZ GARDIOL

¹²³ SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil*, Buenos Aires, TEA, 1964, t. I, p. 277.

¹²⁴ BUSSO, Eduardo, *Código Civil...*, t. I, ya citado, p. 155.

¹²⁵ ORGAZ, Arturo, *Lecciones de Introducción al Derecho y a las Ciencias Sociales*, Córdoba, Assandri, 1945, ps. 173 y 174.

¹²⁶ CARRIÓ, Genaro, *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, p. 69.

¹²⁷ BOBBIO, Norberto, voz “Principi generali di diritto”, en *Novissimo digesto italiano*, vol XIII, 1966.

¹²⁸ WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 1989.

¹²⁹ PECZENIK Aleksander, *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht, Boston, London, 1989.

¹³⁰ MAC CORMICK, Neil, *Legal reasoning and legal theory*, Oxford, Oxford University Press, 1978.

que los principios generales del derecho son mudables según lo que este autor denomina valoraciones morales vigentes en una comunidad en un tiempo y lugar determinados.¹³¹

Así lo entiende, por ejemplo, dentro de la doctrina argentina en materia de Derecho del Trabajo, Juan Carlos Fernández Madrid, quien sostiene, expresamente: “La adecuación de los principios del Derecho del Trabajo a la concreta normativa de la cual se extraen, determina la imposibilidad de darles validez universal y en cambio serán diferentes según cuál sea el bien preferentemente protegido por cada ordenamiento.”¹³²

Al respecto, caben las siguientes consideraciones:

1) Las últimas expresiones destacadas del positivismo jurídico fueron la escuela del, así llamado, “*realismo jurídico escandinavo*”, que es un empirismo gnoseológico y un iuspositivismo judicialista cuyo representante más conocido es Alf ROSS,¹³³ y el positivismo del profesor de la Universidad de Oxford, Herbert L. A. Hart, aunque este último llega a afirmar, en su obra más famosa, *El concepto de derecho*, que existe un “derecho natural de contenido mínimo”.¹³⁴

En la última parte del siglo XX y lo que va del XXI, las doctrinas jurídicas que han tenido mayor repercusión a nivel mundial merecen calificarse como modalidades diversas del iusnaturalismo, en la medida en que afirman, explícita o implícitamente, la existencia de principios suprapositivos (independientes y anteriores a todo arbitrio humano) que regulan la vida moral, jurídica y política. Entre otras, pueden mencionarse: la teoría de la justicia de John RAWLS,¹³⁵ la doctrina de los “derechos en serio” de Ronald DWORKIN,¹³⁶ la doctrina del alemán Robert Alexy,¹³⁷ estrechamente vinculada con el pensamiento de Jürgen HABERMAS y, finalmente, la doctrina del profesor australiano John Finnis¹³⁸ y de otros autores, como

¹³¹ ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel, *Manual de Introducción al Derecho*, ya citado, pág. 226.

¹³² FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 3ra. ed. actualizada y ampliada, 2007, tomo I, p. 204.

¹³³ La obra más conocida de Alf ROSS es *On law and justice*, publicado en Londres en 1958. Hay traducción castellana de Genaro R. CARRIÓ: *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, EUDEBA, 1963.

¹³⁴ HART, Herbert L.N., *El concepto de derecho*, traducción de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2da edición, págs. 239 y ss.

¹³⁵ RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Belknap Press of Harvard University Press, 1999; hay traducción castellana de María Dolores GONZÁLEZ: *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

¹³⁶ DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, Londres, Gerald Duckworth & Co. Ltd, 3ra edición, 1981; hay traducción castellana de Marta GUASTAVINO: *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.

¹³⁷ ALEXY, Robert, *A theory of legal argumentation. The theory of rational discourse as theory of legal justification*, Oxford, Clarendon Press, 1989; id., *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994.

¹³⁸ FINNIS, John, *Natural law and natural rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980; hay versión castellana: *Ley natural y derechos naturales*, traducción y estudio preliminar de Cristóbal ORREGO, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000.

Germain Grisez, Robert George, Joseph Boyle,¹³⁹ etc., que integran la denominada “*new natural law theory*” (continuadores de la tradición del iusnaturalismo clásico), que ha tenido notoria difusión en los Estados Unidos de Norteamérica.

Si dejamos de lado el ámbito estrecho y cerrado de la Filosofía del Derecho, para pasar a la órbita más amplia de los abogados, jueces, legisladores y operadores del derecho en general, lo que se advierte en prácticamente todas las sociedades del orbe son diversas manifestaciones de iusnaturalismo, a saber: la proclamación e invocación generalizada de los “derechos humanos”, el “derecho internacional humanitario”, el “*ius cogens*”, los “principios generales del derecho”, los “principios de justicia”, un “derecho supralegal”, con pretensión de vigencia universal y prevalente respecto de toda legislación positiva que se le oponga; la conciencia ecológica general, según la cual la actividad industrial, militar, turística, etc., debe respetar ciertos límites “naturales”; el clamor unánime contra la segregación racial, la diferenciación hostil por motivos religiosos, el sexismo, la misoginia, y, en general, el rechazo de todas las formas de discriminación injusta.¹⁴⁰

En suma, la historia del pensamiento jurídico reciente demuestra que estamos asistiendo, una vez más, al *eterno retorno del derecho natural*,¹⁴¹ doctrina que, sin perjuicio de la multiplicidad de manifestaciones y versiones con las que se presenta, parece ser ampliamente mayoritaria en nuestra época. El derecho natural aparece como una constante en la experiencia jurídica de los hombres, a punto tal que se ha dicho, parafraseando un antiguo adagio romano: *ubi ius, ibi ius naturale*.¹⁴² Si bien este no es un argumento que demuestre la verdad de la tesis iusnaturalista, pues el consenso mayoritario no es criterio de verdad en una ciencia, vale la pena registrar el hecho como un dato que permite justipreciar la verdadera importancia de la tesis iuspositivista en el contexto del pensamiento jurídico actual.

2) Sin perjuicio de la enorme distancia teórica entre iusnaturalismo y positivismo, lo cierto es que a la hora de establecer, en la práctica y en los hechos, cuáles son los principios generales del Derecho del Trabajo, ambas concepciones arriban a un mismo resultado. En efecto, a esta altura de la evolución de la tradición jurídica occidental, con más de dos mil

¹³⁹ FINNIS, John, BOYLE, Joseph, GRISEZ, Germain y GRISEZ J., *Nuclear deterrence, morality and realism*, Oxford, Clarendon Press, 1987.

¹⁴⁰ Cfr. TALE, Camilo, *Derecho natural, derecho positivo, iusnaturalismo y positivismo jurídico (Dieciséis tesis)*, Córdoba, Ed. Trejo y Sanabria, Serie de Filosofía del Derecho, 2011, pp. 60-61.

¹⁴¹ Feliz expresión utilizada por Heinrich ROMMEN como título de su famoso libro *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, Leipzig, 1936. En sentido similar, decía José CASTÁN TOBEÑAS: “Si no hubiera otras pruebas de la existencia del derecho natural, la continuidad maravillosa de su tradición a través de épocas históricas y civilizaciones tan diferentes, bastaría para acreditar que la idea de que se trata responde a una auténtica exigencia del pensamiento y de la realidad jurídica” (CASTAN TOBEÑAS, José, “En torno al Derecho Natural”, en la Revista *Universidad*, Zaragoza, 1940, nº 2.)

¹⁴² Es decir: “donde hay derecho, hay derecho natural” (AMSELEK, Paul, “Avons-nous de l’idée de droit naturel?”, en *Archives de philosophie du droit*, t. XXIII, pp. 343 y ss.)

años de historia del derecho, es verdaderamente inusual que los grandes principios del derecho natural no hayan sido incorporados a la legislación positiva. Dice bien Legaz y Lacambra que “*las legislaciones de los pueblos modernos civilizados tienen en su base, aproximadamente, los mismos principios generales del derecho*”.¹⁴³ Por lo tanto, es casi siempre posible alcanzar un principio general, recurriendo a un proceso inductivo de generalización, a partir de una o más normas jurídico-positivas individuales que son aplicación o concreción de dicho principio. Esto significa que quien indaga con el propósito de descubrir los principios generales del Derecho puede “situarse en el plano ‘trascendente’ en que los cree situados, desde el que habrá de *descender* al derecho vigente para ver cómo se han concretado, encarnando en principios más concretos informantes de un ordenamiento positivo dado; pero puede, al contrario, situarse por de pronto en el ámbito de la positividad y, siguiendo el mismo camino, pero en dirección inversa, ‘ascender’ a los principios más generales, lo que significa una ‘vuelta al principio’, al ‘arqué’ de donde todo derecho procede y, en concreto, aquel ordenamiento convencido”.¹⁴⁴ Por eso, tanto un iusnaturalista convencido como el más crudo positivista, aplicando métodos lógicos diversos y comenzando desde puntos de partida opuestos, probablemente llegarán a un mismo resultado: la identificación de los mismos principios generales del derecho.

En afín aunque diverso orden de ideas, se ha dicho que la cuestión del origen de los principios del derecho “ha disminuido en su importancia, puesto que los sistemas jurídicos incorporan principios, casi excesivamente. Los tratados internacionales y la constitucionalización del Derecho Civil han impactado fuertemente en este tema, incorporando un catálogo impresionante de principios de toda índole, con ubicación normativa”.¹⁴⁵

En síntesis: positivistas y iusnaturalistas pueden encontrar un amplio margen de coincidencias a la hora de identificar, invocar y utilizar los principios generales del derecho en la realidad cotidiana de los tribunales, el ejercicio de la profesión de abogado y la creación de leyes, haciendo abstracción metódicamente o dejando de lado, momentáneamente, la cuestión del origen último de ellos.

¹⁴³ LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, ya citada, p. 607.

¹⁴⁴ LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, citada, p. 606; las cursivas y las comillas son del original.

¹⁴⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, p. 137.

9.

PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO. CLASIFICACIÓN

Una clasificación útil dentro de los principios del Derecho del Trabajo es aquella que los divide en: (i) principios *proprios* del Derecho del Trabajo, y (ii) principios generales del Derecho *adaptados* al Derecho del Trabajo.

Se consignan seguidamente, los distintos principios del Derecho del Trabajo generalmente aceptados por la doctrina, siguiendo la clasificación propuesta, con una breve explicación de su contenido y la indicación de las normas jurídicas que constituyen aplicación de cada uno de ellos.

1) *Principios propios del Derecho del Trabajo*: son los principios peculiares o propios de este sector del orden jurídico.

a) Protectorio: es el más original y distintivo de esta rama del derecho y el que informa la mayor parte de sus normas. Sobresale nítidamente con preeminencia sobre el resto, a punto tal de merecer el calificativo de *primer principio del Derecho del Trabajo*, el principio protectorio, habida cuenta de que todos los restantes principios derivan de él, mientras que la regla de protección es irreductible a todo otro principio, cuando menos dentro de esta rama del Derecho (aunque, claro está, si se la puede reducir a los principios generales de todo el Derecho). En la reforma de la Constitución Nacional de la República Argentina de 1957, fue consagrado en el artículo nuevo: “*El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes...*” (art. 14 bis, CN de Argentina).

b) La norma más favorable al trabajador: la Ley de Contrato de Trabajo de la República Argentina lo adopta como criterio resolutorio de los conflictos entre normas y dice que en caso de duda sobre la aplicación de una norma, prevalecerá la más favorable al trabajador (arts. 8 y 9, Ley de Contrato de Trabajo).

c) *In dubio pro operario*: rige en materia de interpretación y dice que en caso de duda sobre la interpretación de una norma, se optará por el sentido más favorable al trabajador (conf. art. 9, Ley de Contrato de Trabajo).

d) La codición más favorable: según el cual cuando una situación anterior fuese más beneficiosa para el trabajador, se la deberá respetar.

e) Irrenunciabilidad: consiste en la imposibilidad jurídica de que el trabajador se prive voluntariamente de los derechos concedidos por la legislación laboral. El trabajador no puede, por un acto voluntario, renunciar a las ventajas que le confiere el orden jurídico laboral (conf. art. 12, Ley de Contrato de Trabajo).

f) Justicia social: ninguna idea ha tenido tanta influencia en la evolución del Derecho del Trabajo como la de justicia social. Aparece ya invocada en el preámbulo de la parte XIII del Tratado de Versalles (creadora de la Organización Internacional del Trabajo), en el que dice que “la Sociedad de las Naciones tiene por objeto establecer la paz universal y esta paz no puede fundarse sino sobre la base de la justicia social”. En aras de precisar su noción, cabe afirmar que es la justicia

que ordena las relaciones recíprocas de los grupos sociales, los estamentos profesionales y los miembros de la comunidad, obligando a los sectores económicamente privilegiados a asumir mayores cargas y a contribuir al bienestar general en proporción a su mayor capacidad económica, con el propósito de que los sectores más necesitados puedan también participar de los bienes materiales y espirituales de la civilización.¹⁴⁶

2) *Principios generales adaptados al Derecho del Trabajo*: si bien también son principios particulares de la disciplina jurídico-laboral, no son exclusivos de ésta sino que son principios comunes a varias ramas del derecho o, incluso, principios generales del derecho que el Derecho del Trabajo recepciona y adapta, de modo tal de aplicarlo a la relación jurídica entre trabajador y empleador.

a) Igualdad de trato y prohibición de discriminación: se debe dispensar trato igual a los trabajadores que se encuentren en igualdad de circunstancias. Lleva implícito la prohibición de toda discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole.

b) Primacía de la realidad: es un típico principio anti-fraude y ordena conceder primacía a lo que ocurre efectivamente en los hechos por sobre las apariencias, formas o denominaciones que las partes le hayan dado al contrato. En caso de discrepancia entre lo que se desprende de los hechos reales y concretos producidos durante el curso de una vinculación laboral y lo que surge de documentos, acuerdos o modalidades de formalización del contrato celebrado entre las partes, debe darse prevalencia a la realidad.

c) Buena fe: es un principio supremo del derecho de los contratos cuyo antecedente quizás más remoto puede encontrarse en el famoso "*honeste vivere*" de las tres reglas de Ulpiano. El Código Civil de la República Argentina lo establece como principio general del derecho de los contratos en el art. 1198: "Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión". A su vez, está consagrado en el art. 63 de la Ley de Contrato de Trabajo de la Argentina, ahora como un principio del Derecho del Trabajo: "Las partes están obligadas a obrar de buena fe, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo". El Diccionario de la Lengua Española define a la "buena fe" con los vocablos "rectitud" y "honestidad". En las relaciones jurídicas bilaterales, implica un comportamiento adecuado a las expectativas de la contraparte. Se opone a la "mala fe" que es, precisamente, todo lo contrario: la conducta deshonesto, desleal, propia de aquel que engaña, oculta sus intenciones, provoca daños, incurre en abusos.

d) Equidad: el concepto clásico de equidad fue acuñado por Aristóteles¹⁴⁷ y es todavía aceptado por los juristas modernos. La equidad (*epikeia*, según la terminología griega) es la rectificación de la ley cuando ésta, en razón de su generalidad, daría lugar a la comisión de una injusticia en un

¹⁴⁶ El concepto de justicia social esbozado en el texto tiene su origen en el voto del Dr. Arturo Enrique SAMPAY en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de fecha 13 de septiembre de 1974 en la causa "Miguel Ángel Bercáiz", complementado con la doctrina de este mismo autor volcada en su libro *La Constitución argentina de 1949*, Buenos Aires, Ediciones Relevo, 1963, pág. 48.

¹⁴⁷ ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea*, Libro V, cap. 10, 1137 b.

caso que, por excepcional, escapa a la intención regulativa del legislador y, por lo tanto, al espíritu de la norma y al sentido de su finalidad.¹⁴⁸ No debe confundirse con la *aequitas* romana, que hace referencia a la igualdad como forma de todo el Derecho privado en general.

Para citar este artículo:

Lalanne, Julio E., “Los principios del Derecho del Trabajo” en *Revista de Derecho-UCU*, 11 (Julio 2015), pp. 135-177

Recibido: 24/11/2014

Revisado: 10/4/2015

Aceptado: 02/05/2015

¹⁴⁸ LAMAS, Félix Adolfo, *La experiencia jurídica*, obra citada, p. 430.

Tensión entre el derecho a la privacidad y derecho a la libertad de información

Un análisis desde la responsabilidad civil¹

Tension between right to privacy and right to freedom of information

*Dra. Laura Nahabetián Brunet**

RESUMEN: El artículo desarrolla elementos vinculados con la responsabilidad civil emergente de la tensión existente entre el derecho a la privacidad y el derecho a la libertad de información, a partir de la consideración de las diferentes sentencias que se suscitaron en la República Argentina a partir del conocimiento público que la Revista Noticias efectuó de la existencia de un hijo extramatrimonial del entonces Presidente Carlos Menem.

Se analizan temas vinculados con los límites y prevalencia de uno y otro derecho, así como las eventuales vulneraciones que pudieren suscitarse por el conocimiento público de esta información en razón de su relevancia pública, lo que también es considerado. Finalmente, se analiza la doctrina de la real malicia con sus diferentes componentes para avanzar en conclusiones superadoras de la tensión planteada en origen.

¹ Aproximaciones a partir de los pronunciamientos de la justicia de la República Argentina en relación con el caso MENEM, CARLOS S. c/ EDITORIAL PERFIL S.A.

* Universidad Mayor de la República, Universidad Católica del Uruguay. Asesora en el Parlamento Nacional de la República. E-mail: lnahabetian@gmail.com

ABSTRACT: The article develops elements linked to civil liability arising from the tension between the right to privacy and the right to freedom of information, since the consideration of the jurisprudence developed in Argentina from public knowledge that “Noticias” magazine made about the existence of President Carlos Menem’s illegitimate son. Issues related to the limits and prevalence of both rights as well as their violations that might arise by the public knowledge of this information because of its public importance, which is also considered and analyzed. Finally, the doctrine of actual malice is discussed in its different components to advance as conclusions about the tension developed at the beginning.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la privacidad. Libertad de información. Información pública. Doctrina de la real malicia.

KEYWORDS: Privacy. Freedom of information. Public information - Actual malice.

SUMARIO: Introducción. Hechos constitutivos del caso. Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Intromisión arbitraria en la vida privada. Agravios de los recurrentes. Violación a los principios constitucionales por limitación a la libertad de información en relación con aspectos de la vida de una persona pública. Los preceptos constitucionales e internacionales en la materia. La condición de persona pública y relevancia pública de la información. Consideraciones en relación con la veracidad de la información. Consideraciones en relación con el consentimiento. Doctrina de la real malicia. Sujetos alcanzados por la doctrina. Informaciones alcanzadas por la doctrina. Carga de la prueba y objeto de la misma. Monto de la indemnización estipulada. Conclusiones.

1.

INTRODUCCIÓN

HECHOS CONSTITUTIVOS DEL CASO

El pronunciamiento se origina en una serie de publicaciones efectuadas por la Editorial Perfil S.A. la cual es la editora de la Revista Noticias y los Sres. Jorge Fontevicchia y Héctor D'Amico – Director del Semanario y Editor responsable, respectivamente –, quienes fueran demandados por parte del Sr. Carlos Saúl Menem, ex Presidente de la República Argentina.

La Revista Noticias procede desde febrero de 1994 y durante un año a realizar una profunda investigación relacionada con el supuesto vínculo del Sr. Carlos Menem con un joven llamado Carlos Nair Meza que sería su hijo extramatrimonial y su madre la Diputada de la Provincia de Formosa, Sra. Martha Meza.

En concreto las notas periodísticas relataban lo siguiente:

- El Presidente Menem tenía un hijo extramatrimonial producto de su relación con la Sra. Martha Meza, nacido el 17 de octubre de 1981, en Formosa.
- El niño de nombre Carlos Nair Meza era recibido en la Residencia de Olivos, en la Residencia oficial de verano en Chapadmalal, y en la Casa de Gobierno.
- La Sra. Martha Meza era maestra de profesión y había aumentado su patrimonio hasta llegar al millón de dólares en diez años, habiendo sido electa como Diputada Nacional y además recibido múltiples y costosos regalos de parte del Sr. Menem.
- La Sra. Meza se encontraba amenazada en la campaña electoral de 1995 cuando el Sr. Menem fue reelecto Presidente de la República Argentina, manifestando ella que recibió llamadas intimidatorias durante un período de tres meses y que responsabilizaba en forma directa de la situación al Gobierno Nacional.

Se solicitó asilo para la protección de la Sra. Meza y el joven Carlos Nair en Paraguay, para lo cual el Sr. Menem pidió la colaboración del Presidente Juan Carlos Wasmosy.

En razón de lo señalado, la Revista Noticias entendió que debía avanzar en la investigación de estos hechos y ponerlos en conocimiento de la ciudadanía, habiendo realizado exhaustivas acciones hasta concretar las notas que provocaron la exaltación del Sr. Menem, quien molesto con las publicaciones se presenta en conferencia de prensa descalificando a la Revista Noticias y a sus directores y editores indicando que se trataba de una “cloaca en la que se escondía una organización delictiva”, entre otros calificativos.

Acto seguido se promueve una acción civil por daños y perjuicios ocasionada en razón de la publicación de estas notas que en su entender implicaban una intromisión arbitraria en su vida familiar e íntima, reclamando la suma de U\$S 1.500.000.

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil rechazó la demanda y la reconvencción que solicitara el Sr. D’Amico en razón de los dichos que se citaran de parte del Sr. Menem.

Sin embargo, ante la apelación de la decisión, la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Ciudad de Buenos Aires hizo lugar a la demanda ahora por U\$S 150.000, así como sus intereses contra los demandados, condenando además a la publicación de una parte de la sentencia y las costas de ambas instancias y confirmando el rechazo a la reconvencción, entendiendo que se había violentado el derecho a la intimidad del Sr. Menem.

En la sentencia se establece que “no concurre ninguno de los elementos que justificarían la invasión de la intimidad, especialmente el interés público prevaleciente, o bien el consentimiento del interesado”. Se entiende que no había mérito para “la difusión de hechos no actuales relacionados con la vida sentimental de los involucrados y, especialmente, con la posible existencia de un hijo fruto de tal relación”. Asimismo, “no se advierte que respecto a los hechos dados a conocimiento público, haya mediado el consentimiento del afectado el cual debe emanar del propio interesado y que cuando la noticia afecta a más de una persona no basta con el consentimiento de una de ellas para privar de su derecho a la intimidad a la otra”.

Los demandados interpusieron recurso extraordinario para ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación contra esta última sentencia pidiendo la descalificación de la misma “a la luz de la doctrina elaborada por la Corte Suprema de Justicia respecto al alcance de la libertad de expresión y de prensa de nuestra Ley Fundamental, como así también a la luz del concepto de arbitrariedad...”.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA

Con fecha 25 de setiembre de 2001, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dicta sentencia confirmando lo resuelto en la instancia anterior y admitiendo la responsabilidad civil de los codemandados, rebajando el monto a U\$S 60.000 con más los intereses que correspondieren. Entre otros elementos señaló que “tanto la difusión de cuestiones familiares íntimas por medio de la palabra escrita como la publicación de imágenes fotográficas —en todo caso no autorizadas por el actor en el tiempo y en el contexto en que fueron usadas por el medio de prensa— sobre presuntos vínculos familiares y sobre el estado anímico de su ex cónyuge en relación con tales lazos, configura una intrusión en la zona de reserva del sujeto no justificada por intereses superiores de la comunidad. Máxime cuando se han incorporado imágenes y nombres de menores, con exposición sin prudencia profesional de cuestiones atinentes a la filiación de estos niños, con mortificación espiritual no sólo del hombre en cuanto tal sino en su relación con ellos, conducta que revela el carácter arbitrario de la injerencia en la esfera de intimidad del actor, no justificada por el debate vigoroso de las ideas sobre los asuntos de interés público ni por la transparencia que debe tener la actuación del hombre público en el ejercicio de sus altas responsabilidades”.

2.

INTROMISIÓN ARBITRARIA EN LA VIDA PRIVADA

Ahora bien, el carácter de persona pública y de interés público se analizan a continuación, sin embargo, es menester tener en consideración que dada la relevancia pública de la información de que se trata en caso de que se considere que existió intromisión en la vida privada, esta intromisión no fue arbitraria y ahí está uno de los elementos fundamentales de análisis y que no se comparten de la sentencia en comento.

En efecto, la arbitrariedad según lo establece el Diccionario de la Real Academia Española es un acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho, de lo que a simple vista se desprende entonces, que la calificación de tal no es pertinente a estos efectos.

Así, el interés y la relevancia pública que revisten las acciones de quien ostenta el cargo de primer ciudadano del país, son centrales tanto en lo que hace a su actuación en el ámbito público, cuanto en el privado sobre todo si estas últimas acciones tienen vínculo directo con

su accionar público e implican en algún punto hasta incumplimiento para con las obligaciones legales que él ha juramentado resguardar, proteger y promover hasta con su vida.

De hecho en el balance de ponderación entre derecho a la privacidad y derecho a la información, en el caso de acciones del Presidente de la Nación, esta última parece que se impone sin contrariedades (salvo para la Corte Suprema de la Nación, paradójicamente), ya que éste está implicando precisamente el resguardo de uno de los pilares del funcionamiento del principio republicano en un gobierno democrático.

De manera alguna se sostiene que las personas públicas carezcan de derecho a la privacidad, por el contrario, éste se verifica existente y debe resguardarse, sin embargo, es conteste la doctrina y la jurisprudencia de los más altos tribunales de justicia nacionales e internacionales en sostener que la punición de acciones atentatorias contra la privacidad implican una lesión de mayor entidad que aquélla cometida contra una persona ajena a la exposición pública.

Al respecto incluso la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado: “... los límites de la crítica permitida son más amplios en relación a un político considerado como tal que cuando se trata de un mero particular: el primero, a diferencia del segundo, se expone, inevitable y deliberadamente, a una fiscalización atenta de sus actos y gestos, tanto por los periodistas como por la multitud de ciudadanos, y por ello tiene que mostrarse más tolerante”²

3.

AGRAVIOS DE LOS RECURRENTES

3.1. VIOLACIÓN A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES POR LIMITACIÓN A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN EN RELACIÓN CON ASPECTOS DE LA VIDA DE UNA PERSONA PÚBLICA

3.1.1. Los preceptos constitucionales e internacionales en la materia

En primer lugar es menester considerar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en múltiple jurisprudencia que en relación con el “contenido de la libertad de pensamiento y de expresión, la jurisprudencia de esta Corte ha sido constante en señalar que quienes están bajo la protección de la Convención Americana tienen el derecho

² CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Lingens vs Austria*, Sentencia de 8 de julio de 1986.

de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás”³.

Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido que la libertad de expresión protege no solamente el contenido, sino también la forma del mensaje que se expresa y que en materia de crítica política, de asuntos de interés público, hay muy poco margen para que se pueda proceder a restringir o coartar este derecho.

En el artículo 4º de la Carta Democrática Interamericana se señala que las libertades de expresión y de prensa son componentes fundamentales de la democracia. Esto también se ve reflejado en las sentencias más tempranas de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, en las cuales se señala que si existe alguna duda, si hay alguna discrepancia en cuanto a los límites, contenido y alcance de la libertad de expresión, está claro que ésta fue concebida y diseñada para proteger la expresión política, los mensajes de contenido político y aquéllos que tienen que ver con el debate público, o con los asuntos de interés público.

El Tribunal Constitucional Español ha señalado que la libertad de expresión cumple una función constitucional, en un sistema de pesos, frenos y contrapesos, en donde ella opera como mecanismo de defensa de la democracia. Esa función constitucional que le atribuye dicho Tribunal Constitucional ya había sido de alguna manera sugerida en algunas sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos”⁴.

Ahora bien, de todas formas, no se trata de un derecho absoluto. Y esto también lo han indicado tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuanto la Corte Europea de Derechos Humanos.

El artículo 19 de la Constitución Argentina en forma genérica establece el derecho a la privacidad estableciendo que “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Por su parte, el artículo 11 de la Convención Americana reconoce que todas las personas tienen, entre otros derechos, aquél a la vida privada, prohibiéndose toda injerencia arbitraria o abusiva, determinando a su vez, varios ámbitos de la misma tales como la vida privada de sus familias, sus domicilios o sus correspondencias.

³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*, Sentencia de 27 de enero de 2009.

⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, Sentencia de 2 de julio de 2004.

El ámbito de la privacidad está caracterizado por verificarse inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública según ha indicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵. Comprende, entre otras dimensiones, aquéllas vinculadas con la toma de decisiones relacionadas con diversas áreas de la propia vida, poseer un espacio de tranquilidad personal, la preservación en reserva de ciertos aspectos de la vida privada así como el contralor de la difusión de información personal hacia el exterior.

Así es que se verifica imprescindible obtener un equilibrio entre el derecho a la información y su vertiente de la libertad de expresión y el derecho a la privacidad, los que sin ser absolutos, de todas formas ambos son derechos fundamentales garantizados en términos constitucionales primero y en la normativa internacional después, los que por otra parte la República Argentina incorpora a su ordenamiento con igual cariz a través del artículo 75 Constitucional.

Indubitablemente, ejercitar estos derechos requiere de máximo respeto a todos los derechos fundamentales, no siendo posible la ponderación en derechos de categoría principal y secundaria.

Por lo tanto, era imprescindible en el caso efectuar una armonización, debiendo la Suprema Corte de Justicia de la Nación haber ubicado adecuadamente las responsabilidades y en su caso las sanciones que se correspondieren con este propósito y así resguardar los derechos.

Por el contrario, se limitó a establecer que se verificaba una arbitraria injerencia en la vida privada del Sr. Menem sin analizar los hechos constitutivos de tal violación e indicando además, que no era necesario analizar la veracidad o no de la información en mérito a que estos hechos no habían sido controvertidos.

Insólitamente la Corte cita su propia jurisprudencia mas justificando una acción diferente a la asumida en el caso. En efecto establece: “entre las libertades que la Constitución Nacional consagra la de prensa es una de las que posee mayor entidad al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan solo una democracia desmedrada o puramente nominal, incluso no sería aventurado afirmar que, aún cuando el art. 14 enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución, al legislar sobre la libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica (Fallos: 248.291; 311.2553).”

Luego indica que éste puede ser restringido porque no implica “asegurar la impunidad de la prensa”. Tal vez la palabra impunidad sea un poco grotesca en el contexto de

⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de julio de 2006.

análisis de que se trata, en mérito a que pareciera que hay una suerte de búsqueda de disciplinamiento del periodismo, lo que lógicamente no conduce al fortalecimiento democrático, sino por el contrario a su decaimiento.

Parece bien complejo entonces, conocer las razones que se verifican existentes por detrás del razonamiento efectuado por los Ministros de la Corporación dado que el análisis efectuado dista de ser deductivo, lógico y jurídicamente armonizable.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en otra oportunidad ya había señalado que “el Poder Judicial debe tomar en consideración el contexto en el que se realizan las expresiones en asuntos de interés público; el juzgador debe “ponderar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás con el valor que tiene en una sociedad democrática el debate abierto sobre temas de interés o preocupación pública”⁶.

En el mismo sentido en el caso de *Mamere vs. Francia*, la Corte Europea de Derechos Humanos consideró que “el elevado valor de la libertad de expresión, especialmente en los debates sobre temas de interés general, no puede prevalecer en todas las circunstancias sobre la necesidad de proteger el honor y la reputación de otras personas, ya sean ciudadanos comunes o funcionarios públicos”⁷.

Finalmente es dable tener presente que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha apoyado a la Relatora Especial respecto a la Libertad de Expresión quien adoptó una “Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión”. En la misma se incluyen las siguientes afirmaciones:

10. Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas. 11. Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como “leyes de desacato” atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información⁸.

⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2004.

⁷ CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Mamere vs. Francia, Sentencia de 7 de noviembre de 2006.

⁸ Aprobado por la Comisión Inter-Americana de Derechos Humanos en su Sesión General del 19 de octubre de 2000. Disponible en: <http://www.iachr.org/declaration.htm>

3.1.2 La condición de persona pública y relevancia pública de la información

“El conocimiento de algunos aspectos de la intimidad y vida privada de los funcionarios públicos responde a un derecho legítimo de la sociedad para poder calificar la aptitud moral de ellos, y decidir si participan de los valores éticos del pueblo que representan. De esta manera, no solamente se satisface el recaudo de la idoneidad, previsto en el art. 16 de la Constitución, sino también la necesidad de dar información a los ciudadanos para que, en un sistema republicano y representativo, puedan participar eficientemente en el proceso político seleccionando a sus gobernantes y velando para que ellos, en su vida privada, mantengan el recato impuesto en la vida pública. Ello es así porque la vida pública de un funcionario es inseparable de su vida privada, cuanto mayor sea la importancia política del cargo que desempeña.

En tal sentido, Linares Quintana enseña que

(...) se ha dicho que el hombre público no tiene vida privada, porque su actuación pública se proyecta inexorablemente sobre su intimidad. Ossorio y Gallardo observa con razón que la persona que ejerce vida pública tiene muy limitado el derecho de resguardar de las miras generales su vida íntima. Apenas si se reservan sus afecciones y sentimientos. Esto es inevitable y conveniente, pues quien ejerce ministerio de concejal, diputado, senador, gobernador, ministro, etc., se compromete a soportar la atención pública en todos los órdenes de su actividad. Esa diferenciación que suele establecerse entre la vida pública y la privada es inaceptable porque frecuentemente cubre la inmoralidad. Quien es merecedor de la confianza de sus conciudadanos que lo han honrado con el desempeño de una función pública, debe responder a esa confianza y a ese honor guardando en su vida privada el recato debido; lo que no se compadece con la ostentación de riquezas o comodidades superfluas, la frivolidad manifiesta, o los viajes numerosos e innecesarios.⁹

Es imprescindible analizar el carácter de relevante para el público de la información de que se trata.

Indudablemente esto es central; sin embargo, la conceptualización de interés público o de relevancia pública es muy dificultosa.

A los efectos de la determinación de si una información es o no o reviste o no lo hace un interés público, esto es, si hay un interés genuino de la sociedad en conocer determinada información, desde el punto de vista de la usabilidad que ésta tiene para la comunidad, será

⁹ BADENI, Gregorio, *El derecho a la vida privada de los funcionarios públicos*, Disponible en: http://www.badeniabogados.com/articulo_badeni_11.htm

menester considerar un elemento de índole subjetivo cual es la determinación de a quién se refiere esta información.

Uno de los elementos que hacen que una noticia sea tal es la condición pública de las sujetos que intervienen en él. La participación de personas de notoriedad pública en algunos acontecimientos es lo que puede otorgar a la información el carácter de interés público. Si concurre este rasgo, la libertad de información prevalecerá sobre el honor o la intimidad de la persona pública.

Que prevalezca la libertad de información no quiere decir que las personas famosas estén privadas del derecho al honor o a la intimidad. Todo derecho fundamental tiene un núcleo que ninguna colisión con otro derecho puede alterar. La libertad de información tiene carácter preferente pero no quiere decir esto que prevalezca siempre y en todo caso. Esa es una cuestión que decidirá el juez tras sopesar la contundencia de los derechos fundamentales que entran en juego. Ahora bien, lo que parece opinión común de la jurisprudencia y buena parte de la doctrina es que la gente que por su profesión o forma de vida ha adquirido voluntariamente la “etiqueta” de persona pública tiene que ser consciente de que ha de soportar una reducción (no una desaparición) del ámbito de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen.

La Corte Suprema Estadounidense solía esgrimir una elocuente frase, frecuentemente atribuida al ex Presidente Truman. Dice así: “la obligación de aguantar el calor del fogón es el precio a pagar por entrar en la cocina”. Esta sencilla metáfora refleja el menor grado de protección relativa que tienen los personajes públicos frente a la crítica, y la reducción del ámbito de su intimidad, debido al interés que su presencia o sus conductas despiertan en los demás. Las personas públicas “que han entrado en la cocina” tienen que pagar un precio: ver reducidos el ámbito de protección de sus derechos al honor a la intimidad y la propia imagen. Se reduce el ámbito de esos derechos, pero no desaparecen. Las personas públicas son titulares efectivos de dichos derechos fundamentales y pueden exigir la protección de los mismos frente a actuaciones delictivas o intromisiones ilegítimas.

En definitiva, para que la libertad de información prevalezca sobre el derecho al honor y a la intimidad, la noticia, además de veraz, en términos jurídicos ha de ser de interés público y es de interés público por la materia sobre la que se informa -que sea relevante para formación de la opinión pública-, por las personas que intervienen en el acontecimiento -personas famosas-, o por ambos conceptos (personas públicas intervengan en sucesos extraordinarios).¹⁰

¹⁰ FERREIRO GALGUERA, Juan, Supuestos de colisión entre las libertades de expresión e información y otros derechos fundamentales. La creación artística y el respeto a los sentimientos religiosos Disponible en: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2009/1/AD-3-10.pdf>

La Corte Europea de Derechos Humanos ha establecido que se puede concluir la existencia de cuatro categorías de sujetos y dependiendo de a cuál de estas categorías el sujeto pertenezca, será menor o mayor la relevancia pública de la información que se considere y de esta manera también será posible la determinación de la mayor o menor protección al ámbito de su intimidad.

En cualquier caso es menester tener presente que siempre habrá un componente de intimidad personal de los sujetos con independencia de la categoría a que éstos pertenezcan, sino que la variación se verá verificada en torno a los límites de este ámbito.

Así el citado Tribunal ha determinado la existencia de las siguientes categorías:

- Personas comunes y corrientes que no sean sometidas voluntariamente a ser funcionarios públicos, las cuales han pretendido guardar el anonimato y tienen por tanto protección plena.
- Figuras públicas, integrantes de la denominada “farándula”, teniendo éstas un nivel más restringido de protección pero en todo caso no todo lo que ellos hagan será relevante para el interés público.
- Funcionarios públicos en general respecto de los cuales el nivel de protección es aún menor en el entendido que su vida privada puede tener impacto en las vidas de los demás ciudadanos, por lo tanto éstos tienen derecho de conocerla.
- Lo políticos quienes han pretendido la confianza pública para mediante las elecciones obtener los cargos más altos de la representación del Estado, teniendo éstos el menor nivel de protección en su derecho a la intimidad.

En este último caso, que indudablemente es el que se corresponde con la sentencia en consideración es importante también tener presente que de lo que se trata es de la obtención de conocimiento por parte de los ciudadanos de aquello que es público, y no el interés que el público pudiere tener.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha establecido al respecto que los límites de la crítica aceptable son, por tanto, respecto de un político, más amplios que en el caso de un particular. A diferencia de este último, aquél inevitable y conscientemente se abre a un riguroso escrutinio de todas sus palabras y hechos por parte de periodistas y de la opinión pública y, en consecuencia, debe demostrar un mayor grado de tolerancia. Sin duda, “el artículo 10, inciso 2 permite la protección de la reputación de los demás —es decir, de todas las personas— y esta protección comprende también a los políticos, aún cuando no estén actuando en carácter de particulares, pero en esos casos los requisitos de dicha pro-

tección tienen que ser ponderados en relación con los intereses de un debate abierto sobre los asuntos políticos”¹¹.

La libertad de prensa proporciona a la opinión pública uno de los mejores medios para conocer y juzgar las ideas y actitudes de los dirigentes políticos. En términos más generales, la libertad de las controversias políticas pertenece al corazón mismo del concepto de sociedad democrática.¹²

En este sentido, a nivel doctrinario se verifica la existencia de al menos cinco hipótesis en las cuales hay consenso en relación con lo que es importante relativo a la vida privada con connotaciones de relevancia pública.

- Información vinculada con funciones que una persona ejecuta aún cuando éstas contengan algún componente de índole privado. El ejemplo clásico es el incremento patrimonial, siendo el patrimonio un elemento integrante de la privacidad, si éste es injustificado el interés público es notorio.
- Incumplimiento de deberes legales en su carácter de ciudadano. El ejemplo clásico es el incumplimiento con los deberes tributarios.
- Información vinculada con la confianza depositada en el funcionario. El ejemplo clásico es la inadecuación entre el discurso y las prácticas privadas, en el entendido de la defensa de determinados valores que han sido o serán los determinantes de su elección y su vulneración en la práctica cotidiana.
- Competencia y aptitud para el ejercicio de la función a la que será llamado a ocupar. El ejemplo clásico es el estado de salud de un candidato o un funcionario electo.

Por lo tanto, no sólo es relevante la información cuando tiene que ver directamente con el sujeto afectado, sino también cuando ésta –de conocerse– lograría un debate público con consecuencias en la reformulación de las instituciones.

Agrega la Corte Europea de Derechos Humanos que

(...) el acento de este umbral diferente de protección no se asienta solo en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un

¹¹ CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Dichand y otros vs. Austria*, Sentencia de 26 de febrero de 2002.

¹² CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Lingens vs Austria*, Sentencia de 8 de julio de 1986.

mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público”¹³.

El art. 16 de la Ley Fundamental establece, como condición ineludible para ejercer cargos públicos, el requisito de la idoneidad. No sólo la idoneidad técnica, sino la idoneidad ética acorde con los valores morales propios de una república representativa. La Constitución aspira a que quienes accedan a la función de gobierno tengan una conducta ética intachable. No sólo en la vida pública, sino también en la privada porque esta última es la que determina su contenido y subyace en aquélla. Ese sentimiento se refleja en la ciudadanía. Ella aspira a que sus gobernantes sean éticos, en el cabal sentido de la palabra. Tal circunstancia explica el por qué, muchas veces, los medios de prensa difunden aspectos de la vida privada de sus gobernantes para satisfacer el legítimo derecho a la información del pueblo sobre la conducta ética de aquéllos.¹⁴

Por su parte, el derecho a la propia imagen, al igual que cualquier otro derecho, no es un derecho absoluto razón por la cual está limitado por la existencia de otros derechos que revisten también protección de tipo constitucional y legal.

Por lo tanto, es importante no perder de vista en la consideración de los diferentes elementos, que la Ley N° 11.723 en su artículo 31, establece que a la exhibición, difusión o publicación de la imagen de una persona deberá precederle el consentimiento que solo podrá ser prescindido en caso que la reproducción tenga vínculos con finalidades de tipo científica, didáctica y en general cultural o con hechos y acontecimientos de interés público o se hubieran desarrollado en público.

Esto significa que la protección cede cuando la conducta del interesado, o las circunstancias del caso, revelen una justificación vinculada con la reducción de la reserva determinada a su favor a los efectos de dar prevalencia al interés público superior.

En el caso en comento, es claro en función de lo antedicho que se trata de información de profundo interés público.

En efecto, se trata de un político, nada menos que el Presidente de la Nación, que incumple con deberes jurídicos sustanciales -no reconocimiento de un hijo suyo, de hecho se trata de una obligación que se encuentra claramente estatuida tanto en el derecho positivo nacional argentino cuanto en aquél internacional-, hijo que además está amenazado de muerte, a lo que se adiciona la posible malversación de fondos.

¹³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, Sentencia de 2 de Julio de 2004.

¹⁴ BADENI, Gregorio, *El derecho a la vida privada de los funcionarios públicos*.

Para que esta información además estuviera contextualizada era imprescindible avanzar en la historia estableciendo los vínculos del Presidente con la madre del joven Carlos, la diputada Meza.

Un detalle no menor es que una parte muy importante de toda la información ya se encontraba en dominio público, en mérito a que se había publicado un libro sobre el Sr. Presidente donde se relataba parte de esta información, además que en la Provincia de Formosa era un secreto conocido la relación entre el Sr. Menem y la Sra. Meza.

Indudablemente se cumplen todas las condiciones para que pueda hablarse de interés público de la información publicada por la Revista Noticias en sus diversas ediciones.

Sin embargo, en su sentencia la Corte Suprema de la Nación se refirió oblicuamente a los aspectos vinculados con la privacidad del Sr. Menem y en forma independiente de la relevancia pública que notoriamente éstos tienen, siendo que son un aspecto central del cuestionamiento que originó el procedimiento jurisdiccional.

Incluso se remite a lo señalado en la Cámara Civil donde se indica que para resolver en la tensión existente entre el derecho a la información y aquél a la privacidad de un funcionario, debería optarse por este último en mérito a que “se alude a la supuesta fortuna adquirida por la diputada Meza, a la existencia de favores políticos y económicos de envergadura hacia ella, lo cual de ser cierto es repudiable y digno de ser conocido por la ciudadanía. No es ésta la vida privada a la que me refiero y que merece protección, pues si el Presidente hizo manejo indebido de fondos públicos debería ser juzgado por ello, y si una diputada se enriqueció indebidamente también. En cambio considero que no existe un interés público suficiente como para justificar la difusión de hechos no actuales relacionados con la vida sentimental de los involucrados y, especialmente, con la posible existencia de un hijo fruto de tal relación [...]”¹⁵

¹⁵ CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE LA CAPITAL FEDERAL, Sala H, Sentencia de 11 de marzo de 1998.

3.1.3 Consideraciones en relación con la veracidad de la información

Uno de los elementos centrales en lo que hace a los contenidos de la información es precisamente la veracidad de la misma.

Desde el punto de vista ético y profesional, ésta se plantea como un elemento central en la labor periodística entendiéndose que honrar tal actitud es lo esperable por la prensa que respeta su condición de tal en una sociedad democrática.

Por tanto, en el caso, el hecho de que no se cuestionara la veracidad de la información, no torna a ésta menos importante; por el contrario, la determina como imprescindible.

No es además un argumento válido para que no sea de aplicación la doctrina de la real malicia, en mérito entre otros elementos a la consideración de quién es el sujeto involucrado en la información.

Aceptar la información como veraz, sin cuestionarla, no la determina como menos importante para el conocimiento público, ni tampoco, por esta razón el carácter de atentatoria contra la intimidad o la privacidad del Sr. Menem.

En efecto, el elemento veracidad en la información coadyuva en la ausencia de responsabilidades por parte de la Revista Noticias y en la apreciación de una conducta diligente por parte de los profesionales de la información involucrados.

A mayor abundamiento la Corte Suprema de Justicia estableció en otra instancia que “cuando lo afectado es el derecho a la intimidad, la excepción de veracidad no resulta legitimadora, pues la responsabilidad proviene de la indebida publicación o divulgación de hechos de la vida íntima, veraces o no”.

Indudablemente en el caso no pudo juzgarse como indebida la publicación en mérito al notorio interés público de la misma. Por tanto, alegar violación a la privacidad no es pertinente desde ningún punto de vista.

3.1.3 Consideraciones en relación con el consentimiento

Es considerado el núcleo central de la protección de datos. Se encuentra previsto en la mayoría de los ordenamientos jurídicos que tratan el tema de la protección de datos personales, con la excepción por ejemplo del régimen británico que lo contiene en forma indirecta.

Implica que es únicamente el interesado quien puede determinar cuándo, cómo y dónde podrán ser presentados sus datos en forma externa a sí mismo, esto es, puedan ser conocidos por un tercero. Así es que la persona deberá consentir a los efectos de que sea posible efectuar el tratamiento de sus datos personales.

Por lo tanto, puede establecerse como un corolario de este principio que no está permitido el tratamiento de los datos personales sin el consentimiento del titular de los mismos, a menos que la Ley se pronuncie en un sentido diferente.

De esta forma, existen una serie de supuestos que las legislaciones han incluido, y que eliminan la obligatoriedad del consentimiento, citándose las siguientes hipótesis, que no revisten un carácter taxativo:

- Obligaciones legales.
- Ejercicio de las funciones propias del Estado.
- Tratamiento derivado de una relación de tipo contractual.
- Extracción de los datos de fuentes públicas de información.

Por otra parte, es importante la consideración de la posibilidad de la revocación de este consentimiento por lo que es importante que no se le atribuyan efectos retroactivos evitando de esta forma la afectación a tratamientos de datos sucedidos con anterioridad y respecto de los cuales sí se verificaba la existencia de consentimiento.

Ahora bien, la instrumentación de este consentimiento deberá revestir un carácter de fundamental claridad, en el sentido de la determinación de cómo debe efectuarse éste, en la medida que de lo contrario podrían suscitarse inconvenientes relacionados con la prueba del mismo. Será entonces imprescindible determinar la aceptación o no aceptación del consentimiento de carácter tácito y de ser así, en qué oportunidades o si sólo se aceptará el consentimiento expreso y éste a su vez, debe ser escrito.

Es importante tener en consideración lo determinado por la Ley argentina que establece que no será necesario obtener el consentimiento cuando:

- “se recaben para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado o en virtud de una obligación legal;
- deriven de una relación contractual, científica o profesional del titular de los datos, y resulten necesarios para su desarrollo o cumplimiento;
- los datos se obtengan de fuentes de acceso público irrestricto,
- se trate de listados cuyos datos se limiten a nombre, documento nacional de identidad, identificación tributaria o previsional, ocupación, fecha de nacimiento y domicilio;
- se trate de las operaciones que realicen las entidades financieras y de la información que reciban de sus clientes conforme las disposiciones del artículo 39 de la Ley 21.526.”

Ahora bien, es menester asimismo tener en consideración las características específicas del caso.

La finalidad de la inclusión de fotografías acompañando las notas escritas pareciera ser presentar a los lectores un elemento de fiabilidad que apuntalaba a la credibilidad de la información que se manejaba en las mismas, con independencia que ésta provenía en muchos casos de la propia Sra. Meza. Y además pretendió poner de manifiesto situaciones irregulares con el manejo de una paternidad no reconocida jurídicamente mas sí en los hechos por el Presidente de la Nación, a lo que se adiciona la eventual existencia de dádivas, beneficios y prebendas a favor de quienes están presentes en las fotografías.

Además, podría considerarse que las fotos se obtuvieron de una fuente de acceso público irrestricto en mérito a que ya habían sido publicadas con anterioridad a lo efectuado por la Revista Noticias y por otra parte, éstas provienen de la Oficina de Prensa de la Presidencia de la Nación.

De acuerdo con lo señalado por tanto, no puede indicarse que estas fotos hubieren sido obtenidas bajo presión o persecución o mediante una violación a la privacidad del Sr. Menem sino todo lo contrario. Es más, por el clima de distensión que se visualiza en las mismas es posible suponer un consentimiento y hasta beneplácito en la toma de las mismas.

Ahora bien, la Corte Suprema indica que las imágenes “no autorizadas por el actor en el tiempo y en el contexto en que fueron usadas por el medio de prensa”, lo cual es correcto. Sin embargo, nada obsta a que aún sin el consentimiento específico de la persona que se encuentra en las mismas, éstas pueden ser publicadas en el entendido que se trata de una persona pública —político en el caso y además el Presidente de la Nación— y parecería abusivo pretender que frente a cada oportunidad de publicación de una imagen se debiera solicitar el consentimiento con las notas señaladas. Considérese lo indicado para las personas públicas, y particularmente para los políticos y su restricción en lo que hace a la esfera de la privacidad.

Además, es importante resaltar que el Sr. Menem es una persona que gustaba de publicar su vida privada en diferentes aspectos, y existen multiplicidad de ejemplos al respecto, por lo que tratándose de un hecho por otra parte conocido, con características de interés público y en muchos aspectos de dominio público, no es posible establecer una violación a la vida privada del Sr. Presidente.

El funcionario que abre las puertas de su vida privada mal puede agravarse porque los medios de prensa traspasen el umbral de su intimidad informando, con veracidad, a la

ciudadanía sobre ciertos matices de su ética personal que, necesariamente, inciden sobre su concepto de la ética pública en el ejercicio del mandato popular.¹⁶

En efecto, parece claro que no existió una injerencia arbitraria en su vida privada ya que el Sr. Menem con su conducta no contribuyó nunca al resguardo de la información personal que luego fuera condición de objeción.

De esta forma se concluye fácilmente que la publicación de las fotos de manera alguna implica que las imágenes constituyen una violación a la privacidad del Sr. Menem.

4.

DOCTRINA DE LA REAL MALICIA

En el considerando 4º de la Sentencia se establece que “cabe poner de relieve que no se encuentra controvertida en autos la veracidad de las informaciones difundidas por el semanario Noticias” determinándose a continuación que el reclamo no se funda en “su inexactitud sino en su carácter íntimo”.

A párrafo seguido se establece que

(...) debe recordarse que cuando lo afectado es el derecho a la intimidad, le excepción de veracidad no resulta legitimadora, pues la responsabilidad proviene de la indebida publicación o divulgación de hechos de la vida íntima, veraces o no (Tribunal Constitucional Español, Sala Segunda, sentencia 191/91, publicada en el Boletín Oficial del Estado n 274, del 15 de noviembre de 1991). Por ello deviene irrelevante para definir la cuestión la llamada doctrina de la “real malicia” invocada por los recurrentes, en tanto dicha elaboración jurisprudencial en la Corte Suprema de los Estados Unidos sería de adoptarse – solamente aplicable para el supuesto de publicaciones difamatorias o erróneas.

Sin embargo, la doctrina de la real malicia tradicionalmente ha implicado la existencia de una suerte de protección a los medios de comunicación con la consecuente restricción en algún sentido a la vigencia absoluta de los derechos personalísimos. Claro momento para establecer la condición de no absolutos de los derechos.

Para que un medio de prensa o un particular sea responsable jurídicamente con motivo del ejercicio de la libertad de expresión cuando ella recae sobre el desempeño de sus funciones por un funcionario público, se requiere:

¹⁶ BADENI, Gregorio, *El derecho a la vida privada de los funcionarios públicos*.

- 1) La prueba por el accionante de una manifestación difamatoria.
- 2) La prueba por el accionante sobre la inexactitud de la expresión.
- 3) La prueba por el accionante de que la emisión de la expresión fue hecha teniendo conocimiento de que era falsa (dolo directo) o con una temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad (dolo eventual), como expresión de una indiferencia egoísta sobre la producción del hecho lesivo.

La prueba de una mera conducta culposa resulta insuficiente para afirmar aquella responsabilidad¹⁷.

En mérito a lo señalado es imprescindible la consideración del significado de la doctrina de la real malicia, su adopción por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina y su aplicación en el caso.

En efecto, al momento de la construcción de la doctrina de la real malicia los desarrollos efectuados en los Estados Unidos de Norteamérica parten de la consideración del fallo en el caso “New York Co. vs. L.B. Sullivan” en el año 1964.

En éste la Corte Suprema de Justicia Norteamericana determinó que los comentarios que fueron vertidos en relación con la conducta de ciertos funcionarios públicos tienen incluida una tuición que solamente puede negarse a los efectos de probar la mala intención. Así es precisa la consideración de una conciencia vinculada con la falsedad de las noticias que se publican o un notorio desprecio por su falsedad o veracidad. Al mismo tiempo se invierte la carga de la prueba la que pasa al presuntamente afectado que será quien deba acreditar la malicia por parte de quien publicó la noticia relacionada con la situación invocada.

Con el paso de los años se ha producido una ampliación en los desarrollos de este máximo Tribunal vinculados con el tema, habiéndose considerado entonces:

- Una ampliación del ámbito de aplicación de la doctrina a las figuras públicas con poder de decisión en los asuntos públicos con independencia de su condición de funcionario público.
- Una ampliación a la consideración del carácter de asunto público de la cuestión ventilada.

Ahora bien, en la jurisprudencia argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación también adoptó esta doctrina con las correcciones y adaptaciones correspondientes a su idio-

¹⁷ BADENI, Gregorio, *El derecho a la vida privada de los funcionarios públicos*.

sincrasia jurídica, sin perjuicio de la existencia de detractores de la misma por considerarla por lo menos “extranjerizante”.

Sin embargo, “su génesis constitucional avala la aplicabilidad de la doctrina en el sistema jurídico argentino que se nutre, al igual que la Constitución de los Estados Unidos, en los principios fundamentales del secular movimiento constitucionalista”¹⁸.

Ahora bien, avanzando en su configuración y en su determinación en la jurisprudencia argentina, es menester señalar que ésta fue adoptada en tanto estándar para colaborar en la solución de casos en los que la libertad de prensa se ve cuestionada y como una forma de evaluar las conclusiones dadas por los tribunales y, en su mérito, revocarlas en caso de ser necesario cuando no se corresponden con las previsiones de tipo constitucional en que éste se verifica asentado.

De esta forma se ha indicado que “tratándose de informaciones referidas a funcionarios públicos, figuras públicas o particulares que hubieran intervenido en cuestiones de esa índole, cuando la noticia tuviera expresiones falsas o inexactas, los que se consideran afectados deben demostrar que quien emitió la expresión o imputación conocía la falsedad de la noticias y obró con conocimiento de que eran falsas o con notoria despreocupación por su veracidad”¹⁹.

No sucede lo mismo en el caso de las personas no públicas, ya que en estos casos la propagación de una noticia de carácter difamatorio de un particular generará la responsabilidad inmediata del medio de comunicación.

Sin embargo, es necesaria la distinción según establece la propia Corte Suprema en mérito a que “las personas privadas son más vulnerables que los funcionarios públicos puesto que éstos tienen un mayor acceso a los medios periodísticos para replicar las falsas imputaciones y porque los particulares necesitan una amplia tutela contra los ataques a su reputación mientras que los funcionarios públicos se han expuesto voluntariamente a un mayor riesgo de sufrir perjuicio por noticias difamatorias”²⁰, siendo que además este criterio de responsabilidad refiere en definitiva a un elemento de sustancia en la consideración de los principios republicanos vinculados con la libertad de imprenta.

¹⁸ BADENI, gregorio, *La doctrina de la real malicia*, Disponible en:

<http://www.academiaperiodismo.org.ar/publicaciones/ANP%20Badeni.pdf>

¹⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Caso Patitó, José Ángel y otro c. Diario La Nación y otros*, Sentencia de 12 de marzo de 2008.

²⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Caso Costa, Héctor R. c/ Municipalidad de la Capital y otros*, Sentencia de 12 de marzo de 1987.

De todas formas es central en la consideración de su ponderación en los diferentes casos la incidencia que pudiere tener en relación con el factor de atribución y la carga de la prueba.

Asimismo, la adecuada valoración de esta doctrina está implicando una remisión a la armonización que corresponde de los diferentes derechos en pugna – derecho/libertad de información y derechos personalísimos, privacidad/datos personales/imagen – siendo por tanto central la delimitación del contenido que requiere considerar su finalidad de tipo histórico y otras que aparecen y desaparecen en el devenir histórico.

Así las cosas, y desde una óptica estrictamente de responsabilidad civil no es congruente prescindir de las reglas que la regulan para excluir la responsabilidad del medio de comunicación cuando recae en culpa dado que no existen contradicciones entre las normas del Código Civil y aquéllas constitucionales que resguardan la libertad de expresión que pudiere justificar tal desatino.

Los principios que constituyen la doctrina de la real malicia se aplican a una situación debidamente demarcada que guarda relación con la esencia del sistema político. Quedan excluidos de su ámbito los individuos que no son funcionarios gubernamentales ni figuras públicas y que tampoco pueden ser relacionados con temas institucionales o de relevante y justificado interés público. En este último caso, es viable aplicar los contenidos de las normas penales y civiles vigentes porque el ejercicio de la libertad de expresión se habrá concretado en una dimensión meramente individual.

La doctrina de la real malicia, sin perjuicio de la evolución constante que se opera en su contenido, presenta la ventaja de posibilitar el amplio desenvolvimiento de la libertad de prensa en sus dimensiones institucional y estratégica. No se trata de una formulación arbitraria destinada a provocar un privilegio para una libertad constitucional. Es una doctrina esencialmente coherente con los postulados de una democracia constitucional y que, por supuesto, no tendría asidero alguno en el marco de un sistema político autocrático donde, necesariamente, la libertad de prensa no puede tener carácter institucional ni estratégico.²¹

En mérito a lo señalado es preciso entonces considerar cuáles son los requerimientos esenciales para su aplicación:

— Sujetos alcanzados por la doctrina

²¹ BADENI, Gregorio, *La doctrina de la real malicia*

En relación con quiénes se verifican alcanzados por la doctrina de la real malicia se ha señalado que es necesario efectuar una distinción en relación con la calidad del sujeto pasivo de la difamación; en efecto, se deberá tratar de informaciones que refieran a funcionarios públicos, figuras públicas o particulares que tuvieran intervención en cuestiones de interés público.

La siguiente determinación refiere entonces, a qué debe entenderse constituye una figura pública. En este sentido, Muñoz Machado establece que son figuras públicas “aquéllas que por sus actuaciones, forma, modo de vida o por haber adoptado una determinada profesión, crean en el público un legítimo interés en su actividad asuntos y carácter que los llevan a ser personajes públicos y que entonces entran en zona de riesgo, casi consentido porque forma parte de su *metier*.”²²

Ahora bien, bajo esta lógica no se encuentran incluidas noticias que involucran a personas públicas en aspectos concernientes a su vida privada que no ofenden la moral o las buenas costumbres, ni cuando no se verifican asuntos de tipo institucional o de interés público.

En el caso, pareciera que la Corte Suprema al entender que se trata de hechos no controvertidos por verdaderos, y en mérito a tratarse de algo privado, no merece la consideración de tipo institucional, interés público o violatorio de la moral o las buenas costumbres. En cualquier caso, estas hipótesis no son compatibles sino cuestionables y se considera exactamente lo opuesto precisamente en razón de quiénes son los involucrados en el asunto.

Sumando en esa dirección la propia Corte Suprema ha establecido en relación con cuáles son los aspectos que conciernen a la vida privada que

(...) en el caso de personajes célebres, cuya vida tiene carácter público o de personajes populares, su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad y siempre que lo justifique el interés general. Pero ese avance sobre la intimidad no autoriza a dañar la imagen pública o el honor de estas personas y menos sostener que no tienen un sector o ámbito de vida privada protegida de toda intromisión²³.

Sin embargo, además de afirmar lo señalado en el caso establece “efectivamente aún el hombre público que ve restringida la esfera de su vida privada con motivo de la exposición pública a la que se halla sometido por el desempeño de su función, tiene derecho a preservar un ámbito en la esfera de la tranquilidad y secreto que es esencial en todo hombre, en tanto

²² MUÑOZ MACHADO, santiago, *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Editorial Ariel, Madrid, 1988, pág. 82.

²³ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Caso “Ponzetti de Balbín, Indalina vs. Editorial Atlántida*, Sentencia de 11 de diciembre de 1984.

ese aspecto privado no tenga vinculación con el manejo de la cosa pública o medie un interés superior en defensa de la sociedad.”

Si bien es compatible en términos generales lo indicado no parece pertinente su aplicación al caso en mérito a que es por lo menos dudoso que los hechos constitutivos del mismo no recaigan en la lógica de la consideración de cosa pública o asunto de interés público, ya que se trata nada menos que del Presidente de la Nación y su hijo.

4.2. INFORMACIONES ALCANZADAS POR LA DOCTRINA

El problema en la invocación efectuada por los demandados radica en que las informaciones alcanzadas por la doctrina implican expresiones falsas o inexactas, lo que de manera alguna parece suceder en el caso.

En efecto, se produce una incongruencia importante en el sentido de que los hechos invocados, al no ser cuestionados se consideran aceptados y ciertos y por lo mismo la imputación de responsabilidad deja de ser por falsedad o difamación sino por violación a la privacidad y sólo en este punto podría considerársele razón a la Corte Suprema en su no aceptación de la doctrina en comento.

La Corte Suprema ha señalado en varias oportunidades la necesidad del carácter objetivamente falso de la información de que se trate.

En tal sentido sentenció “el principio de real malicia, a diferencia del test de veracidad, no opera en función de la verdad o falsedad objetiva de las expresiones, pues entra en acción cuando ya está aceptado que se trata de manifestaciones cuya verdad no ha podido ser acreditada, son erróneas o incluso falsas”²⁴.

Por otra parte, la publicación tiene que tratar sobre hechos, de manera alguna podría tratarse de referencias a opiniones ya que es la única forma de verificación en términos de verosimilitud o falsedad por tratarse de hechos verificables.

4.3 CARGA DE LA PRUEBA Y OBJETO DE LA MISMA

Se produce aquí una inversión de la carga de la prueba ya que quien invoca sentirse afectado por la difusión de noticias falsas o inexactas será quien deberá probar que quien lo profirió conocía de su falsedad y obrando despreocupadamente por la veracidad de la información de todas formas procedió a su publicidad.

A este respecto son interesantes las consideraciones del Procurador General y la Corte Suprema en el caso Patitó en el sentido de establecer que

²⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Caso Patitó, José Ángel y otro c. Diario La Nación y otros*.

(...) el análisis acerca del grado de conocimiento que debe tener el medio periodístico respecto de la falsedad de la noticia o su notable despreocupación tiene que hacerse colocándose el juzgador en el momento en que aquélla se produce, o sea “ex ante”, es decir con el conocimiento incompleto de una cuestión que puede estar siendo discutida y no “ex post”, o con el conocimiento al que se llega respecto de una cuestión de hecho al final del proceso de discusión. Debe así situarse en elemento en que el emisor propaló la noticia para verificar qué elementos tenía disponibles y qué grado de diligencia empleó para verificar su grado de exactitud²⁵.

Además, las personas públicas de manera alguna podrán efectuar atribuciones de responsabilidad a los medios de comunicación por el simple hecho de probar que la información que difundieron tienen características de inexactitud sino que, deben adicionarle a esto la condición de falsedad y difusión deliberada con conocimiento de tal entidad.

Por otra parte y en lo que a derecho a la imagen se refiere el señalado artículo 31 de la Ley de Propiedad Intelectual determina la exigencia de consentimiento para la utilización de la imagen de una persona y la carga de la prueba del consentimiento recae en quien la alega de forma tal de evitar las reclamaciones del titular de la imagen y por lo mismo la interpretación debe ser estricta.

4.4 MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN ESTIPULADA

Finalmente, pretendiendo nuevamente una suerte de disciplina política en el periodismo, la Sentencia indica “en cuanto al monto de la indemnización, cabe tratar el agravio de los recurrentes pues es evidente que el quantum del resarcimiento, si bien constituye un factor disuasivo de las conductas ilícitas, también puede convertirse, en caso de exceso, en factor de debilitamiento del desempeño de la prensa responsable. En ese sentido el monto no debe ser simbólico ni ínfimo, pero tampoco debe entrañar un enriquecimiento sin causa del reclamante – que sólo ha promovido acción en nombre propio – y debe guardar equilibrio con la configuración que el propio sujeto lesionado ha dado al ámbito de reserva tutelado lo cual determina la medida en que la conducta del medio de prensa merece la calificación de arbitraria”.

Ahora bien, es importante considerar que en la normativa argentina, no se verifica la existencia de un criterio consistente para la determinación del monto indemnizatorio. La fórmula consiste en la evaluación y ponderación del daño sufrido y en consecuencia determinar un monto que se entiende equivalente al perjuicio sufrido.

²⁵ IBARLUCÍA, Emilio, “Nuevas precisiones sobre las reglas de las doctrinas “Campillay” y de la real malicia”, en La Ley 2008 N° 3, Buenos Aires, 2008, pág. 306.

En la medida que en muchos casos se trata de daño moral, se verifica entonces, discrecionalidad absoluta a los efectos de proceder a tal determinación.

En el caso, notoriamente es lo que ha sucedido dado que en ninguna de las sentencias se menciona el criterio seguido para la determinación de montos además tan disimiles como los condenados en la Cámara y en la Corte. Así es que los jueces han decidido la determinación de montos sin ninguna determinación de parámetros objetivos.

Al menos la Corte Suprema de Justicia debería haber tenido en cuenta afirmaciones como la siguiente y no avanzar confirmando una sanción al periodismo que lejos de cumplir con la finalidad manifestada, estaría concretando una suerte de limitación en la prensa con todas las conocidas consecuencias que eso acarrea.

El juez tiene la facultad de graduar el monto, según las circunstancias del caso y atendiendo al hecho generador del daño. En tal sentido se han apreciado las condiciones que rodean el caso. Tratándose de personajes célebres se ha amparado ciertos aspectos de su vida, como por ejemplo la presunta paternidad extramatrimonial, pero siempre que tales personajes no tengan vinculación con el manejo de la publicidad y no medie un interés superior de la sociedad. En ese caso para la indemnización se deben ponderar diversos factores, como ser la configuración que el propio sujeto ha dado a su ámbito de reserva porque va de suyo que si lo ha desprovisto voluntariamente de tal reserva, no podría reaccionar ni quejarse después; así también los factores de disuasión que ha utilizado para impedir las conductas lesivas. Además, los fallos se han cuidado de no exagerar la protección de estos personajes, por cuanto el exceso tutelar podría debilitar el desempeño de la prensa responsable. Pero ello no quita que por su naturaleza no se conceda una reparación simbólica, así como tampoco una que implique un enriquecimiento indebido.²⁶

Ahora bien, si se hubiera hecho una correcta ponderación, el resultado reparatorio no habría sido el que se produjo. El régimen de daños que debió considerarse tendría que haber analizado por un lado lo establecido a los efectos de la protección de la privacidad de las personas y por otro lado el derecho a la información en su doble vertiente de autonomía personal por un lado e interés de tipo social por otro.

Indudablemente se trata de un tema complejo ya que se verifica la existencia de un derecho como el de la información que en determinados supuestos puede ser pasible de responsabilidad por daños. Indudablemente en el caso se consideró desde el principio que así se presentaron los hechos y por tanto recayó la obligación de resarcimiento sobre los periodistas.

²⁶ CIFUENTES, SANTOS, *Derecho a la intimidad*, en Homenaje a los Congresos de Derecho Civil, Tomo I. Disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/biblioteca/biblioteca-virtual/homcongresotomo1.pdf>

Sin embargo, parece imprescindible avanzar en la consideración de las asignaciones de las correspondientes responsabilidades por daños pero sin que esto implique restricciones que determinen a la postre la inhibición de la prensa, ya que de suceder el objetivo se verificará incumplido.

Así es que es absolutamente central la determinación en forma concreta del daño que debe ser reparado sobre todo cuando se trata de un daño moral. La indeterminación de criterios en este sentido conspira contra los objetivos de disuasión ejemplarizante que se pretenden en la sentencia.

Indudablemente recurrir al estándar de la doctrina de la real malicia ya asumido por la Corte Suprema de Justicia habría sido lo adecuado, sin embargo, no fue considerado siquiera, dado que conocido es que esto habría implicado una presunción favorable para la libertad de expresión y el derecho a la información, resultado a todas luces no querido.

5.

CONCLUSIONES

El rol institucional que desempeña la prensa en un sistema democrático constitucional impone la necesidad de relativizar los derechos individuales lesionados con una publicación. Es cierto que la finalidad última de aquel sistema reside en la consagración de la libertad y dignidad del hombre. Pero también es cierto que para alcanzar semejante objetivo se han implementado una serie de técnicas y mecanismos sin cuyo funcionamiento dichos propósitos se tornan irrealizables.

Tal es lo que acontece con las instituciones políticas y los derechos políticos que contiene la Constitución Nacional como medios indispensables para establecer y consolidar el sistema en cuyo marco se concreta la libertad y dignidad del hombre.

Por tal razón, las libertades individuales no son absolutas, no solamente para armonizarlas con las libertades de los demás, sino también para hacer posible el funcionamiento del sistema político.²⁷

Considérese que sin libertad de expresión, sin libertad de información no se verifica en forma efectiva la posibilidad de “la libertad”, sin embargo, la exigencia de responsabilidad puede unirse con el presupuesto de la libertad.

²⁷ BADENI, Gregorio, *La doctrina de la real malicia*.

De esta forma es posible una concepción que determine a la responsabilidad como la contracara de la libertad, verificándose la primera como de carácter operativo frente a las posibles repercusiones de índole pública que puedan generarse a partir de la información.

En definitiva, el derecho a la privacidad que tutela el art. 19 de la Constitución, no es absoluto y, en el caso de los gobernantes, queda subordinado a la necesidad de acreditar permanentemente su idoneidad ética mediante un comportamiento ejemplar y conforme a las exigencias provenientes de los valores morales que albergan los gobernados. Sancionar a los medios de prensa porque satisfacen el derecho a la información de la ciudadanía sobre el comportamiento ético de sus mandatarios, es abrir las compuertas para fomentar el desarrollo de la hipocresía, de la impunidad social, de la corrupción y la inmoralidad.

Esta limitación a la vida privada de los funcionarios y hombres públicos no importa la negación de ese derecho sino, solamente, reducir el ámbito de su libertad a la intimidad por razones de orden público, moral pública y las que son propias de un sistema representativo y republicano de gobierno. Tales razones privan de arbitrariedad a ciertas injerencias en la vida privada de los funcionarios y hombres públicos.²⁸

Indudablemente a nivel jurisprudencial no es viable una asunción a priori de un derecho prioritario frente a la posibilidad de existencia de tensiones entre los derechos a la privacidad y a la información; es imposible una determinación abstracta y a priori de las mismas. De esta forma, se rechazan sin dudas, aquellas concepciones que anticipadamente determinan prelación inexistentes tanto a nivel normativo cuanto de principio.

A lo establecido debe adicionarse que de esta forma en “este territorio tensional gana en utilidad la técnica de la ponderación, asociada al juicio de razonabilidad y particularmente al principio de proporcionalidad, como herramienta apropiada para formular un “enunciado de preferencia condicionada” que brinde una jerarquía axiológica móvil, útil para el caso concreto pero que no impide una respuesta diferente en otro supuesto”²⁹.

Asimismo, corresponde indicar la sistematización efectuada por Bustamante Alsina quien establecía que desde el punto de vista civil es aplicable para la determinación de la responsabilidad con motivo del ejercicio de la libertad de expresión los siguientes principios:

- 1) Quien ejerce el derecho de informar debe procurar ser veraz y no agraviar.
- 2) Conforme al artículo 1109 del Código Civil, siempre es necesario probar la culpa o dolo de quien ejerce la libertad de expresión. En nuestra legislación, el

²⁸ BADENI, Gregorio, *El derecho a la vida privada de los funcionarios públicos*.

²⁹ PRIETO SANCHÍS, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Carbonell, Miguel (editor) *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª edición, Editorial Trotta, Madrid, 2005, págs. 123 a158.

- ejercicio de ese derecho no acarrea responsabilidades objetivas y, en cada caso concreto, se impone la prueba del dolo o culpa del emisor.
- 3) El dolo y la culpa no se presumen, y corresponde su prueba al demandante.
 - 4) Conforme al artículo 1071 del Código Civil, la libertad de expresión no puede ser ejercida en forma abusiva y ocasionar daños innecesarios. Tal es lo que acontecería si se difundieran hechos carentes de interés público, o que superaran los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.
 - 5) Según el artículo 1071 bis del Código Civil, mediante la libertad de prensa no es lícito entrometerse arbitrariamente en la vida ajena, ocasionar un daño.

Ahora bien este principio debía ser atenuado cuando se trataba de “personajes públicos que tienen una vida pública en el medio social en que actúan y dentro de ella existe un tácito consentimiento en exponerse a la información y a la crítica.”³⁰

Ahora bien, en vínculo con lo indicado en los párrafos precedentes, debe sindicarse que el derecho de búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de diferente índole posee una eminente ubicación de importancia, sin perjuicio que no prescinde de la responsabilidad ante la justicia por la posible comisión de delitos durante su ejercicio dado que no se pretende precisamente, atribuir seguridades de impunidad a la prensa. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que “el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita ante el ejercicio abusivo de la libertad de pensamiento y expresión”³¹.

A lo indicado debe adicionarse que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado en otra oportunidad que “los remedios reparadores son los establecidos normativamente y deben ser los estrictamente necesarios para asegurar una adecuada medida de protección a los otros derechos en tensión, ya que la ligereza en la ponderación de los presupuestos de la responsabilidad conspiraría contra la formación de una prensa vigorosa – en razón de la fuerza paralizadora y disuasiva de la obligación de resarcir – y ello entorpecería el desenvolvimiento de la función esencial de control de la cosa pública que lleva a cabo la prensa en una república”³².

³⁰ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Efectos civiles del ejercicio ilegítimo de la libertad de prensa”, en *El Derecho*. Buenos Aires, 16 de julio de 1992.

³¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Palamara Iribarne vs Chile*, Sentencia de 22 de noviembre de 2005.

³² SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Caso “Kimel, Eduardo G. y Singerman, Jacobo s/ art. 109 C.P.*, Sentencia de 22 de diciembre de 1998. Voto de los Dres. Belluscio y López.

Indudablemente, en función de lo establecido, el fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no es ajustado a derecho y sus argumentos no son acordes con la jurisprudencia y doctrina nacionales e internacionales en la materia.

Los principios que conforman la doctrina de la real malicia son de aplicación en situaciones con vínculo directo para con integrantes del sistema político, excluyéndose de esta forma a las personas que no son figuras públicas o no son personas relacionables con temáticas institucionales o de interés público.

Así es que en el caso, se trata de una doctrina que debería haber sido aplicada, con independencia de la falsedad o veracidad de la información; aunque indudablemente el reconocimiento de la veracidad de la misma inhibe la conformación de un procedimiento judicial dadas la connotaciones jurídicas y políticas del mismo.

El rol institucional que desempeña la prensa en un sistema democrático constitucional impone la necesidad de relativizar los derechos individuales lesionados con una publicación. Es cierto que la finalidad última de aquel sistema reside en la consagración de la libertad y dignidad del hombre. Pero también es cierto que para alcanzar semejante objetivo se han implementado una serie de técnicas y mecanismos sin cuyo funcionamiento dichos propósitos se tornan irrealizables.³³

Es insólito que la sentencia no mencione los hechos a que se hace mención en todo el proceso estableciendo simplemente una remisión a instancias anteriores en que éstos han sido referenciados.

Asimismo, las referencias a las fotografías teóricamente no autorizadas, son insostenibles en mérito a que quien las entregara fuera el área de comunicaciones de Presidencia de la Nación y que por el estilo de fotografía indudablemente se encuentra constituido el consentimiento del Sr. Menem.

No hay menciones, sin embargo, a la violación al derecho a la imagen que sería más adecuado a las circunstancias eventualmente, aunque no es la consideración efectiva que se postula, ya que la notoriedad del protagonista principal de las mismas asociadas a la historia, hacen ceder este derecho en un juicio de ponderación.

La pretensión de invertir el principio del derecho a investigar y hacer la difusión de la información es insostenible en el sistema que regula la normativa argentina vigente.

³³ BADENI, Gregorio, *La doctrina de la real malicia*.

Por otra parte, los antecedentes jurisprudenciales tanto argentinos como internacionales que son citados, merecen la calificación de meros distractores ya que nada tienen de relación con los hechos que se ventilan en este caso y nada aportan a la efectividad de la correcta dilucidación del mismo.

En mérito a lo señalado se concluye por tanto que, en relación con qué debe considerarse incluido dentro del núcleo del derecho a la información, el derecho de búsqueda, recepción y difusión de ideas e informaciones de diversa índole y, la recepción y conocimiento de la diferente información e ideas que sean difundidas, son parte esencial.

Asimismo, la idoneidad desde los diferentes puntos de vista de una persona para el ejercicio de cargos públicos y por tanto la primera magistratura de la Nación, así como las acciones que se ejecuten en el cumplimiento de sus tareas, verifican protección a los efectos de dar sostenibilidad al debate democrático. Es precisamente por esto que se encuentran más expuestos al permanente escrutinio público, posibilitado a través de los medios de comunicación, los que al poner en conocimiento de las diferentes situaciones a las personas no hacen otra cosa que cumplir con su deber, en mérito a su existencia en el marco de una sociedad democrática y plural.

De todas maneras, esto no implica que estas personas carezcan de derecho a la privacidad, mas éste cede en forma considerable no siéndoles efectivamente posible tener control sobre la difusión de información personal hacia el público.

Por otra parte, es menester entonces señalar que las restricciones al derecho a la información y a las libertades de expresión y de información, solo es posible en casos en que se verifica una necesidad justificada en una necesidad de índole social. Indudablemente éste no es el caso.

Así las informaciones que presentara la Revista Noticias lejos de implicar una violación a la privacidad, se constituyeron en un elemento imprescindible para el ejercicio del necesario contralor social que las personas deben realizar sobre las conductas de sus gobernantes. Es indiscutible el contenido de interés público que revisten las informaciones presentadas por la Revista y que dieron origen a este proceso.

En el mismo sentido parece por demás notorio el diferente umbral de protección de que goza la privacidad del Sr. Menem como para alegar violación a la privacidad y el notorio interés que sus acciones revisten para la Nación Argentina en su conjunto. Como ya se estableciera, quienes deciden ejercer actividad pública, voluntariamente se exponen al examen y evaluación de sus acciones por la colectividad lo que indudablemente conlleva un mayor riesgo de afectación a su vida privada.

La sentencia además, no realiza el correspondiente juicio de ponderación en relación con los derechos en juego considerando adecuadamente la importancia que en una sociedad democrática tiene el “debate abierto sobre temas de interés o preocupación pública.”³⁴

La Corte se concreta a sostener la existencia de una violación a la privacidad sin mayor explicación de las razones y sin hacer un análisis contextual lo que es verdaderamente inadmisibile y absolutamente cuestionable.

Renglón aparte merecen los montos “disuasivos” que se determinaron obligatorios para los codemandados, en los que la pretensión fue condicionar a la prensa y evitar la pluralidad, alineando a ésta con el poder político y evitando el debate plural que es precisamente la razón de ser de su existencia.

Es esencial la comprensión en definitiva que “cuando una persona convoca a la comunidad porque dice defender ciertos valores y luego en su vida privada los traiciona, esa información es de relevancia pública”. Y la justicia debe garantizar la acción de quienes coadyuvan al conocimiento de tal inconsistencia.

Para citar este artículo:

Nahabetian, Laura, “Tensión entre Derecho a la Privacidad y Derecho a la Libertad de Información” en *Revista de Derecho-UCU*, 11 (Julio 2015), pp. 179-210

Recibido: 15/04/2015

Revisado: 06/5/2015

Aceptado: 02/06/2015

³⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004.

La construcción retórica de la realidad en los juicios orales

Rhetoric construction reality in the oral trial

*Gerardo Ribeiro Toral**

RESUMEN: El artículo parte de una premisa fundamental: la realidad es una construcción discursiva y dialógica que crea signos y símbolos con los cuales la comunidad se identifica y, fundamentalmente, los reproduce constituyéndose ese discurso social en la idea de realidad en la que viven su cotidianeidad. Ese discurso llamado realidad se valida por la utilización que la comunidad hace del mismo para solucionar y comprender su vida cotidiana. La construcción de la realidad en los juicios orales es, entonces, una construcción discursiva, dialógica y argumentativa que encuentra su condición de verdad al ser aceptada por las partes como una narración autorreferencial que soluciona comprensivamente la disputa por los hechos presuntamente delictivo.

ABSTRACT: The article begins with a fundamental premise: reality is a discursive and dialogical construction that creates signs and symbols with which the community identifies

* Profesor de tiempo completo en Universidad de Guanajuato, México. E-mail: gerardo-rebeiro@hotmail.com

and fundamentally, constituting reproduces the social discourse on the idea of reality in your everyday living. That actually called discourse is validated by the community makes use of it to solve and understand their daily lives. The construction of reality in oral proceedings, then, a discursive, dialogic and argumentative construction that finds its truth condition to be accepted by the parties as a self-referential narrative that comprehensively solves dispute over alleged crimes.

PALABRAS CLAVES: Retórica. Ley. Discurso. Juicio oral.

KEYWORD: Rhetoric. Law. Discourse. Oral trial.

SUMARIO

I. La construcción retórica de la realidad **II.** La teoría del caso **III.** Las proposiciones fácticas **IV.** La pregunta que construye la realidad **V.** La pregunta que valida la idea de realidad. Conclusión.

El punto de vista crea el objeto.

De Saussure

I. LA CONSTRUCCIÓN RETÓRICA DE LA REALIDAD

Hay una clara diferencia entre la existencia material del mundo y el discurso que elaboramos acerca de esa materialidad del mundo. Al primero, al mundo material, al mundo atómico del que forma parte tanto la naturaleza objetiva como el hombre en su corporeidad, la denominaré presencia, mientras que a los discursos que nombran adjetivamente la relación del ser humano con la naturaleza objetiva los denominaré existencia. Así, entonces, todo lo que decimos acerca del mundo no es más que un discurso acerca de nuestras diversas ideas e interpretaciones sobre el mundo material y nuestras relaciones con él, así como la reflexión que hacemos sobre nosotros mismos. La realidad, entonces, desde esta perspectiva, se presenta como prácticas discursivas que tienen su propia lógica y orden y carecen del paradigma material para legitimarse. El sujeto en particular y la comunidad en general crean su propia realidad a partir de los discursos que construyen, por lo tanto, la realidad procesal es una creación de los hablantes que intervienen en el proceso como los abogados, fiscales, jueces, testigos, peritos, indiciados, en fin, todos aquellos que se acercan al juicio y dicen algo acerca del hecho disputado. Sin embargo, la naturaleza —o los hechos disputados en juicio— son indiferentes a los discursos y sus ideas de verdad por lo que el discurso de los hablantes deberá encontrar su propio sistema retórico discursivo autorreferencial para contrastar y legitimar sus afirmaciones a efecto de aceptarlas como “realidad procesal”. Esto significa, que una cosa es la realidad material del mundo (realidad material de la que formamos parte los seres humanos) y otra cosa es la existencia del mundo entendida como la urdimbre de discursos interpretativos acerca de lo que consideramos que es la realidad material y su relación con nosotros. Es una relación escindida la del hombre con la naturaleza cuando decimos cosas acerca de ella, cuando la conceptualizamos, la interpretamos y, sobre todo, cuando depositamos sobre ella nuestras valoraciones morales por medio de sistemas retóricos discursivos.

Este sistema retórico es el discurso comunitario construido desde los recursos gramaticales y los modelos textuales que al tiempo que crean la “existencia” de la realidad también crean su sistema retórico autorreferencial (como el discurso jurídico en juicio) para contrastar y legitimar sus afirmaciones ofrecidas como verdad. El discurso retórico crea la significación del mundo —y de las cosas en particular— y a esa oración autorreferencial la ofrece como verdad en espera de que sea aceptada por otros.

Así, Rorty¹ afirma que es verdad que el “mundo está ahí afuera, pero las descripciones del mundo no. Solo las descripciones del mundo pueden ser verdaderas o falsas. El mundo de por sí —sin el auxilio de las actividades descriptivas de los seres humanos— no puede serlo.”

Por lo tanto, la realidad es una construcción discursiva y dialógica que crea signos y símbolos con los cuales la comunidad se identifica y, fundamentalmente, los reproduce constituyéndose ese discurso social en la idea de realidad en la que viven su cotidianidad. Ese discurso llamado realidad se valida por la utilización que la comunidad hace del mismo para solucionar y comprender tanto su vida cotidiana como sus teorías académicas sobre la naturaleza, también denominado mundo material, a tal grado que, al decir de Feyerabend, “los grupos que detentan el poder tratan las ideas que pertenecen a sus programas de investigación como si fuesen trozos de la realidad.”² La influencia es tal que esas significaciones sobre la realidad no solo se imponen como condición de verdad en la academia (que es en donde la interpretación adquiere el rango de verdad al justificarse desde el concepto de racionalidad y desechar dichos, pareceres y opiniones) sino que se transforman en reformas educativas, proyectos de investigación prioritariamente financiables o políticas de salud pública, entre otras acciones que modifican la realidad cotidiana desde la construcción de esas nuevas interpretaciones.

La construcción de la realidad en los juicios orales es, entonces, una construcción discursiva, dialógica y argumentativa que encuentra su condición de verdad al ser aceptada por las partes como una narración autorreferencial que soluciona comprensivamente la disputa por los hechos presuntamente delictivos.

En este sentido, la realidad a la que se hace alusión en el proceso judicial no es el mundo material, no se refiere a la presencia atómica del mundo, sino que la realidad en el proceso judicial es una construcción retórica discursiva que las partes construyen desde acciones retóricas como la narración, la descripción y la argumentación y estas acciones discursivas

¹ RORTY, Richard. *Contingencia, ironía y solidaridad*. Paidós, Barcelona, 1991. P. 25.

² FEYERABEND, Paul. *La conquista de la abundancia. La abstracción frente a la riqueza del ser*. Paidós, Barcelona, 2001. P. 248.

tienen el objetivo de probarse a sí misma. El hecho material en disputa judicial —el hecho en sí— nunca llega a constituir la realidad del proceso, son los discursos autorreferentes de las partes lo que constituye indubitablemente el objeto final de la *litis* judicial. En este sentido habrá que decir que los objetos, la naturaleza toda incluyendo a las personas— solo adquieren significación cuando una persona los describe y, posteriormente, les adjudica un adjetivo calificativo. Es la descripción discursiva y el adjetivo lo que se ofrece como realidad verdadera. En este sentido, entonces, no es la acción *kinética* de privar de la vida a otro lo que constituye la materialidad del proceso, sino que son los discursos que se refieren a esa acción (como el concepto de delito, las periciales médicas y químicas y las narraciones de los testigos entre muchos otros discursos puesto a discusión) y a los objetos participantes de esa acción lo que está siendo objeto, en primer lugar de prueba y, en segundo lugar, de constituirse en un concepto que califique los discursos probados como posible delito.

La realidad en el proceso judicial penal se construye desde los diversos discursos que el sistema judicial, las partes, los testigos y los peritos ofrecen. Ese cúmulo de discursos que se presenta formalmente desde diversos géneros textuales, tales como la narración, descripción, la explicación, la argumentación y el testimonio, constituyen la realidad procesal. La urdimbre textual, el entramado discursivo es lo que construye la realidad en los juicios orales penales. El mundo material, como objeto, es completamente ajeno al proceso. Son las intencionalidades procesales de las partes y las intencionalidades institucionales (jurisprudencias, por ejemplo) las que se manifiestan discursivamente y esos discursos ocupan el lugar de los objetos materiales y de las acciones *kinéticas* de las personas. Cuando en el proceso se dice “el occiso” en realidad no se está nombrando un cuerpo sin vida, sino que se están nombrando un texto literario (una oración) que describe un cuerpo humano con ciertas características. La palabra del fiscal tiene como referente la palabra del médico legista. La muerte de un sujeto, como tal, no es más que un hecho biológico, pero la comunidad, al estigmatizar ciertas formas de privación de los signos vitales considera que esa acción es un delito. Por cierto, cosa inexistente en la naturaleza por lo que el delito no es más que un vocablo creado que ha encontrado en otros vocablos cierta legitimidad social y legal. En resumen, realidad procesal significa un conjunto de discursos que se presentan contruidos desde diferentes géneros literarios (narración, descripción, explicación y argumentación) que proponen un modo particular de comprender un hecho determinado.

Los discursos procesales —los discursos de los jueces, los abogados y los fiscales—, entonces, se refieren a esos discursos contenidos en los expedientes: la palabra tiene como referente otra palabra y construye su veracidad desde los recursos retóricos. Esto es, la prue-

ba de una palabra no es la referencia a la materialidad del mundo sino a otra palabra. Un documento (un discurso) es verdadero y legal (acta de nacimiento) porque otro documento —discurso— (Código Civil), que tiene las características que otro documento (discurso) establece, afirma que es verdadero (Constitución). Así, un título de propiedad (discurso) es un título de propiedad porque una ley (otro discurso) así lo establece, es decir, lo hace real. Pero ese discurso (la ley) puede decretar la inexistencia de esas características como elementos constitutivos de un título de propiedad y decretar otras características del documento por lo que el primera es verdad hasta en tanto coincida con un discurso jerárquicamente superior y deja de ser verdad cuando el discurso jerárquicamente superior así lo decreta. Lo que llega a constituir la realidad procesal no son los objetos materiales que las partes o que los peritos utilizaron para realizar tal o cual prueba, sino que lo que constituye la realidad es la discursividad interpretativa que las partes y los peritos hacen sobre una prueba material. Esa interpretación será el referente material de un discurso argumentativo enunciado por la triada procesal (ya no el objeto en sí) y lo que se afirmará o negará no es la materialidad de la disputa, sino el discurso interpretativo de las partes o del perito sobre la prueba ofrecida. El paradigma para decretar la afirmación o negación de una interpretación sobre la realidad son un conjunto de conceptos, prejuicios, tradiciones y estereotipos que forman parte de nuestro discurso y que condicionan nuestra percepción al grado de determinar lo bueno y lo malo, lo bello y lo feo, lo útil y lo inútil, etcétera, desde la coincidencia o no coincidencia de esas descripciones con las estandarizaciones interpretativas que poseemos y consideramos verdaderas.

Lo anterior es posible porque la idea de sociedad que se reivindica en esta teoría retórica del derecho penal tiene un carácter dual que va desde la facticidad objetiva al significado subjetivo constituyendo, así, una idea de realidad particular que va más allá de la idea de “cosa” como lo reivindican Berger y Luckmann³. Esta realidad sui generis es la realidad de la vida cotidiana que, al decir de estos autores, se presenta ante nosotros como una realidad interpretada, heredada por mis antepasados y contemporáneos porque a ellos les otorga el significado subjetivo de un mundo coherente. Este mundo coherente para ellos es el mundo en el que vivo e interactúo con otros, así, vivo en un lugar en donde todo tiene nombre, en donde todo ya está significado antes de que yo apareciera en ese mundo, luego, pues, a un lugar objetivo lleno de significaciones ya pre establecidas por los otros, “de esta manera el lenguaje marca las coordenadas de mi vida en la sociedad y llena esa vida de objetos significativos.”⁴ Mi mundo es el mundo discursivo heredado, pero reconozco que a ese mun-

³ BERGER, Peter L. LUCKMANN, Thomas. *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires, Amorrortu editores, 1995. P. 35

⁴ BERGER, Peter L. LUCKMANN, Thomas. *La construcción social de la realidad*. P. 39

do mío lo comparto con otras personas (y sus mundos significativos) por lo tanto interactúo con ellos por medio de la comunicación: interactúan mi mundo significado con otros mundos significados, a veces parecidos, otras veces diferentes, pero siempre hay correspondencia entre mis significados y sus significados porque sé que compartimos un sentido común de la realidad. Esta idea de sentido común, de vida cotidiana compartida con los otros es la realidad, es la idea de realidad y no requiere verificaciones, constataciones, “está ahí, sencillamente, como facticidad evidente de por sí e imperiosa. Sé que es real. Aun cuando pueda abrigar dudas acerca de su realidad, estoy obligado a suspender esas dudas puesto que existo rutinariamente en la vida cotidiana.”⁵

Ahora bien, todo el mundo objetivo con el cual convivimos se sustenta en las significaciones del lenguaje, así, las emociones aprendidas se manifiestan objetivamente: “el amor se siente como mariposas en el estómago” por lo tanto, quién no tenga esa reacción física, objetiva, acordada por todos y vivida cotidianamente no siente amor. Pero llevado al mundo externo a mí, una vocal como la E atravesada por una raya significa no estacionar, y un arma apuntando a mí significa violencia. Pero todo ello no son más que significaciones consensuadas. La vida cotidiana no es más que lenguaje compartido con mi comunidad, pero lo que comparto no son solamente los signos (significantes) sino, fundamentalmente, lo que comparto son las significaciones, el sentido que le confiero a la vida cotidiana, “por lo tanto, la comprensión del lenguaje es esencial para cualquier comprensión de la realidad de la vida cotidiana.”⁶ Mi experiencia personal, entonces, se desenvuelve e interactúa dentro de un conjunto de significaciones a priori del mundo, al grado tal que esas significaciones son enormes “edificios de representación simbólica que parecen dominar la realidad de la vida cotidiana como gigantescas presencias” (...) al grado de “presentarlos como elementos objetivamente reales en la vida cotidiana.” De esta manera, concluyen Berger y Luckmann, el simbolismo y el lenguaje simbólico llegan a ser constituyentes esenciales de la realidad de la vida cotidiana y de la aprehensión que tiene de esta realidad el sentido común. Vive todos los días en un mundo de signos y símbolos.”⁷

La realidad, entonces, en el proceso judicial penal se construye discursivamente —como en la vida cotidiana— utilizando recursos retóricos formales tales como los gramaticales, las funciones del lenguaje, la estructura y los recursos del discurso y los modelos de argumentación retórica para construir y habitar realidades simbólicas. Estas acciones retóricas formales (entendiendo por acciones retóricas a las acciones del lenguaje sobre el lenguaje)

⁵ BERGER, Peter L. LUCKMANN, Thomas. Op. Cit. P. 41

⁶ BERGER, Peter L. LUCKMANN, Thomas. Op. Cit. P. 55

⁷ BERGER, Peter L. LUCKMANN, Thomas. Op. Cit. P. 59

construyen los contenidos informativos simbólicos (no que se obtienen) con las siguientes acciones procesales del juicio oral penal, a saber: teoría del caso, interrogatorio y contra interrogatorio. En estas etapas procesales se construye la realidad procesal al construir las significaciones del mundo factual por medio de técnicas empleadas en la declaración testimonial, en la interrogación a testigos, peritos, etcétera y comunicadas en una narración persuasiva denominada teoría del caso tanto en el discurso de apertura como en el discurso de clausura.

La realidad en el proceso judicial es una construcción discursiva formal que se realiza desde la retórica (acciones del lenguaje sobre el lenguaje) utilizando las técnicas del juicio oral y, por lo tanto, el mundo semántico referencial que lo constituye es la información entendida desde esta perspectiva como interpretaciones que aportan las partes en juicio para ofrecer un discurso calificado como verdadero.

Lo que se examinará a continuación es un conjunto de recursos técnicos de litigación oral provenientes de diversas experiencias jurídicas desde una perspectiva epistemológica. Esto quiere decir que no se hará un recetario de técnicas, sino que el objetivo de la presente reflexión es demostrar cómo a partir de acciones del lenguaje sobre el lenguaje se construye retóricamente la realidad simbólica en el proceso judicial, misma construcción discursiva que se ofrecerá como interpretación jurídicamente verdadera de lo ocurrido.

Esta teoría retórica del derecho penal considera a la realidad procesal y a la idea de verdad como construcciones discursivas autorreferenciales que se hacen utilizando las acciones del lenguaje sobre el lenguaje para construir las oraciones fácticas que permiten introducir las pruebas y los enunciados interrogativos que permiten construir la consistencia o la inconsistencia de las narraciones. Estas oraciones fácticas e interrogativas se utilizan según sea, por una parte, el auditorio al que va dirigido el discurso (juez o testigo) y, por otra parte, según sea la intencionalidad del hablante (convencer, persuadir o seducir).

II.

LA TEORÍA DEL CASO

La realidad fáctica no llega nunca al proceso judicial, son las narraciones, explicaciones y descripciones de los hechos parciales, fragmentadas y subjetivas, realizadas por muchas personas, las que componen la idea de realidad del caso y se encuentra controvertida por las partes. Por ello, tanto las partes como el juez, elaboran versiones con el objetivo de convencer, persuadir o seducir a los otros de que sus versiones son las más verosímiles o por lo menos más

verosímil con relación a las otras versiones puestas en juego en el juicio. Por lo tanto el juicio no es más que el acto de creación de una narración verosímil para un auditorio especializado que consiste en verbalizar discursos para que el auditorio judicial saque conclusiones deductivas, inductivas, por analogía, por inferencias, mismas que se ofrecen argumentativamente. Todas estas acciones del lenguaje sobre el lenguaje son estrategias construidas desde técnicas específicas y puestas al servicio de la versión que se está ofreciendo al juez. La única manera de que un juez pueda valorar lo que razonablemente ocurrió depende de que las partes le presenten una narración coherente, clara, completa y verosímil de lo ocurrido. Las versiones en competencia requieren de excelencia en el manejo de la retórica a efecto de exponer con eficacia la versión de los hechos, relacionados con la ley que los reglamenta y las pruebas que lo acreditan.

La Teoría del caso, entonces, es la narración (interpretación plausible) que las partes ofrecen al juez sobre lo ocurrido y la ofrecen desde la interacción que se establece entre la hipótesis fáctica (los hechos penalmente relevantes), la hipótesis jurídica (los fundamentos jurídicos que los describen) y la hipótesis probatoria (las pruebas que sustentan esa afirmación).

Desde la perspectiva que se está construyendo en el presente artículo, lo fáctico no debe entenderse como lo ocurrido materialmente sino que debe entenderse como lo ocurrido que es coherente con la teoría del caso que presentamos y que puede ser probado por nosotros. El espacio de lo jurídico debe entenderse en la interpretación, es decir, en la construcción del sentido que nosotros realizamos al enunciado penal en relación al caso concreto. La argumentación jurídica, que consiste en la construcción del sentido del enunciado penal en relación al caso concreto, es lo que constituye el espacio jurídico en la Teoría del Caso. Es decir, relacionar interpretativamente (toda argumentación está condicionada por el lugar que el intérprete ocupa en la triada procesal) los elementos del tipo penal con la conducta, probada o supuesta, del indiciado. No es la textualidad de la ley lo que se relaciona con los hechos, sino la interpretación que nosotros hacemos del tipo penal con los hechos, que también son interpretados y probados. De lo anterior se deriva la no responsabilidad, la responsabilidad, el dolo o la ausencia de dolo, agravantes o causas exculpatórias, etcétera. Una vez establecidos los hechos considerados relevantes para la teoría del caso que las partes reivindicán, se deberá relacionar esos hechos con las pruebas admisibles y pertinentes que acrediten los hechos relevantes. La hipótesis probatoria es el recurso por virtud del cual las partes cumplen la promesa formulada en la Teoría del caso.

La Teoría del caso se presenta, procesalmente, en el Discurso de apertura y es una promesa que el fiscal y el abogado defensor hacen al tribunal: construyen una narración y prometen probarla a lo largo del juicio considerando que, una vez probada la narración,

demostrará que esa conducta se encuentra descrita en la ley penal como punible. La promesa ofrecida en el Discurso de apertura es la brújula que le permite a las partes tomar decisiones relevantes y coherentes durante el proceso al valorar toda su discursividad a la luz del punto de vista construido en la teoría del caso. Ese punto de vista desde el cual se valoran los hechos, la interpretación del enunciado legal y las pruebas ofrecidas es lo esencialmente convincente o persuasivo, por lo que debe ser aceptado por parte del tribunal.

Convencer, persuadir o seducir son objetivos que no se persiguen en general sino en particular en el juicio: no necesariamente todas las proposiciones fácticas que proponemos serán probadas, lo verdaderamente relevante que queremos es que el punto de vista desde el cual construimos la narración, interpretamos el enunciado legal penal y valoramos las pruebas sea aceptado en su totalidad por el tribunal. Entiendo por punto de vista (interpretación) que sostiene a la teoría del caso como el conjunto de ideas, valores y categorías que permiten, coherentemente, construir el sentido de la ley en relación al caso concreto y, desde ese sentido jurídico creado, entender, interpretar, argumentar, valorar, descalificar, narrar, describir y explicar el caso en disputa. El punto de vista construido permite, fundamentalmente, explicar de manera razonable y racional todas las acciones consideradas relevantes en materia penal y puestas en disputa en el juicio, pero además permite desmontar la teoría del caso de la contraparte ya sea en el contra interrogatorio como en el discurso de clausura ya que estos se construyen desde diverso punto de vista.

Ese punto de vista coherente y flexible que se reivindica en el discurso de las partes es lo que se debe considerar como lo convincente, lo verosímil y lo creíble de una Teoría del caso y lo será porque el punto de vista (la interpretación):

- Es sencillo, esto es, cumple con los postulados del principio de la Navaja de Ocam que establece que de dos explicaciones probables, la más sencilla, la que necesita una cadena menor de justificaciones es la más probable frente a la otra que necesita más cadenas de justificación para ser creíble.
- Es lógico, esto quiere decir que cumple con:

Principio de no contradicción. Un enunciado y su negación no pueden ser verdaderos al mismo tiempo ni bajo la misma circunstancia.

Principio de tercero excluido. Cualquier enunciado o es verdadero o es falso. No existe una tercera opción.

Principio de identidad. Cualquier cosa que existe es igual a sí misma y diferente de las demás.

Principio de razón suficiente. Los enunciados son verdaderos si existen suficientes razones que los justifiquen.

- Es creíble porque las acciones descritas en la narración son acordes con el sentido común del juzgador dado que él puede reconocer esas acciones desde las reglas de su propia experiencia.
- Es consistente jurídicamente, esto es, porque lo establecido por el verbo prohibitivo del enunciado legal (privar de la vida, apoderarse, etcétera) es lo realizado fácticamente (verbo de la hipótesis de los hechos) por el indiciado. El fiscal deberá probar que la acción general y abstracta establecida por el verbo del enunciado legal es lo realizado fácticamente (de manera particular y concreta) por el indiciado. Sin embargo, el abogado defensor deberá demostrar que el verbo del enunciado legal (general y abstracto) no es lo realizado fácticamente (de manera particular y concreta) por el indiciado.
- Es flexible porque aunque la otra parte desacredite algunas proposiciones fácticas de su teoría del caso, el punto de vista, el cristal desde el que las partes miran y construyen sus discursividades sigue siendo el mismo para explicar el todo.

La importancia de la teoría del caso no solamente se manifiesta en la construcción de una versión persuasiva de hechos penalmente relevantes presentados ante el tribunal, sino que es, además, un organizador del trabajo procesal que la va modificando, perfeccionando y fortaleciendo. La teoría del caso permite orientar, desde un punto de vista provisional, la investigación, concebir las pruebas pertinentes y desahogaras en el tiempo adecuado durante el juicio, concebir los interrogatorios y los contra interrogatorios a la luz de la teoría del caso y, por supuesto, organizar el discurso de apertura y el discurso de clausura.

En la etapa de investigación, la teoría del caso propone hipótesis provisionales posibles y, por ende, desarrolla un programa metodológico de investigación a efecto de comprobar o modificar la hipótesis provisional que, de comprobarse, se desarrollará de manera integral durante el juicio. Así mismo, en la etapa de investigación, la teoría provisional del caso permite identificar la acción penalmente relevante, al sujeto activo, al sujeto pasivo, los objetos utilizados en la comisión del posible delito, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, es decir, la teoría del caso permite identificar la relación directa que debe existir entre los elementos generales y abstractos constitutivos del tipo penal y los hechos particulares y concretos que se encuentran sujetos a investigación. Se tiene una teoría del caso eficaz en términos procesales cuando los elementos del tipo penal se encuentran en los hechos probados (pruebas).

El discurso de apertura es la puesta en escena y el contenido de la teoría del caso. En el discurso de apertura es en donde se realiza lo que he denominado la promesa procesal que

consiste en la narración de los hechos, la teoría jurídica que la describe y las pruebas que demostrarán la relación jurídica entre el verbo punible general y abstracto del enunciado legal y la conducta particular y concreta realizada por el sujeto indiciado. La teoría del caso es, entonces, la estructura y el contenido del discurso de apertura y, la estructura y contenido del discurso de clausura: lo prometido en el primer discurso se debe transformar en una promesa cumplida en el discurso de clausura.

A la fiscalía la teoría del caso le permite organizar la acusación penal y para la defensa la teoría del caso es el faro que guía su acción procesal para demostrar que su representado no es responsable del delito imputado. Será el tribunal, quien desde sus pre interpretaciones jurídicas (jurisprudencias, experiencia personal, formación teórica, etcétera) acerca de la ley y la valoración de las pruebas ofrecidas quien decida sobre una de ellas.

III.

LAS PROPOSICIONES FÁCTICAS

Líneas arriba afirmé que la teoría del caso era la construcción de una promesa y describí como se presenta discursivamente esa promesa, ahora describiré cómo se construye esa promesa a efecto de transformarse en una promesa cumplida que puede ser aceptada racional y razonablemente por el tribunal e incorporarla como estructura medular de la sentencia.

Al respecto, el profesor Bergman⁸ afirma que “las teorías (jurídicas) y sus elementos constitutivos no definen una historia en particular, y más bien pueden superponerse a un número infinito de historias. El resultado es una distancia entre el testimonio y los hechos finales.” Ante ese problema el profesor Bergman propone: “De un lado están los relatos, desprovistos de conclusiones jurídicas; del otro, las teorías y los elementos, desprovistos del contenido fáctico específico. Las proposiciones fácticas son un modo de salvar esa distancia.”

Ante esta constatación Bergman concluye que “Una proposición fáctica es una afirmación de hecho que satisface un elemento legal”⁹. Es decir, una proposición fáctica es un elemento legal reformulado en un lenguaje frente al cual el testigo puede declarar. Por consiguiente, los relatos de nuestros testigos determinan el contenido de las proposiciones fácticas.”

⁸ BERGMAN, Paul. *La defensa en juicio. La defensa penal y la oralidad*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2005. P. 22

⁹ BERGMAN, Paul. *La defensa en juicio* P. 23

Por ejemplo, en el delito de robo un elemento jurídico es “apoderarse de un bien mueble ajeno con ánimo de dominio”, la proposición fáctica buscada y ofrecida en una declaración será: “Yo vi en la casa de Juan esa escultura de mármol desde el mes pasado”. Otro elemento jurídico del tipo penal de robo es que ese apoderamiento sea “sin consentimiento de quien pueda otorgarlo conforme a la ley”. La proposición fáctica buscada y ofrecida será la testimonial del dueño de la escultura y la documental pública de la factura de la escultura en cuestión. Es decir, el trabajo jurídico consiste en traducir los elementos constitutivos del tipo penal en proposiciones oracionales concretas.

El profesor Bergman¹⁰ agrega un elemento más a la utilidad de las proposiciones fácticas en juicio, al afirmar que “Las proposiciones fácticas eliminan la distancia entre la historia y la teoría legal. Nos dicen cuáles son exactamente las conclusiones fácticas a las cuales debe llegar un juzgador para resolver la disputa” (...) y luego agrega “Pero solo durante la declaración de apertura y la argumentación de cierre uno puede decir explícitamente cuáles son esas conclusiones fácticas.” Otra utilidad de las proposiciones fácticas señalada por el profesor Bergman radica en que las “proposiciones fácticas también nos dicen cuáles son las pruebas que debemos aportar en el examen directo y las repreguntas.”

En resumen, en el discurso de apertura se señala la confluencia entre los elementos del tipo penal y las proposiciones fácticas que se ofrecerán a lo largo del juicio. En la etapa de interrogación y contra interrogación se irán construyendo las diversas proposiciones fácticas en voz de los testigos, peritos, etcétera, y se presentarán las pruebas al tribunal que se derivan de las interrogaciones. En el discurso de clausura se hará, por primera vez, la argumentación jurídica entendida esta como la construcción del sentido de la ley en relación con los hechos probados en el juicio.

Las proposiciones fácticas, desde esta perspectiva que reivindico como teoría retórica del derecho penal se deben entender de la siguiente manera: el enunciado legal es una estructura lingüística conformada por vocablos que poseen significados organizados sintácticamente en una oración gramatical. El intérprete relaciona los significados y elige aquellos significados que le permitirán concluir una perspectiva personal y construye el sentido de la ley cuando relaciona las elecciones anteriores con el caso concreto. El enunciado legal es, pues, una textura discursiva abierta y polisémica que posee significados en los vocablos pero no posee sentido legal. Este sentido legal es una construcción argumentativa que el intérprete realiza desde su interés procesal (fiscal, defensa, juez). Por otra parte se tienen las historias, las narraciones fácticas que no expresan los elementos legales, como la ley no expresa las

¹⁰ BERGMAN, Paul. Op. Cit. P. 24

acciones particulares: mientras que el enunciado legal es general y abstracto, las narraciones fácticas son particulares y concretas existiendo una gran distancia entre ellas. Ahora bien, lo prohibido en el tipo penal se expresa gramaticalmente en un verbo determinado: apoderarse, privar, engañar, aprovecharse de un error, etcétera, pero estos verbos expresan acciones abstractas que solo tienen sentido a la luz del caso en particular. Las proposiciones fácticas son las que hacen posible que la acción abstracta describa o no lo realizado por el sujeto indiciado. El verbo legal describe la conducta realizada por el sujeto, pero el verbo (lo que realiza el sujeto) posee un conjunto de significados posibles en su nivel semántico y un conjunto de significados posibles en su nivel jurídico. Al estudiar el nivel semántico del verbo y el nivel jurídico del mismo se construye el conjunto de significados del intérprete a la luz de sus intencionalidades procesales, lo que le permitirá construir el sentido legal acorde al lugar que ocupa en la triada procesal.

La proposición fáctica es la realización lingüística, es el acontecimiento discursivo que describe una acción concreta que se encuentra descrita de manera abstracta en la ley. El verbo de la ley debe ser expresado fácticamente en una conducta que se manifiesta en una narración fáctica, en una acción humana, en un acto físico. Por lo tanto, se construye el sentido jurídico de la proposición legal al construir el sentido de la narración fáctica: la confluencia de ambas interpretaciones es el acontecimiento discursivo denominado Discurso de apertura y Discurso de clausura.

Para mí, entonces, la teoría del caso llevada a juicio consiste en la construcción de la confluencia de la narración fáctica con las teorías jurídicas manifestadas discursivamente en las proposiciones fácticas. Son afirmaciones fácticas que pueden ser probadas en el juicio y que corresponden a uno de los elementos interpretados del tipo penal o a la argumentación acerca de la teoría jurídica que se reivindica.

Una vez construida la teoría del caso y presentada al tribunal en el Discurso de apertura, se da paso al interrogatorio y contra interrogatorio de indiciados, testigos, testigos expertos y peritos.

IV.

LA PREGUNTA QUE CONSTRUYE LA REALIDAD

La teoría del caso es la estructura semántica de toda la discursividad en juicio: la teoría del caso aporta una realidad verosímil que, presentada como promesa procesal en el

discurso de apertura, se confirma, de manera convincente, en el discurso de clausura con el único objetivo retórico de lograr la adhesión del tribunal a nuestra narración. Así, entonces, la interrogación y la contra interrogación a testigos tiene como fin jurídico el obtener de ellos las proposiciones fácticas necesarias para acreditar los elementos constitutivos del tipo penal que la teoría del caso ofrecida requiere para ser convincente y legal y, a demás, otorga la oportunidad de presentar las pruebas que la confirmen.

Las condiciones de eficacia retórica de todo interrogatorio y contra interrogatorio son cuatro, a saber, credibilidad del testigo, acreditación de nuestras proposiciones fácticas, presentación y desahogo de pruebas.

Credibilidad del testigo: Consiste en interrogar al testigo del tal manera que este aporte información personal que le permita al tribunal reconocer sus afirmaciones como creíbles, ya sea por su formación académica, su arte o técnica, ya sea por las condiciones sociales que representa el testigo (profesionista, desocupado, estudiante, ama de casa, etcétera) y de las cuales existe una serie de valoraciones pre determinadas o ya sea por su participación directa en los sucesos controvertidos.

Acreditación de nuestras proposiciones fácticas: La información obtenida en el interrogatorio y en el contra interrogatorio son el contenido con el que se construye retóricamente la realidad procesal. El objetivo del interrogatorio es obtener de los testigos y los peritos las proposiciones fácticas que permiten acreditar los elementos del tipo penal en disputa.

Presentación y desahogo de pruebas: La presentación de pruebas en juicio se realiza durante la interrogación y contra interrogación logrando, así, no solo presentar y desahogar la prueba, sino demostrando la idoneidad de la misma al ser presentada en el escenario pertinente y no de manera abstracta. La prueba en el escenario idóneo permite extraer conclusiones verosímiles y relacionarla con otros escenarios posibles y contextuales. El concepto de verosimilitud constituye el espacio de la realidad construida, esto es, una interpretación es real porque es verosímil y no es verosímil porque es real.

La interrogación, afirmé, tiene como fin obtener información a la que denominamos proposiciones fácticas que, al tiempo que nos permiten acreditar los elementos del tipo penal también permiten conocer la narración general de los hechos. Esta información es el contenido de los recursos retóricos (narraciones, metáforas, comparaciones, etcétera) que permiten construir la realidad procesal. Ahora bien, esta información requiere de un instrumento retórico para ser obtenida con claridad y detalle. Este instrumento retórico (acciones del lenguaje sobre el lenguaje) es la pregunta —o enunciado interrogativo— que se hace a la narración del testigo. El tipo de pregunta que se utiliza en cada etapa de la narración está

condicionada a los objetivos que se persiguen en ese momento dado que cada pregunta¹¹ “permite determinar el contenido y el alcance de las respuestas de los testigos y por consiguiente influir sobre el efecto y la credibilidad del testimonio.”

Pero existe un objetivo retórico sustancial en la interrogación y contra interrogación en el juicio que consiste en presentar como verdad las proposiciones fácticas obtenidas en el interrogatorio. Presentar técnicamente como verdad a las proposiciones fácticas desde el punto de vista discursivo significa reconocer, como dice Gadamer, que “toda pregunta es a su vez una respuesta.” Para Gadamer no hay ninguna verdad en un enunciado (como las informaciones proporcionadas por los testigos) que se pueda entender únicamente por su contenido, por lo que dice a nivel informativo. La premisa que está detrás de esta afirmación es que cada enunciado tiene unos presupuestos que él no enuncia y que habrá que valorarlos para conocer la verdad del enunciado. “Por eso —dice Gadamer— la comprensión de un enunciado tiene como única forma suprema la comprensión de la pregunta a la que responde (...) Toda pregunta es a su vez una respuesta. Tal es la dialéctica en la que nos hallamos inmersos.”¹²

El anterior concepto nos permite ir más allá de la elemental concepción de la interrogación en juicio como fuente de información y concebir la interrogación y la contra interrogación como el espacio de construcción discursiva de la verdad por excelencia ya que la comprensión (la aceptación del tribunal) de un enunciado (el dicho del testigo) “tiene como única forma suprema la comprensión de la pregunta a la que responde. Toda pregunta es a su vez una respuesta.” Por lo tanto, la pregunta del abogado o del fiscal es una forma discursiva de construcción de la realidad, no solamente la respuesta otorgada por el testigo. El preguntar, el hacer uso de la forma lingüística de la interrogación es una de las formas que tiene también el operador jurídico de presentar la secuencia de hechos. Toda pregunta es esencialmente una respuesta a la interrogación de hechos supuestos, por lo tanto, toda respuesta debe ser concebida como una nueva interrogación a un escenario ya nombrado y, por ende, ya existente discursivamente, es decir, que se puede hacer referencia a él cuando se interroga y se responde.

Las condiciones de eficacia retórica de las preguntas que permiten persuadir al tribunal son, entre otras, las siguientes:

Utilizar un léxico que sea común a todos los operadores jurídicos presentes en el juicio y no utilizar palabras poco usada por el foro jurídico. Se busca eficacia comunicativa, no

¹¹ BERGMAN, Paul *La defensa en juicio* P. 80.

¹² GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método II. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*. Salamanca, Ediciones Sígueme, 1977. P. 58

reconocimiento retórico. El uso retórico del léxico está colocado en el paradigma del habla, no en el paradigma de la lengua, es decir, el habla es la utilización particular del repertorio lexicográfico de una comunidad determinada, mientras que la lengua es el repertorio lexicográfico común a todas las comunidades.

Dado que la teoría del caso construida por nosotros es la guía de todo el proceso, entonces las preguntas que se formulan en el juicio están encaminadas, sin lugar a dudas, a confirmar la teoría del caso por medio de proposiciones fácticas. Estas proposiciones fácticas, que acreditan los elementos jurídicos y factuales del caso deben ser enunciadas por los testigos y los indiciados, por ello, y sin lugar a dudas, las preguntas se deben formular de manera directa. Es decir, directa quiere decir, en este caso, formular la pregunta teniendo en cuenta qué proposición fáctica se desea obtener. Preguntar de manera directa es, pues, interrogar esperando la respuesta que nombre la evidencia deseada.

Las respuestas orales, por lo general, son acompañadas de significaciones contextuales. Esto es, los dialogantes tienen un contexto común al que se refieren y ambos entienden, así, en una conversación se puede decir, “vamos para acá” y señalar el lugar, mientras que un “oyente” que lea el diálogo no podrá ubicar el lugar geográfico denominado “aca”. Por lo tanto, toda pregunta deberá solicitar claridad en las afirmaciones: ¿A qué lugar se refiere cuando usted dice “aca”?

Aristóteles¹³ ofrece las siguientes recomendaciones para la interrogación :

1. Es preciso interrogar valiéndose de la semejanza porque esto puede ser suficiente para persuadir.
2. Es preciso, algunas veces, refutarse a sí mismo, dado que los que responden no desconfían.
3. No se debe mostrar demasiado “ardor” por uno de los argumentos propuestos, por más valioso o ventajoso que parezca porque el adversario resiste más cuando observa un vivo interés en el argumento.
4. Es preciso presentar la opinión como una comparación dado que esto se presta más al asentimiento del adversario porque esta asintiendo otra cosa y no la reivindicada por el oponente.
5. No se debe asentar directamente la proposición que se quiere sostener y sí otra proposición que sea una consecuencia necesaria de la primera. Si el adversario concede la segunda, necesariamente concederá la primera ya que la segunda es necesaria de la primera.

¹³ ARISTÓTELES, *Tratados de lógica*. Madrid, Editorial Gredos, 1982. *Tópicos*, L18, 156a, 10-35; 156b, 5-30.

6. Es necesario alargar la discusión y añadir a ella muchas cosas que no son útiles a la cuestión porque cuando se presenta así el problema no se sabe exactamente dónde está el error. Se trata de ocultar la proposición que se quiere defender por medio de la división y la inducción.
7. Para aclarar la discusión debe uno valerse de ejemplos familiares al auditorio y comparaciones.
8. Se debe exigir al adversario la aceptación de lo universal de la proposición que se defiende.
9. Cuando se concluye con una reducción al absurdo, esa conclusión debe ser lo suficientemente absurda como para que el adversario la acepte y no alegue que no es absurda.
10. La conclusión debe presentarse como tal y no como pregunta porque da pie a que se conteste con una negativa. La conclusión persuade al adversario pero también debe estar dirigida al auditorio de manera que si el adversario no la acepta el auditorio sí.
11. Debe uno mismo dirigirse todas las objeciones y dar respuestas a ellas.

El objetivo fundamental que se persigue en la etapa procesal del interrogatorio directo es, para algunos, ofrecerle al tribunal una visión clara y precisa de los hechos sucedidos por medio de las proposiciones fácticas que obtengamos de los testigos. Sin embargo, lo que aquí se reivindica como objetivo es el ofrecerle al tribunal una visión clara y precisa sobre los hechos que nosotros interpretamos, ofrecemos y que vamos a probar por medio de las proposiciones fácticas. Es decir, la visión clara y precisas no es sobre los hechos, sino que es sobre la interpretación que se hace de lo sucedido derivado de los hechos concretos. La verosimilitud de la narración radica en que, entre todos (testigos, peritos, etcétera) se ofrece una respuesta coherente, razonable y racional de los hechos sucedidos. Los elementos de la teoría del caso que se construyen en la interrogación fortalecen la narración, la hacen más eficaz persuasivamente porque permite ofrecer más y mejores respuestas acerca del caso en disputa a las preguntas que cualquier juzgador, desde el sentido común, se haría.

Recursos retóricos de la interrogación

Desde la perspectiva retórica del juicio oral la pregunta es una de las formas sintácticas en las que se presenta la oración y esta estructura tiene varias intencionalidades. Al interrogar a los testigos se persiguen diversos objetivos: deseamos que el testigo nos ofrezca

una narración, una explicación, una información precisa, etcétera. Para satisfacer estos objetivos es necesario conocer las estructuras formales de las preguntas a efecto de conseguir esos objetivos, ellas son, a saber, preguntas narrativas, preguntas abiertas, preguntas cerradas y preguntas sugestivas.

Preguntas narrativas: Son aquellas oraciones que satisfacen la interrogación cuando se ofrecen como respuesta una narración, una historia. Por ello, la pregunta narrativa espera la historia de una serie de hechos. La característica retórica de esas historias contadas por el testigo consiste en que se usan palabras y construcciones oracionales colocadas en el habla comunitaria. Las narraciones ofrecidas por el testigo, sin restricciones en la pregunta, le permiten narrar los hechos a modo de confidencia, a modo de conversación. Estas construcciones sintácticas y el léxico cotidiano que utilizan elevan la credibilidad del testigo ante el tribunal: es una persona que, despojado de todo artificio, está contando lo que vio, en algunos casos con exceso de detalles, en otros casos ni nombra algunos objetos importantes. Su léxico y su estructura sintáctica son los mismos que utilizan el juez, el fiscal y el hombre de la calle que escucha el testimonio. Es la analogía discursiva y la identidad lingüística entre los hablantes lo que permite confiar en la verosimilitud del relato.

Son preguntas del tipo: Describa usted lo que vio el día lunes 21 de septiembre en el cruce de las calles Sol y Lluvia.

Preguntas abiertas: Son aquellas en donde se satisface la interrogación cuando se ofrece como respuesta una narración de un hecho en particular, a diferencia de las preguntas narrativas, que se satisfacen cuando se ofrece la narración de un conjunto de hechos.

Son preguntas del tipo: Después que pasó X, ¿Qué sucedió?

Preguntas cerradas: Son aquellas en donde se satisface la interrogación cuando se ofrece una respuesta que aporta elementos específicos tanto de la evidencia como de los hechos. Estos datos específicos que se buscan en el interrogatorio permiten realzar los hechos importantes, fijar la atención en un objeto o hecho determinado.

Son preguntas del tipo: —¿De qué color era la camisa que Juan llevaba puesta esa tarde?

Preguntas sugestivas: Son aquellas en donde la interrogación sugiere la respuesta deseada. Las preguntas sugestivas tienen una construcción oracional diferente a las otras nombradas. Así, la oración de la pregunta sugestiva no es más que una afirmación que espera una aceptación o una negación como respuesta, a la que se le agrega algunos vocablos o algunas frases hechas al inicio o al final de la afirmación para convertirla en pregunta.

Son preguntas del tipo: ¿Es verdad, como lo es, que usted nunca vio a Juan esa mañana? O esta otra opción, La camisa de Juan era de color rosa ¿verdad?

Las construcciones sintácticas y los objetivos de las preguntas son las herramientas retóricas que los fiscales y los abogados disponen para construir un relato verosímil y para ofrecer al tribunal proposiciones fácticas dichas de viva voz por los testigos. Una buena interrogación es aquella que utiliza las diversas estructuras sintácticas de las preguntas según sean las necesidades de ir probando la teoría del caso propuesta en el discurso de apertura. La estructura sintáctica de las preguntas condiciona el uso de las mismas según las necesidades probatorias que se tengan.

V.

LA PREGUNTA QUE VALIDA LA IDEA DE REALIDAD. CONCLUSIÓN

El objetivo que se persigue al examinar a los testigos presentados por la contraparte es extraer de ellos información (oraciones fácticas) que fortalezcan nuestra teoría del caso al tiempo que le demostramos al tribunal las inconsistencias y debilidades de la teoría del caso de la contraparte en el discurso de clausura. El interrogatorio y el contra interrogatorio son la fuente de información paradigmática a partir de las cuales construimos el discurso argumentativo final: resaltando nuestras proposiciones fácticas construidas en el interrogatorio fortalecemos nuestra teoría del caso, y evidenciando la inconsistencia narrativa y las debilidades argumentativas obtenidas en el contra interrogatorio debilitamos la verosimilitud de la teoría del caso de la contraparte y la credibilidad de sus testigos. Tanto el interrogatorio como el contra interrogatorio son acciones retóricas que tienen como objetivo obtener proposiciones fácticas, en el primer caso, que fortalezcan nuestra teoría del caso entendida como la realidad verdadera y proposiciones fácticas, en el segundo caso, que debiliten la teoría del caso de la contraparte. El discurso final permite organizar la información en aras de la eficacia retórica entendida como la acción de convencer, persuadir y buscar la adhesión del tribunal a nuestra teoría del caso, que quiere decir, a la realidad que construimos por medio de las oraciones fácticas y las oraciones interrogativas. Todas las acciones del interrogatorio y el contra interrogatorio van encaminadas a obtener información que se desarrollará, relacionará, se crearán categorías de análisis y se argumentará en el discurso de clausura entendido este como el acontecimiento retórico por excelencia en el juicio oral.

Las oraciones interrogativas tienen como función, entre otras, demostrar que el testimonio del testigo está motivado por intereses personales adversos al acusado, hacer evidente las contradicciones de las narraciones precedentes y acreditar nuestras proposiciones fácticas por medio del asentimiento del testigo. Sin embargo, el objetivo que se debe buscar de manera consistente en el contra interrogatorio es que el testigo de la contraparte legitime las pruebas que deseamos presentar al tribunal, tales como libros de contabilidad, objetos, etcétera, por medio de la pregunta “¿reconoce usted este objeto?” Las pruebas que presentamos no sólo son genuinas porque lo decimos nosotros, sino porque las acepta y legitima la contraparte volviendo así a nuestra prueba más creíble al ser aceptada por todos.

Tanto el atacar la credibilidad personal del testigo, como el atacar la credibilidad de su testimonio, el obtener de los testigos de la contraparte un testimonio que apoye, al menos parcialmente, nuestras propias proposiciones fácticas, el obtener del testigo un testimonio inconsistente con otras pruebas presentadas por la contraparte y el obtener el reconocimiento de la contraparte de nuestras pruebas, son acciones que se harán obvias, se resaltarán y se relacionarán con otras pruebas en el discurso de clausura.

Finalmente y en conclusión, se puede afirmar que la realidad en el proceso penal es una construcción discursiva que se realiza bajo los criterios, premisas y categorías de lo que se denomina como Teoría del Caso. Esa interpretación verosímil de la realidad que se construye a partir de un cúmulo de discursos emitidos por variados hablantes durante el juicio se vuelve la realidad misma en el proceso porque cuenta con el reconocimiento de los actantes (testigos, imputados, etcétera) de esa realidad real que la constatan (o la niegan) por medio de proposiciones fácticas como se demostró en el interrogatorio y en el contra interrogatorio. La realidad en el proceso penal, entonces, es un conjunto de interpretaciones discursivas que se pueden probar por medio de las proposiciones fácticas que los actantes de esa realidad ofrecen su asentimiento. La realidad en el juicio oral penal es dialógica y discursiva y se prueba autoreferencialmente, es decir, una oración encuentra aprobación en otra oración.

Para citar este artículo:

Ribeiro Toral, Gerardo, “La construcción retórica de la realidad en los juicios orales” en *Revista de Derecho- UCU*, 11 (Julio 2015), pp. 211-231

Recibido: 10/02/2015

Revisado: 10/4/2015

Observado: 01/05/2015

Aceptado: 01/06/2015

Modificaciones del pago del precio en arrendamientos introducidas por la Ley de inclusión financiera Nro. 19.210

Changes to the payment of the price in leases, Law 19.210

*Miguel Ángel Tomé**

RESUMEN: La reciente Ley 19.210 introdujo importantes modificaciones en la forma del pago del precio en materia de arrendamientos, entre ellas, el depósito bancario para operaciones que superen determinado monto. El presente trabajo analiza la incidencia de tales modificaciones y se pregunta si estas resultan abrogatorias de otros textos legales.

ABSTRACT: The recent 19.210 law introduced important modifications in the form of the payment of the price in respect of leases, including the deposit for operations exceeding certain amount. This paper examines the impact of such changes and wondered if these are abrogatorias of other legal texts.

PALABRAS CLAVES: Arrendamiento urbano. Arrendamiento rural. Sistema de pago. Precio. Ley 19.210. Uruguay.

* Profesor de Derecho Civil, Contratos; Universidad Católica del Uruguay

KEY-WORDS: Urban leasing. Rural leasing. Payment system. Price. Law 19.210. Uruguay.

SUMARIO: **1.** Introducción. **2.** Normas sobre pago de precio en materia de arrendamientos urbanos y rurales. **3.** Características del precio en el contrato de arrendamiento. **4.** Modificaciones introducidas por el art. 39 de la Ley Nro. 19.210. **4.1** Fecha de vigencia. **4.2** Forma de pago. **4.3** Empresas que brinden servicios de garantía y deducciones impositivas. **4.4** Aspectos de procedimiento. **4.5** Otro error de redacción de la ley: la prueba del pago. **4.6** Contemplación de la figura del administrador. **4.7** ¿Qué sucede si el precio del arriendo se pacta en frutos naturales de la cosa? **5.** Conclusiones.

1.

INTRODUCCIÓN

La reciente ley de inclusión financiera Nro. 19.210 introdujo —entre varios ítems ajenos al presente trabajo— importantes cambios en la forma de realización y aceptación del pago del precio de diversos negocios jurídicos. Entre ellos, tema de nuestro análisis, el pago del precio en materia de arrendamientos.

En efecto, conforme dispone el art. 39 de la Ley 19.210, a partir del primer día del mes siguiente a los ciento ochenta días a contar desde la vigencia de la misma, el pago del precio en dinero de todo arrendamiento, subarrendamiento o crédito de uso sobre inmuebles, cuyo importe supere las 40 BPC (cuarenta Bases de Prestaciones y Contribuciones) en el año civil o su equivalente mensual, deberá cumplirse mediante acreditación en cuenta abierta en una institución de intermediación financiera a nombre del arrendador o subarrendador en su caso.

A continuación señalaremos las diversas modalidades del pago del precio del arriendo en nuestra normativa; las características del precio en dicho contrato; si la ley de inclusión financiera deroga tácitamente las mismas y las diversas consecuencias que el incumplimiento de la normativa descripta ocasiona.

2.

NORMAS SOBRE PAGO DEL PRECIO EN MATERIA DE ARRENDAMIENTOS URBANOS Y RURALES

El arrendamiento de cosa es el contrato que consiste en la concesión temporal del uso y goce de un bien determinado, mediante el pago de un precio o renta. El arrendamiento de cosa se origina como un contrato típico, oneroso, sinalagmático, donde el elemento precio

constituye la contraprestación que paga el tomador del inmueble (arrendatario) a cambio de la cosa, cuyo uso y goce le permite el arrendador.

Nuestro viejo pero siempre en varios aspectos vigente Código Civil de 1868, señala en su artículo 1778 que el precio del arriendo puede consistir en dinero o en frutos naturales de la cosa arrendada. Veremos en un punto aparte, si la nueva disposición es abrogatoria de la posibilidad de pagar el precio en frutos naturales de la cosa arrendada.

En materia de arrendamientos urbanos, el artículo 3 del Decreto Ley 14.219, con las modificaciones introducidas por la Ley 15.471, señala que las partes fijarán de común acuerdo el precio del arriendo en moneda nacional para todo el plazo del contrato, pudiéndose convenir incrementos escalonados de alquiler para períodos de doce meses, durante la vigencia del contrato, estableciendo las partes la forma de reajuste.

Fuera del plazo contractual y dentro del plazo legal (o si las partes no fijaron reajuste de precio en el contrato), el reajuste del precio se verifica conforme a lo dispuesto por el art. 15 del citado Decreto-Ley 14.210 para los casos de industria y comercio y otros destinos, multiplicando el coeficiente establecido para el reajuste del precio del mes que trate, por el monto del alquiler.

En caso similar de falta de previsión de reajuste, y durante el plazo legal, el precio del arriendo se ajustará —en los alquileres con destino a casa habitación— conforme a lo preceptuado por el art. 16 de la Ley 15.799.

Esta ley, llamada como tantas otras de “emergencia”, dispuso que “a diferencia de los otros destinos, donde vencido el plazo contractual, el precio se reajusta por períodos de doce meses en una sola partida, percibiendo el arrendador el 100% del reajuste desde el primer mes”, el reajuste del alquiler se aplicará a razón de un tercio del respectivo índice durante el primer cuatrimestre, de dos tercios durante el segundo cuatrimestre y del cien por ciento durante el tercer cuatrimestre.

A manera de ejemplo, si el precio del arriendo es de \$ 10.000 y el coeficiente de ajuste fijado y publicado es de 1,0900. En el primer caso (industria, comercio y otros destinos) el reajuste será a partir del mes siguiente en un 100%, pasando a abonar por mes y durante dicho período de 12 meses, la suma de \$ 10.900, producto de la multiplicación del precio por el índice ficticio aludido.

En el caso de destinos casa-habitación (art. 16 Ley 15.799), el reajuste se fragua en cuatrimestres durante los 12 meses de vigencia de dicho precio: el arrendatario abonará un tercio del reajuste (\$ 300), dos tercios (\$ 600) el segundo cuatrimestre y el 100% durante los últimos cuatro meses (\$ 900), siendo el precio de \$ 10.300, \$ 10.600 y \$ 10.900 respectivamente.

Por último, en materia de arrendamientos urbanos —separados en dos regímenes, uno de libre contratación y el otro proteccionista— se impide la concreción del precio en moneda extranjera en este último caso.

Para los casos de exclusión rige por tanto la moneda a elección de los contratantes y la forma de reajuste que entiendan del caso.

En materia de arrendamientos rurales, el art. 3 de la Ley 16.223 dispone en su art. 3 que, en los contratos referidos, las partes intervinientes fijarán de común acuerdo el precio y régimen de reajuste del mismo.

Cuando el precio sea convenido en moneda nacional equivalente a uno o varios índices de productos sectoriales o en moneda extranjera, el régimen de reajuste se entiende expresamente previsto.

A falta de previsión expresa respecto del régimen de reajuste del precio, serán aplicables en forma supletoria las disposiciones previstas por los arts. 19 a 23 del Decreto Ley 14.384.

3.

CARACTERÍSTICAS DEL PRECIO EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

Señalé en su oportunidad¹, siguiendo a Jacobo, que el precio del arriendo podía definirse “como la prestación o conjunto de prestaciones a que se encuentra obligado el arrendatario, como contra partida por la concesión del uso y el goce que le confiere el arrendador”².

El precio resulta un elemento esencial del contrato de arrendamiento, conjuntamente con el objeto inmueble y el destino, constituyendo los tres elementos la base objetiva del contrato. Jacobo analiza las seis características principales del precio en el contrato de arrendamiento, que recojo en *Arrendamientos urbanos y contrato de comodato*. Dichas características son:

- a) Seriedad o realidad del precio: supone que el importe del precio no sea irrisorio ni ridículo, respecto de la prestación que el arrendador tiene a su cargo. El precio debe representar en cierta forma la renta equivalente de la cosa, no debe parecer

¹ TOMÉ GÓMEZ, Miguel Ángel, *Arrendamientos urbanos y contrato de comodato*, Montevideo, FCU 2010, 7ma edición, p. 77.

² JACOBO, Juan, *Ciclo de Conferencias sobre Arrendamientos Urbanos*, Colegio de Abogados del Uruguay, Tomo 1, Montevideo 1986, pp. 39-75.

que se está haciendo una liberalidad. De verificarse un precio irrisorio, el contrato de arrendamiento podría verse afectado en su validez, al ser susceptible de ser impugnada su validez por parte de los acreedores del arrendador, si el contrato es celebrado en fraude a los mismos.

- b) Veracidad: el presente carácter supone la existencia del precio. “El precio debe existir; además debe haber expresión auténtica de su importe y debe haber un elemento volitivo o intencional que está representado por el ánimo de exigirlo y hacerlo efectivo”³.
- c) Certeza: el precio debe ser cierto; es requisito que se encuentre preestablecido.
- d) Determinación: Este carácter es complementario de la certeza, el precio debe ser determinado o determinable —*aún cuando no haya expresión concreta de su valor*— en un doble aspecto: en cuanto a su cuantía y en cuanto a su periodicidad.
- e) Pecuniaridad: Elemento consagrado en el artículo 1778 del Código Civil (dinero o frutos naturales de la cosa).
- f) Legalidad: Por último este carácter supone la adecuación del precio a los preceptos legales establecido en las distintas leyes.

4.

MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL ART. 39 DE LA LEY NRO. 19.210

La reciente ley de inclusión financiera Nro. 19.210 introdujo —entre varios ítems ajenos al presente trabajo— importantes cambios en la forma de realización y aceptación del pago del precio de diversos negocios jurídicos. Entre ellos, tema de nuestro análisis, el pago del precio en materia de arrendamientos.

Con una pobre técnica legislativa, no advirtió graves consecuencias en perjuicio de la parte más débil del contrato —el arrendatario—, al pretender señalar que el pago del precio del arriendo solo puede probarse mediante depósito bancario, como advertiremos a continuación.

4.1. Fecha de vigencia

El art. 39 de la Ley 19.210 pautó el plazo de inicio del nuevo sistema, señalando que a partir del primer día del mes siguiente a los ciento ochenta días a contar desde la vigencia de la ley.

³ JACOBO, Juan. Obra citada, p. 42.

Dicho guarismo temporal recaería el 1° de diciembre del año 2014, pero en mérito al art. 45 de la Ley en estudio, se facultó al Poder Ejecutivo a prorrogar su vigencia hasta por un año, dictándose el Decreto 262/014 del 11/9/2014, quedando determinado entonces para la comunicación al deudor el 1° de mayo y para el pago mediante depósito, el 1° de julio del corriente 2015.

4.2. Forma de pago

La ley estableció que el pago del precio en dinero de todo arrendamiento o subarrendamiento sobre inmuebles, cuyo importe supere las 40 BPC (cuarenta Bases de Prestaciones y Contribuciones) en el año civil o su equivalente mensual, deberá cumplirse mediante acreditación en cuenta abierta en una institución de intermediación financiera a nombre del arrendador o subarrendador.

A efectos de tener un marco de referencia, a la fecha (abril 2015) el valor de una BPC es de pesos uruguayos 3.050, por lo que anualizado, la operativa contemplaría todo arriendo sobre inmuebles que mensualmente ascienda a pesos uruguayos doce mil doscientos (\$ 12.200).

La identificación de la cuenta deberá constar obligatoriamente en todo contrato que se celebre a partir de la vigencia de la ley, a los efectos de habilitar el depósito en la misma. En el caso de los contratos en curso de ejecución, la parte arrendadora o subarrendadora deberá comunicar en forma fehaciente al deudor, en principio hasta el 1° de mayo del corriente, la cuenta en la cual deberán acreditarse los referidos pagos en cumplimiento del mandato legislativo.

4.3. Empresas que brinden servicios de garantía y deducciones impositivas

La ley prohibió a las entidades que brinden u otorguen garantías de alquiler, en especial la Contaduría General de la Nación, que concedan el servicio cuando en el contrato no se estipule el pago del precio mediante depósito bancario.

Asimismo, la ley dispone que la omisión en la forma del pago del arriendo, impide que el monto abonado pueda computarse a los efectos de los créditos y deducciones admitidos para la liquidación del Impuesto a la Renta de las Personas Físicas y el Impuesto a las Rentas de las Actividades Económicas.

4.4. Aspectos de procedimiento

La ley estableció un requisito necesario para la promoción de cualquier acción judicial al señalar que: “No se dará curso a ninguna acción judicial que se funde en alguno

de los contratos referidos en este artículo, si no se acredita en el primer acto procesal el cumplimiento de lo previsto en el inciso primero, o hasta tanto se presente en los autos el comprobante de pago de la multa prevista en el inciso siguiente...”.

Ello indica que para cualquier acto inicial (intimación de pago, inspección judicial, desalojo, etc.) debe necesariamente acreditarse —conjuntamente con otros requisitos— el cumplimiento de la ley.

La forma de acreditar dicho requisito dependerá de la fecha del contrato. Si el mismo es posterior a la entrada en vigencia efectiva de la ley, con el propio contrato o testimonio del mismo donde conste dicho extremo. Por su parte, si el contrato es anterior a la vigencia de la ley, debe acreditarse fehacientemente el cumplimiento de la comunicación al arrendador o subarrendador del número de cuenta y banco a efectos de dar cumplimiento a la ley.

La ley no lo aclara, pero estimamos que lo que se tiene que acreditar es que se está cumpliendo con la forma, sin que sea necesario en esta etapa (o hasta que haya contradicción sobre el punto) demostrar los depósitos en efectivo en la cuenta del arrendador o administrador.

Ahora bien, pero luego de observar la norma en análisis, ¿A quién o quienes le corresponde acreditar el cumplimiento? ¿Al arrendador exclusivamente? ¿A ambos?

Ciertamente la ley no lo aclara, y ello podría presuponer que la ley pretende borrar de un plumazo toda la concepción de neto contenido social de la legislación arrendaticia.

Como dijera Jacobo, el régimen tuitivo del derecho de arrendamientos se inspira en la finalidad de “(...) protección del débil (inquilino), en atención a su inferioridad social o socio-económica frente a su co-contratante (arrendador)”, habiendo llevado tal proceso a

(...) nuestras legislaciones a separarse en algunos aspectos de las reglas de derecho común, obedecieron a un concepto más humano y solidarista de la ley, mientras esa realidad perdure y para mitigar esa incontrovertible escisión que media entre el económicamente débil y el poderoso, anotando que es asimismo innegable la tendencia legislativa a brindar un contenido más social a las reglas jurídicas, satisfaciendo al mayor número y orientándose hacia el ideal de pacificación social.⁴

La ratio de la ley es buscar los medios para una mayor fiscalización. En ello se inspira y resulta un hecho incontrovertible. El arrendatario no obtiene beneficio alguno en pagar el precio directamente a su arrendador en forma contado o depositarlo en un banco. Uno u otro puede ser beneficioso o perjudicial. Piénsese en lugares donde concurrir al Banco no

⁴ JACOBO, Juan, *Derecho de Arrendamientos Urbanos Uruguayo*. Tomo I: Introducción al estudio del Derecho de Arrendamientos Urbanos. Montevideo, Ed. Amalio Fernández, 1981, pág.88.

es de fácil acceso a vía de ejemplo, o las características culturales, etarias o económicas del arrendatario también le impiden realizar pagos por medios electrónicos.

A lo que pretendemos apuntar con nuestra crítica, es que la redacción dispuesta no aclara —como señalamos— quien o quienes deben cumplir con el requisito de acreditar el cumplimiento de la ley. ¿Y que sucede en el caso de que un inquilino con humedades en su finca, cuyo contrato no cumplió con las formalidades de informar la cuenta, pretenda solicitar una inspección judicial buscando el amparo legal?. ¿No se da curso a su solicitud?

El posterior giro de la expresión del art. 39 “(...) o hasta tanto se presente en los autos el comprobante de pago de la multa prevista en el inciso siguiente (...)” permite arribar a buen puerto, interpretando la conjunción disyuntiva “o” en el sentido de que la misma une términos equivalentes que sirven para designar una misma realidad.

Nos explicamos mejor. La conjunción disyuntiva “o” puede indicar una alternancia excluyente (o una cosa u otra a vía de ejemplo). Sin embargo, también puede considerarse que indica que ambos términos son equivalentes. En el caso planteado, se señala que “no se dará curso a ninguna acción judicial que se funde en alguno de los contratos referidos en este artículo, si no se acredita en el primer acto procesal el cumplimiento de lo previsto en el inciso primero, o hasta tanto se presente en los autos el comprobante de pago de la multa prevista en el inciso siguiente (...)”.

La multa en todos los casos le corresponde al arrendador y ello permite interpretar que la exigencia de la acreditación del cumplimiento, le corresponde en exclusividad a dicha parte.

Sería un exceso legislativo, negar el acceso a la justicia al arrendatario que por ejemplo solicite una inspección judicial a fin de comprobar la existencia de patologías en la finca, por lo que concluimos que la exigencia solo le corresponde al arrendador.

4.5. Otro error de redacción de la ley: la prueba del pago

Idénticas consideraciones debemos realizar sobre la parte del art. 39 que señala que “los pagos realizados por el deudor solo podrán probarse a través de la presentación de los recibos de depósito en la cuenta del arrendador, subarrendador (...)”.

Una lectura liviana podría presuponer que el legislador alteró significativamente la forma de acreditar el pago de las obligaciones del arriendo para todos los efectos derivados del contrato de alquiler.

Si la intención del legislador fue establecer una especie de prueba tasada, demuestra un claro desconocimiento de la realidad fáctica. Quien está acuciado por mudarse u ocupar

una finca, firma el contrato que le proporciona el arrendador, el cual si no cumple con las formalidades prescriptas en el art. 39 lo expondría a que los pagos realizados mediante otros medios (por ej. en efectivo con recibos de pago expedidos por el arrendador) no tuvieran relevancia extintiva de la obligación.

En materia de arrendamientos urbanos, el mismo es un contrato consensual, signándose en la mayoría de los casos un documento escrito que tiene relevancia probatoria. En otros, el contrato se constituye sin formalidad alguna y solamente se expiden los recibos de pago. Sin perjuicio del fin de la presente ley de inclusión financiera, resultará difícil eliminar dicha concepción tan arraigada en la costumbre. Consideramos además que innovaciones de trascendencia en cualquier materia, debe revestir la nota de ley especial, cuyo estudio y análisis de las consecuencias dentro del ordenamiento de los cambios propuestos sean previamente analizados y sopesados.

De seguir una interpretación *piedeletrista* podría determinar que si un arrendador interesado en desalojar a su inquilino de una finca de cualquier naturaleza (urbana, rural, casa habitación, industria, comercio, etc.) le bastara pagar la multa y promover un proceso de desalojo por mal pagador, al no poder acreditar el inquilino el pago del precio, por otros medios que no fueren el depósito.

Intimado y promovida la acción —reiteramos del arrendador que pagó la multa— el arrendatario no podría enervar la mora, al tener recibos expedidos, pero no depositados en una Institución Financiera. Dicha situación, además de inmoral e injusta, permite eventuales formas de especulación y fraude a fin de soslayar los plazos legales de arrendamientos.

Nuestra interpretación es —al igual que en el punto anterior— referida al contexto del artículo, conforme se observará. A continuación de la forma de probarse el pago, el artículo señala que las Instituciones de Intermediación Financiera quedarán exoneradas del secreto profesional a los solos efectos del inciso que trata, debiendo dichas instituciones “(...) permitir **a sus clientes** la identificación de los referidos pagos (...)”⁵.

La referencia a los “clientes” señala a los arrendadores o subarrendadores, pues el inquilino ciertamente no es “cliente” de la Institución, y solo un mero depositante del precio del arriendo. Por tales argumentos, consideramos que más allá de la infeliz alocución, el pago del arriendo puede seguirse probando por otros medios probatorios, a vía de ejemplo, recibos de pago emitidos por el arrendador, cuando este pretende desconocer los mismos y

⁵ Subrayado y negritas del autor.

sin perjuicio de los penalidades de orden fiscal que la Administración dispone (multa equivalente a tres veces el precio mensual pactado en el contrato).

Algo similar —en cuanto a las formalidades que erróneamente pretende crear el legislador— ocurrió con el art. 109 del Decreto-Ley 14.219.

En efecto, el texto del malogrado artículo dispone que “a partir de la vigencia de la presente ley, todos los contratos de arrendamientos urbanos, deberán celebrarse por escrito”.

Pese al categórico texto, doctrina y jurisprudencia unánimes desde el propio advenimiento del citado cuerpo normativo se manifestó en afirmar la naturaleza jurídica del contrato de arrendamientos urbano continúa siendo consensual, no habiéndose derogado el inciso final del artículo 1776 C.C. en cuanto expresa que el arrendamiento se perfecciona por el mutuo consentimiento de las partes.

Sabidamente había referido Véscovi que el requisito establecido en el art. 109 es a los efectos de su prueba (*ad probationem*) y no un requisito de esencial de validez (*ad solemnitatem*)⁶.

Jacobo por su parte⁷, en opinión que compartimos plenamente, señalaba que el carácter social del estatuto de los alquileres urbanos y el principio in dubio pro locatario entre otros, nos conducen a la consensualidad del contrato de arrendamiento urbano.

La fundamentación esgrimida pasaba por diversos tópicos, entre ellos, que si la naturaleza jurídica fuese solemne, tendríamos un sinnúmero de contratos innominados, en los cuales si bien se arrendó, no se instrumentó el contrato por escrito.

En función de la aplicación del principio in dubio pro locatario, en caso de duda, debe interpretarse las normas en beneficio del arrendatario.

4.6 Contemplación de la figura del administrador

La norma señala que cuando un administrador de bienes inmuebles participe en la contratación y actúe en calidad de administrador realizando cobros por cuenta y orden del arrendador o subarrendador, se habilitará a que la acreditación en cuenta a la que refiere el inciso primero del artículo 39, pueda realizarse en su cuenta, siendo responsable solidario en caso de incumplimiento de la multa establecida en el inciso anterior.

La reglamentación establecerá los requisitos y condiciones que deberá cumplir dicho administrador a efectos de dar cumplimiento a lo establecido en este artículo.

⁶ VESCOVI, Eduardo. *Del Procedimiento en Arrendamientos y Desalojos Urbanos y Rurales*. Editorial Idea, Montevideo 1994, pág. 35.

⁷ JACOBO, Juan. *Pervivencia de la consensualidad en el contrato de locación urbana*. Editorial Amalio Fernández, Montevideo 1982.

4.7. ¿Qué sucede si el precio del arriendo se pacta en frutos naturales de la cosa?

El art. 1778 del Código Civil establece que el precio del arriendo puede pagarse en dinero y en frutos naturales de la cosa.

Ello determina la siguiente pregunta: ¿el texto abrogaría el art. 1778 CC en la parte que permite el pago en frutos naturales de la cosa?

Nuevamente nuestra opinión es negativa. La ley estableció que **el pago del precio en dinero**⁸ de todo arrendamiento o subarrendamiento sobre inmuebles, cuyo importe supere las 40 BPC (cuarenta Bases de Prestaciones y Contribuciones) en el año civil o su equivalente mensual, deberá cumplirse mediante acreditación en cuenta abierta en una institución de intermediación financiera a nombre del arrendador o subarrendador.

Nada dice ni por ello prohíbe, el pago del precio del arriendo con frutos naturales de la cosa, lo que en la ocasión, inhibiría del depósito bancario por obvias razones.

5.

CONCLUSIONES

La disposición en análisis busca una mejor fiscalización impositiva. En el caso, el efectivo control del pago del IRPF respecto de los alquileres, entre otros.

Con una pobre técnica legislativa, no advirtió graves consecuencias en perjuicio de la parte más débil del contrato —el arrendatario—, al pretender señalar que el pago del precio del arriendo solo puede probarse mediante depósito bancario.

El texto fue realizado en forma poco clara, no teniendo en cuenta la legislación proteccionista respecto de la figura del arrendador, quien en no pocas circunstancias no tiene alternativa frente a los requerimientos de su arrendador.

Tales iniquidades, cuyo amparo legal nuestro legislador reconoció oportunamente, no pueden ser descuidadas por una norma no especial, cuya motivación obedece a otros fines, en su caso, fiscales.

Advertimos que modificaciones estructurales de importancia, que puedan afectar institutos o contratos, deben producirse mediante leyes especiales que consideren en su conjunto, las modificaciones y las formas de afectación a otras normas, evitando con ello derivaciones no deseadas.

⁸ Subrayado y negritas del autor.

En lo medular, la modificación apunta a instrumentar el pago del arriendo mediante la acreditación en cuenta abierta en una institución de intermediación financiera a nombre del arrendador o subarrendador en su caso.

Para citar este artículo:

Tomé, Miguel, “Modificaciones del pago del precio en arrendamientos. Ley de inclusión financiera N° 19.210” en *Revista de Derecho- UCU*, 11 (Julio 2015), pp. 233-245

Recibido: 10/04/2015

Revisado: 29/4/2015

Observado: 6/05/2015

Aceptado: 03/06/2015

Problematiche della procreazione assistita:

*uno sguardo comparativo
tra Francia e Italia*

Problems of the assisted reproduction: a
comparative view between France and Italy

*Flavio Tovani**

RESUMEN: El artículo tiene como objetivo comparar la regulación de la procreación asistida en Francia e Italia, señalando cómo, debido a las numerosas intervenciones de la Corte Constitucional, la normativa italiana, originalmente caracterizada por una marcada protección del embrión, ha asumido un carácter amorfo y cada vez más similar a la legislación francesa. El resultado es la búsqueda de una protección de un supuesto derecho de la procreación en detrimento del derecho del niño a crecer con ambos padres biológicos y de los derechos de los no nacidos, cuyo estado se confirma extremadamente ambiguo.

ABSTRACT: The article aims to compare the regulation of assisted procreation in France and Italy, noting how, because of the numerous interventions of the Constitutional Court, the Italian regulations, originally characterized by a marked protection of the embryo, has assumed an amorphous character and more and more similar to the French legislation. The result is the search for a protection of an alleged right of procreation to the

* Université de Toulon (CDPC Jean-Claude Escarras, UMR DICE CNRS 7318), Francia, flaviotovani@tiscalit.it

detriment of the child's right to grow up with both biological parents and of the rights of the unborn, whose status is confirmed extremely ambiguous.

PALABRAS CLAVE: Reproducción asistida. Fecundación heteróloga. Filiación. Embriones sobrantes. Diagnóstico previo.

KEY WORDS: Assisted reproduction. Heterologous fertilization. Filiation. Supernumerary embryo. Pre.implantation diagnosis.

SUMARIO: **1.** Introduzione. **2.** La funzione della procreazione assistita. **3.** I soggetti che possono ricorrere alla procreazione assistita. **4.** La fecondazione eterologa. **5.** La filiazione del nato da procreazione assistita. **6.** Gli embrioni sovranumerari. **7.** La diagnosi preimpianto. **8.** Conclusioni.

1. INTRODUZIONE

Se la procreazione naturale costituisce un atto intimo e privato, la cui limitazione richiederebbe strumenti coercitivi incompatibili con la libertà personale, la procreazione assistita si svolge secondo modalità che ben possono essere controllate e regolate, tenendo conto delle condizioni in cui si troverà a vivere il bambino che dovrà nascere¹, in una delicata opera di bilanciamento fra i diritti e gli interessi di quest'ultimo e quelli di coloro che decidono di fare ricorso a tale pratica (per il diritto francese, art. L 2141-1 del codice della sanità pubblica, d'ora in avanti CSP, e, per il diritto italiano, art. 1, comma 1, l. 40/2004)². La difficoltà di tale bilanciamento, e della valutazione sull'opportunità stessa di dettare delle regole in una materia in cui il confronto fra opposte visioni etiche è particolarmente forte³, emerge anche dal ritardo con cui il legislatore è intervenuto, in un settore che ha portato a rivedere la nozione tradizionale della famiglia e del rapporto di filiazione⁴: in effetti, il vuoto legislativo è stato colmato, in Francia, soltanto con le cosiddette “leggi bioetiche” del 29 luglio 1994 (la l. 94-653 relativa al rispetto del corpo umano e la l. 94-654 relativa alla donazione e all'utilizzazione degli elementi e dei prodotti del corpo umano, all'assistenza

¹ Erica PALMERINI, “Fecondazione assistita”, in Natalino IRTI (a cura di), *Dizionario del diritto privato – Diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 748 ss.. Nonostante ciò, certa dottrina [Fausto CAGGIA, “Procreazione assistita, realizzazione esistenziale dei soggetti e funzione del diritto (breve riflessioni su alcuni problemi di costituzionalità della L. 19 febbraio 2004”, n. 40), in nota a Tribunale di Catania, 3 maggio 2004 (ordinanza), *Giurisprudenza Italiana*, 2004, p. 2097] ha criticato la l. 40/2004, ritenendo che, fornendo una regolamentazione piuttosto rigorosa della procreazione assistita, si ponga in contrasto con l'art. 29 Cost. che, parlando della famiglia come “società naturale fondata sul matrimonio”, ne sancisce l'autonomia rispetto all'ordinamento statale.

² Alain BÉNABENT, *Droit de la famille*, 2e édition, Montchrestien, Paris, 2012, p. 388; Hélène GAUMONT-PRAT, “L'évolution de l'assistance médicale à la procréation, liberté ou dépendance”, in MUZYNY, Petr, *La liberté de la personne sur son corps*, Dalloz, Paris, 2010, p. 66.

³ Vincent BONNET, *Droit de la famille*, 4e édition, Larcier, Bruxelles, 2014, p. 79; François TERRÉ – Dominique FENOUILLET, *Droit civil: La famille*, 8e édition, Dalloz, Paris, 2011, pp. 733 ss.

⁴ Hélène GAUMONT-PRAT, “L'évolution de l'assistance médicale à la procréation, liberté ou dépendance”, p. 65; Jacques, MASSIP, “L'insertion dans le code civil de dispositions relatives au corps humain, à l'identification génétique et à la procréation médicalement assistée”, *Deffrénois*, 1995, 3, pp. 129 ss.

medica alla procreazione e alla diagnosi prenatale), che hanno modificato il codice civile (d'ora in avanti, CC) e il codice della sanità pubblica, in seguito ulteriormente modificate dalla l. 2004-800 del 6 agosto 2004 e dalla l. 2011-814 del 7 luglio 2011 relativa alla bioetica, e, in Italia, addirittura solo con la l. 40 del 19 febbraio 2004, che è stata oggetto di numerosi e sostanziali interventi del giudice costituzionale che hanno finito per stravolgerne l'impostazione originaria.

2.

LA FUNZIONE DELLA PROCREAZIONE ASSISTITA

Secondo la prospettiva assunta sia dal legislatore francese che dal legislatore italiano, la procreazione assistita ha una funzione rimediale e sussidiaria rispetto alla procreazione naturale⁵ essendo possibile solo per casi di infertilità accertata medicalmente⁶ (art. L 2141-2, 1° comma, CSP e art. 1, 1° comma, e art. 4, 1° comma, l. 40/2004, che aggiunge il caso di sterilità⁷).

Tuttavia, mentre la legge francese (art. L 2141-2, 1° comma, CSP), convalidando la prassi precedente alla regolazione⁸, consente esplicitamente il ricorso a tale pratica a coppie non sterili, ma portatrici di una malattia di particolare gravità, senza fare alcuna distinzione fra malattie genetiche e infettive, la legge italiana lo vietava. Però, con le linee-guida del Ministero della Sanità dell'11 aprile 2008, la situazione dei portatori maschi di alcune malattie sessualmente trasmissibili (e precisamente H.I.V ed epatite B e C) è stata assimilata a quella di infertilità⁹.

⁵ Per il diritto francese, Alain BÉNABENT, *Droit de la famille*, p. 390; per il diritto italiano, Alberto GIUSTI, "Filiazione e adozione", in Umberto BRECCIA – Luciano BRUSCUGLIA – Francesco Donato BUSNELLI – Francesca GIARDINA – Alberto GIUSTI – Maria Leonarda LOI – Emanuela NAVARRETTA – Mauro PALADINI – Dianora POLETTI – Mario ZANA, *Diritto Privato – Parte Seconda*, UTET, Torino, 2004, p. 1039; Erica PALMERINI, "Fecondazione assistita", pp. 748 ss.

⁶ Preferibilmente da un medico diverso da chi si occuperà del trattamento di procreazione assistita (François TERRÉ – Dominique FENOUILLET, *Droit civil: La famille*, p. 778).

⁷ In particolare, la sterilità consiste "nell'incapacità di uno dei coniugi (o di entrambi) alla riproduzione per una serie di numerosi fattori", mentre l'infertilità "è ravvisabile [...] quando si riscontri una incompatibilità tra i due soggetti, che potrebbero di per sé non essere sterili" (Fernando SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita*, Giuffrè, Milano 2004, pp. 30 s.).

⁸ Stefano BANCHETTI, "Procreazione medicalmente assistita, diagnosi preimpianto e (fantasmi dell') eugenetica", commento a Trib. Cagliari, 16 luglio 2005 (ordinanza), *Giurisprudenza italiana*, 2005, p. 1170.

⁹ Resta esclusa la possibilità di ricorrere alla procreazione medicalmente assistita nel caso di impedimento al rapporto dovuto ad altre cause (come lo stato di detenzione del *partner*, v. Corte di Cassazione, sez. I pen., 25 maggio 2007, n. 20673, <http://www.altalex.com/index.php?idnot=37440>)

Inoltre, a seguito della sentenza del 2012 della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo¹⁰, la giurisprudenza interna¹¹ ha finito per ammettere la possibilità di ricorrere alla fecondazione assistita anche alle coppie dichiaratamente fertili, ma portatrici di malattie genetiche: in effetti, la *ratio* dell'art. 4, comma 1, l. 40/2004 appare quella di fornire un rimedio a chi abbia problemi di salute connessi a questioni procreative, il che accade tanto alle coppie sterili o infertili, quanto alle coppie fertili ma portatrici di malattie genetiche. D'altra parte, un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma non potrebbe che portare ad estendere anche a queste ultime la possibilità di ricorrere alla procreazione medicalmente assistita.

3.

I SOGGETTI CHE POSSONO RICORRERE ALLA PROCREAZIONE ASSISTITA

Per quanto riguarda i requisiti soggettivi, essi confermano la qualificazione della procreazione assistita quale atto terapeutico, finalizzata a superare la sterilità soltanto quando essa dipenda da una condizione patologica, al fine di assicurare al concepito l'esistenza di un ambiente familiare pronto ad accoglierlo e analogo a quello presente in caso di procreazione naturale¹²: la procreazione assistita è infatti aperta soltanto alle coppie di maggiorenti coniugate (o anche legate da un *pacte civil de solidarité*, nel caso francese) o conviventi *more uxorio* (senza, peraltro, che sia specificata una durata minima della convivenza), di sesso diverso¹³, in età potenzialmente fertile¹⁴, entrambi viventi (art. L 2141-2, 2° comma, CSP e art. 5, l. 40/2004), restando esclusa la possibilità di ricorrere all'inseminazione *post-mortem*¹⁵. Inoltre,

¹⁰ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 28 agosto 2012, n. 54270/10, *Giurisprudenza Italiana*, 2012, pp. 1993 ss., con commento di Paolo VENTURI.

¹¹ Tribunale di Roma, 23 settembre 2013 (ordinanza), con commento di Germano Rossini, <http://www.altalex.com/index.php?idu=123525&cmd5=75c4ad3a8a86c2d94a1e268510d2080d&cidnot=67121>. Già prima dell'intervento della CEDU, tuttavia, il Tribunale di Salerno, con l'ordinanza del 9 gennaio 2010 (*Guida al Diritto*, 2010 [10], pp. 62 ss., con commento di Antonino Poracciolo), aveva ammesso la diagnosi preimpianto nel caso di coniugi entrambi portatori di una malattia genetica, ritenendo che il loro diritto di procreare e il loro diritto alla salute sarebbero irrimediabilmente compromessi qualora la l. 40/2004 fosse interpretata nel senso di precludere l'accesso alla procreazione medicalmente assistita a coloro che, pur non affetti da sterilità o infertilità, abbiano un rischio concreto di mettere al mondo figli gravemente malati.

¹² Nadège COUDOING, *Les distinction dans le droit de la filiation*, Université du Sud Toulon Var 2007 (tesi), p. 176.

¹³ La necessità della differenza sessuale è stata dunque mantenuta anche nel diritto francese, nonostante l'introduzione del matrimonio fra omosessuali.

¹⁴ La valutazione, e il conseguente rifiuto della procreazione assistita per le coppie troppo giovani o troppo anziane, spetterà dunque all'*équipe* medica (Nadège COUDOING, *Les distinction dans le droit de la filiation*, p. 177).

¹⁵ Per il diritto francese, Vincent BONNET, *Droit de la famille*, p. 84; Catherine CHABERT-PELTAT – Alain BENSOUSSAN, *Les biotechnologies, l'éthique biomédicale et le droit*, Hermès, Paris, 1995, p. 135; per il diritto italiano,

nella stessa ottica, l'accesso a questa tecnica non è consentito qualora, anche prescindendo da eventuali patologie, la generazione di figli sia comunque impossibile, come nel caso di donne sole o di coppie omosessuali¹⁶ o, ancora, nel caso di chi si sia volontariamente sottoposto a interventi di sterilizzazione¹⁷.

In generale, si avverte una certa ostilità del legislatore nei confronti delle tecniche di fecondazione assistita¹⁸, non solo per il fatto che essa non sia aperta alle coppie che non abbiano problemi riproduttivi, ma anche per la previsione secondo cui i medici debbano prospettare alla coppia la possibilità di fare ricorso, in alternativa, all'adozione e all'affidamento (art. L 2141-10, 2° comma, CSP e art. 6, 1° comma, l. 40/2004). Inoltre, è previsto un periodo di riflessione, per cui dovranno decorrere, in Francia, almeno un mese fra il colloquio con i medici e la conferma della domanda (art. L 2141-10, 3° comma, CSP) e, in Italia, almeno sette giorni fra la manifestazione del consenso da parte dei richiedenti e l'applicazione delle tecniche di fecondazione assistita (art. 6, 3° comma, l. 40/2004).

4.

LA FECONDAZIONE ETEROLOGA

Il problema della finalità della fecondazione assistita e dei requisiti per accedervi è strettamente legato a quello delle tecniche consentite. In particolare, se in Francia la legge

Tribunale di Bologna, 31 maggio 2012, *Foro italiano*, 2012, I, pp. 3349 ss., con nota di Geremia CASABURI, che ha altresì considerato infondata l'eccezione, presentata dalla ricorrente del caso di specie, di illegittimità costituzionale del divieto. Apparirebbe opportuno, tuttavia, distinguere, sebbene la legge non lo faccia, tra inseminazione artificiale *post mortem* e reimpianto *post mortem* di un embrione concepito *ante mortem* (nella dottrina francese, Méлина DOUCHY-OU DOT, *Droit civil: Ire année: Introduction Personnes Famille*, 7e édition, Dalloz, Paris, 2013, p. 373; François TERRÉ – Dominique FENOUILLET, *Droit civil: La famille*, pp. 787 s.; nella giurisprudenza italiana, Tribunale di Bologna, 16 gennaio 2015 (ordinanza), con nota di Antonio SCALERA, http://www.quotidianogiuridico.it/Civile/embrioni_congelati_il_tribunale_di_bologna_autorizza_l_impianto_post_mortem_id1166664_art.aspx, che riconosce il diritto della donna ad ottenere in ogni momento l'impianto dell'embrione crioconservato e non abbandonato).

¹⁶ Erica PALMERINI, "Fecondazione assistita", pp. 748 ss.. Si ritiene, invece, possibile il ricorso a tale pratica nel caso di una coppia costituita da un transessuale e da un *partner* di sesso opposto, dal momento che l'infertilità risultante dal trattamento chirurgico e medico di tale sindrome ben può essere considerata come patologica (François TERRÉ – Dominique FENOUILLET, *Droit civil: La famille*, p. 778). Recentemente, comunque, la giurisprudenza francese si è espressa favorevolmente sulla possibilità, per il coniuge omosessuale di una donna che abbia concepito un figlio tramite inseminazione artificiale con donatore anonimo all'estero di adottare il figlio così concepito (Cour de Cassation, 22 septembre 2014 [avis], n° 14-70.006 [n° 15001 P], *Recueil Dalloz*, 2014, pp. 2031 ss., con commenti di Amélie DIONISI-PEYRUSSE e Anne-Marie LEROYER; Tribunal de Grande Instance de Nanterre, 8 juillet 2014, n° 13/14803, *Recueil Dalloz*, 2014, pp. 1669 ss.). Per una critica al divieto del ricorso alla procreazione assistita per le coppie omosessuali, v. Irène THÉRY, *Des humains comme les autres: Bioéthique, anonymat et genre du don*, Ed. de l'EHESS, Paris, 2010, pp.265 ss.

¹⁷ Méлина DOUCHY-OU DOT, *Droit civil: Ire année: Introduction Personnes Famille*, p. 372.

¹⁸ Per il diritto francese, Vincent BONNET, *Droit de la famille*, p. 84; per il diritto italiano, Erica PALMERINI, "Fecondazione assistita", pp. 748 ss.

ha sempre permesso sia la fecondazione omologa che quella eterologa, con la precisazione che comunque almeno un gamete deve appartenere ad un membro della coppia (art. L 2141-3 CSP), salvi casi eccezionali¹⁹, e con il divieto di maternità surrogata (art. 16-7 CC)²⁰, in Italia, invece, la legge, originariamente, consentiva soltanto la fecondazione omologa, vietando la fecondazione eterologa (art. 4, 3° comma, l. 40/2004)²¹. Tale limitazione, già criticata in dottrina²² in nome del diritto all'autoderminazione, comprendente anche i cc.dd. "diritti procreativi", dopo che già la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo²³, pronunciandosi sulla normativa austriaca in materia, aveva condannato, per violazione dell'art. 14 della Convenzione in combinato disposto con l'art. 8, il divieto, previsto in quel Paese, di fecondazione eterologa *in vivo* ma non di fecondazione eterologa *in vitro*, ritenendolo irrazionale, è recentemente caduta sotto la scure del giudice costituzionale²⁴.

Più precisamente, con la sentenza n. 142 del 10 giugno 2014²⁵, la Consulta, dopo aver enunciato che la scelta di avere o non avere figli è incoercibile e che la fecondazione eterologa non pone problemi di tutela della salute eccedenti la normale alea di ogni attività terapeutica, non ha accolto le obiezioni proposte dall'Avvocatura dello Stato, secondo la quale la dichiarazione di incostituzionalità della fecondazione eterologa avrebbe dato luogo a dei vuoti normativi e avrebbe violato l'interesse della persona nata dalla stessa, la quale correrebbe un rischio psichico legato ad una genitorialità non naturale, vedendo violato il diritto a conoscere la propria identità genetica.

Secondo la Corte, infatti, per i nati da fecondazione eterologa interverrebbe, per regolarne lo *status* giuridico e i rapporti coi genitori, la disciplina che già la l. 40/2004 prevede per il caso di fecondazione eterologa praticata in violazione del divieto previsto dalla legge stessa (cfr. §5), che esclude ogni relazione giuridica fra il donatore dei gameti e il nuovo nato,

¹⁹ L'art. L 2141-5 CSP prevede la possibilità che i membri della coppia possano consentire per iscritto a che un'altra coppia accolga gli embrioni soprannumerari, conservati ai sensi dell'art. L 2141-3 CSP, o che comunque non siano stati impiantati o per impossibilità di un esito positivo della procreazione assistita o per rinuncia a tale pratica o per decesso di uno dei membri della coppia (artt. L2141-4 II, 2141-5 e 2141-6 CSP), cfr. *Infra*.

²⁰ Divieto affermato fin dalla celebre sentenza resa dall'Assemblée plénière della Cour de Cassation il 31 maggio 1991 (n° 90-20.105, *Recueil Dalloz*, 1991, p. 417).

²¹ Tuttavia, già prima della sentenza n. 142/2014 della Corte Costituzionale esaminata in questo paragrafo, la giurisprudenza (Tribunale di Napoli, 14 luglio 2011 [decreto], *Foro Italiano*, 2012, I, pp. 3349 ss., con nota di Geremia CASABURI) aveva ritenuto che la trascrizione dell'atto di nascita del nato all'estero a seguito dell'uso di tecniche di procreazione medicalmente assistita non fosse in contrasto con l'ordine pubblico.

²² STEFANO RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma, 2012, pp. 284 s.

²³ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 1° aprile 2010, n. 57813/00, *Giurisprudenza Italiana*, 2011, pp. 776 ss., con nota di Marco RIZZUTI.

²⁴ La Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome, il 4 settembre 2014, ha poi fissato le linee-guida in materia, prevedendo che la fecondazione eterologa rientri nei livelli essenziali di assistenza a carico del Servizio Sanitario Nazionale per le donne fino ai 43 anni di età, con il limite di tre cicli di trattamento.

²⁵ Corte Costituzionale della Repubblica Italiana, 10 giugno 2014, n. 142, <http://www.altalex.com/index.php?idu=123525&cmd5=75c4ad3a8a86c2d94a1e268510d2080d&cidnot=67921>

prevedendo invece che questo abbia lo status di figlio della coppia che ha deciso di far ricorso alla fecondazione eterologa²⁶.

Per quanto riguarda, poi, il diritto a conoscere l'identità genetica, la Corte si richiama alla disciplina dell'adozione e, in particolare, alla modifica operata dall'art. 100, comma 1, lett. p), d.lgs. 154/2013, all'art. 28, comma 4, l. 184/1983, su modalità e limiti del diritto d'accesso dei genitori adottivi alle informazioni concernenti i genitori biologici dell'adottando, con cui è stato infranto il dogma della segretezza dell'identità dei genitori biologici, e alla sentenza della stessa Consulta n. 278/2013, che è andata nella stessa direzione con riferimento al divieto di accedere alle informazioni concernenti l'identità della madre che abbia partorito anonimamente²⁷.

Più in generale, il divieto di fecondazione eterologa sarebbe irrazionale, poiché finirebbe per negare il diritto alla genitorialità proprio alle coppie con patologie più gravi, laddove la legge, come si è visto, ha invece proprio lo scopo di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi dovuti a sterilità e infertilità.

Il divieto, quindi, costituirebbe una violazione del diritto della coppia a formare una famiglia con figli (con conseguente violazione del diritto alla salute psichica della coppia stessa), senza che sia giustificato dalle esigenze di tutela del nato, già garantito dall'applicazione della normativa esistente. Inoltre, esso realizzerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento tra le coppie in base alle disponibilità economiche delle stesse, dato che quelle più abbienti potranno aggirare il divieto recandosi all'estero, dove la fecondazione eterologa è consentita.

Ora, la sentenza della Corte Costituzionale italiana, che taccia di irrazionalità il divieto di fecondazione eterologa, finisce per risultare, invece, essa stessa irragionevole nel momento in cui, cercando di garantire presunti diritti alle coppie con problemi riproduttivi

²⁶ Non può non sottacersi come la sentenza della Corte Costituzionale implicitamente presupponga quell'evoluzione del diritto positivo e giurisprudenziale in cui ha sempre meno rilievo, nei rapporti familiari, il dato meramente biologico, a favore della visione della famiglia quale comunità in cui "si sviluppa la personalità del singolo e si fonda la sua identità", per cui si è ritenuto che "il diritto di essere assistito, mantenuto e curato, da parte di chi si sia liberamente e coscientemente obbligato ad accoglier[e] il minore] quale padre 'di diritto'" non debba essere sacrificato in nome della prevalenza del *favor veritatis*, analogamente a quanto, del resto, accade in caso di adozione (Tribunale di Roma, 12 ottobre 2012, *Foro Italiano*, 2012, I, pp. 3349 ss., con nota di Geremia CASABURI); la giurisprudenza non sembra però tenere in debito conto che la conoscenza della propria origine biologica è fondamentale nella creazione della propria identità

²⁷ Al contrario, la normativa francese prevede l'anonimato per il donatore di gameti (art. 16-8 CC e artt. L 1211-5 e 1244-7 CSP) e, anzi, il dispositivo contenuto nel progetto di legge relativo alla bioetica n° 2911 del 20 ottobre 2010, che prevedeva la possibilità per il nato a seguito di fecondazione eterologa di accedere alle informazioni relative alle proprie origini richiamando la normativa prevista nel caso di parto anonimo, è stato abbandonato, alla luce dell'impatto negativo che avrebbe avuto sui donatori (per i possibili effetti dissuasivi), sulle coppie riceventi (per la possibile insicurezza educativa) e sui nati stessi (per effetto di una rivelazione tardiva del ricorso alla fecondazione eterologa). Cfr. François TERRÉ – Dominique FENOUILLET, *Droit civil: La famille*, pp. 749 s. Ma in realtà è la previsione dell'anonimato ad essere perlomeno discutibile dal punto di vista del nuovo nato, ponendosi in contrasto con il diritto a conoscere le proprie origini riconosciuto a livello internazionale (cfr. Valérie DEPADT-SABAG, "Le don des gamètes ou d'embryons dans les procréations médicalement assistées: d'un anonymat imposé à une transparence autorisée", *Recueil Dalloz*, 2004, pp. 891 ss.)

senza tenere conto dell'interesse del frutto della procreazione, finisce per fare affermazioni in contrasto con principi emergenti altrove nell'ordinamento.

E' vero, infatti, come sostiene la Corte, che nel nostro ordinamento vi sarebbero istituti che avrebbero creato una frattura tra "genitorialità genetica" e "genitorialità legittima", ma non bisogna dimenticare che tali istituti hanno una funzione di rimedio a situazioni patologiche. D'altra parte, proprio nel caso più eclatante in cui tale frattura si manifesta, cioè quello dell'adozione, il legislatore premette (art. 1, comma 1, l. 184/1983) che il minore deve crescere nell'ambito della propria famiglia (biologica, evidentemente, in contrapposizione implicita a quella adottiva), con ciò affermando, in maniera inequivocabile, che la permanenza nella famiglia biologica, ove essa sia possibile, corrisponde all'interesse del minore. D'altra parte, l'esistenza della possibilità di risalire alle proprie origini genetiche non costituisce certo la soluzione a eventuali problemi psichici d'identità derivanti dal fatto di crescere con genitori non biologici, come sembrerebbe sostenere la Consulta, ma piuttosto la prova che l'ordinamento riconosce come probabile l'insorgenza di tali problemi e cerca di porvi un rimedio, che però, come tutti i rimedi, non può che essere parziale e non completamente risolutivo. Insomma, la Corte, nella ricerca della tutela della salute psichica della coppia infertile o sterile, sembra dimenticare la *ratio* degli istituti richiamati, con ciò sottovalutando il problema delle conseguenze psichiche negative sul nascituro e trasformando in un diritto della coppia la creazione di una situazione oggettivamente patologica: il nato dalla fecondazione eterologa si troverà nella stessa situazione di abbandono (da parte di un genitore biologico) in cui si trova il minore in stato di adottabilità (abbandonato da entrambi i genitori biologici), con la differenza che, nel secondo caso, attraverso l'adozione lo Stato porrà rimedio ad una situazione patologica non prevedibile o, comunque, non evitabile in alcun modo (a meno di non voler porre limitazioni alla procreazione naturale attraverso strumenti incompatibili con la libertà personale, cfr. §1), mentre nel primo caso la situazione patologica è stata voluta e programmata come tale²⁸.

²⁸ Assolutamente poco convincente, poi, è l'argomentazione della Corte secondo cui, dal momento che le coppie più abbienti, in vigenza del divieto, potevano andare all'estero per aggirarlo (il cd. "turismo procreativo", su cui v. Stéphanie HENNET-VAUCHEZ, *Le droit de la bioéthique*, La Découverte, Paris, 2009, pp. 60 s) fosse ravvisabile una violazione del principio di uguaglianza fissato dall'art. 3 Cost.: si tratta di una situazione di mero fatto, da cui la Corte, però, dicendo che si tratta del "diretto effetto delle norme in esame", vuole ricavare un argomento giuridico. Tuttavia, l'applicazione dello stesso principio porterebbe evidentemente all'assurda conseguenza di non poter legiferare in maniera diversa dagli altri Paesi in tutti quei casi in cui sia possibile recarsi all'estero per svolgere attività non consentite dalla legge italiana: di conseguenza, anche altri divieti imposti da quest'ultima, come quello di procreazione assistita *post mortem*, dovrebbero considerarsi incostituzionali per violazione dell'art. 3 Cost., dal momento che possono essere aggirati recandosi in Paesi con una normativa diversa, come il Belgio o la Spagna. Infine, non bisogna dimenticare che, comunque, la fecondazione eterologa, per sua stessa natura, non consente che la generazione di un essere umano geneticamente figlio di uno solo dei membri della coppia: se, come sostiene la Corte Costituzionale italiana, la filiazione può oggi prescindere dal dato biologico, senza conseguenze pregiudizievoli per il figlio, non si capisce perché i membri della coppia non possano allora

5.

LA FILIAZIONE DEL NATO DA PROCREAZIONE ASSISTITA

In ogni caso, la sentenza della Corte Costituzionale italiana conferma che, nel caso in cui si ricorra alle tecniche di procreazione assistita, il rapporto di filiazione non dipende dalla realtà genetica, ma dalla manifestazione del consenso al ricorso a tali tecniche²⁹: il nuovo nato, infatti, acquisisce dunque lo stato di figlio³⁰ della coppia che ha manifestato il consenso³¹. Più precisamente, in Italia ciò avviene in maniera automatica (art. 8, l. 40/2004), mentre in Francia ciò avviene applicando le regole previste per la filiazione biologica, con la conseguenza che, nel caso in cui la coppia sia sposata, opererà la presunzione di paternità del marito, mentre, nel caso in cui la coppia conviva *more uxorio*, sarà necessario il riconoscimento di paternità, con la precisazione, tuttavia (e qui sta la novità), che, nel caso in cui colui che ha prestato il consenso rifiuti il riconoscimento, sarà responsabile nei confronti della madre e del figlio³² (art. 311-20, comma 4, CC francese) e la paternità sarà dichiarata giudizialmente (comma 5), lasciando così, eventualmente, la possibilità alla madre di non richiedere la dichiarazione di paternità³³: chiaramente, in questa azione, la prova non verterà sulla verità biologica della paternità, ma soltanto sul fatto che sia stato prestato il consenso alla procreazione e non sia stato revocato in tempo utile³⁴.

ricorrere allo strumento dell'adozione, dato che l'adottato sarà riconosciuto, a livello legale e sociale, come loro figlio a tutti gli effetti.

²⁹ David BAKOUCHE – Anne LE QUINQUIS, “Le consentement du couple en cas de procréation médicalement assistée avec donneur”, in GOBERT, Michelle (sous la direction de), *Médecine, bioéthique et droit: Questions choisies*, Economica, Paris, 1999, p. 131; Vincent BONNET, *Droit de la famille*, p. 86

³⁰ La l. 219/2012 (su cui v. Flavio TOVANI, “Notas sobre la reforma de la filiacion en Italia”, *Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones*, 2013 (I), pp. 111 ss.) ha abolito anche in Italia la distinzione tra figli legittimi e naturali.

³¹ Il consenso va espresso necessariamente per iscritto (art. L 2141-10, comma 4, CSP e art. 6, comma 3, l. 40/2004). Inoltre, in Francia, è previsto che esso vada raccolto da un notaio o da un giudice (art. 311-20 CC e art. L 2141-10, comma 7).

³² La riparazione, secondo le regole del diritto comune della responsabilità civile, potrà essere sia per equivalente sia in forma specifica, eventualmente imponendo al padre di accogliere o di alloggiare il figlio (François TERRÉ – Dominique FENOUILLET, *Droit civil: La famille*, p. 804). La disposizione, peraltro, ha suscitato dei dubbi laddove prevede la responsabilità del convivente verso la convivente, ma non il contrario (Jean-Jacques LEMOULAND, “Procréation médicalement assistée et droit de la filiation”, *Recueil Dalloz*, 1995, pp. 15 ss.). Si discute, inoltre, se la madre possa intentare l'azione per i sussidi di cui all'art. 342 CC francese ma, in ogni caso, la previsione della responsabilità di cui *supra* permette di ottenere un risultato equivalente (Jacques, MASSIP, “L'insertion dans le code civil de dispositions relatives au corps humain, à l'identification génétique et à la procréation médicalement assistée”, pp. 129 ss.).

³³ Pierre VOIRIN – Gilles GOUBEAUX, *Droit civil: Tome 1: Introduction au droit – Personnes – Famille – Personnes protégées – Biens – Obligations – Sûretés*, 34e édition, LGDJ, Paris, 2013, p. 163; Benoît RENAUD, “Procréation médicalement assistée et filiation”, *Actualité Juridique Famille*, 2003, pp. 167 ss.

³⁴ Frédérique GRANET-LAMBRECHTS, “Filiation de l'enfant conçu par procréation assistée avec don de gamètes: dispositions spéciales”, in MURAT, Pierre (sous la direction de), *Droit de la famille*, 6e édition, Dalloz, Paris, 2013, p. 723.

Queste regole valgono sia nel caso di fecondazione omologa sia nel caso di fecondazione eterologa³⁵: evidentemente, dunque, non sarà possibile alcuna azione di contestazione della filiazione così stabilita³⁶ (art. 311-20, comma 2, CC francese³⁷ e art. 9, comma 1, l. 40/2004), dato che non avrebbe alcun senso consentire a qualcuno di programmare la nascita di un figlio per poi rifiutare di assumersene gli oneri³⁸.

Per quanto riguarda, poi, la possibilità, riconosciuta nel caso di procreazione naturale, di partorire anonimamente, mentre la legge italiana categoricamente la esclude nel caso di procreazione assistita (art. 9, comma 2, l. 40/2004), la legge francese tace sul punto, con ciò lasciando aperta tale strada, anche se la dottrina³⁹ ritiene di poter estendere a entrambi i genitori l'obbligo di stabilire il vincolo di filiazione, esplicitamente affermatosi solo per il padre.

Da quanto detto, deriva che solo nel caso in cui si dimostri che uno dei membri della coppia non ha effettivamente e previamente prestato il consenso alla fecondazione eterologa, oppure l'ha ritirato prima della fecondazione (cfr. art. L 2141-2 CSP e art. 6, comma 3, l. 40/2004)⁴⁰, sarà possibile contestare il rapporto di filiazione, oppure rifiutare il riconoscimento ove questo sia necessario per stabilire il vincolo parentale⁴¹. Viceversa, nell'ipotesi di un vizio nell'espressione del consenso, si verificherebbe ugualmente, secondo la dottrina⁴², l'acquisto dello stato di figlio, salvo che il vizio non sia così grave da potersi ravvisare la mancanza stessa del consenso.

³⁵ Alberto GIUSTI, "Filiazione e adozione", p. 1039

³⁶ E' da rilevare, comunque, che anche prima dell'entrata in vigore della l. 40/2004 la giurisprudenza, anche costituzionale, aveva ritenuto che la prestazione del consenso alla fecondazione eterologa impedisse il successivo disconoscimento del figlio attraverso l'azione di disconoscimento di paternità (Flavio TOVANI, "Doveri genitoriali, potestà e responsabilità civile, *Invictus*, Cesena, 2013, pp. 57 s.; Flavio TOVANI, "La responsabilità aquiliana nelle relazioni personali tra familiari, *La Riflessione*, Cagliari, 2010, pp. 138 ss.). E' chiaro che, in tal caso, mancando un vero e proprio riconoscimento di paternità, e anzi derivando l'instaurazione del rapporto di filiazione dalla stessa legge ed essendo vietato il disconoscimento della paternità così instaurata, non potrà ravvisarsi alcuna responsabilità del genitore nei confronti del figlio per la mancata corrispondenza fra la verità biologica e la verità giuridica (sul tema della responsabilità per riconoscimento non veritiero di paternità, v. Flavio TOVANI, *La responsabilità aquiliana nelle relazioni personali tra familiari*, pp. 212 ss.).

³⁷ Secondo quanto precisato dalla Corte di Cassazione francese, la norma vale solo per i figli nati dopo la sua entrata in vigore (v. Jean-Jacques LEMOULAND, "Procréation médicalement assistée et droit de la filiation", *Recueil Dalloz*, 1995, pp. 15 ss.).

³⁸ Alain BÉNABENT, *Droit de la famille*, p. 388; François TERRÉ – Dominique FENOUILLET, *Droit civil: La famille*, p. 811.

³⁹ Vincent BONNET, *Droit de la famille*, p. 87; Benoît RENAUD, "Procréation médicalement assistée et filiation", pp. 167 ss.

⁴⁰ O, ancora, gli effetti del consenso siano venuti meno (art. 311-20, commi 2 e 3, CC francese) o si sostenga che il figlio non sia nato da procreazione medicalmente assistita (art. 311-20, comma 2, CC francese).

⁴¹ Per il diritto francese, Frédérique DREIFUSS-NETTER, "Adoption ou assistance médicale à la procréation: quelles familles", *Recueil Dalloz*, 1998, pp. 100 ss.; per il diritto italiano, Corte di Cassazione, sez. I civ., 11 luglio 2012, n. 11644, *Foro Italiano*, 2012, I, pp. 3348 ss., con nota di Geremia CASABURI, che tuttavia, nel caso di specie, rigetta il ricorso a causa dell'intervenuto decorso del termine di decadenza annuale fissato dall'art. 244 c.c.

⁴² ERICA PALMERINI, "Fecondazione assistita", pp. 748 ss.

Nessuna relazione si instaura, invece, fra il nuovo nato e il donatore di gameti, al quale, anzi, è preclusa ogni possibilità di instaurare un vincolo di filiazione (art. 311-19, comma 2, CC francese e art. 9, comma 3, l. 40/2004)⁴³, a meno che l'uso dei gameti stessi non sia avvenuto senza il suo consenso⁴⁴.

6.

GLI EMBRIONI SOVRANNUMERARI

I limiti della normativa francese e italiana in materia di procreazione assistita, che già sono emersi nell'esame delle condizioni di accesso, confrontando, da un lato, la legittimazione di tale pratica da parte dei due legislatori e, dall'altro, la loro implicita diffidenza nei confronti della stessa, emergono ancora più forti laddove si arrivi ad analizzare la disciplina relativa ai cc.dd. "embrioni sovrannumerari", e ciò, sostanzialmente, a causa della mancanza di una definizione chiara dello statuto giuridico del prodotto del concepimento che, da un lato, non viene considerato quale essere umano ma che, dall'altro, si ritiene comunque meritevole di una qualche tutela.

La normativa francese consente, infatti, da un lato consente la produzione di embrioni sovrannumerari ma, dall'altro, la limita a quanto strettamente necessario alla riuscita della procreazione assistita stessa e tenendo conto del procedimento utilizzato (art. L 2141-3, 2° comma), con l'ulteriore precisazione secondo cui devono comunque essere privilegiati quei procedimenti che limitino il numero di embrioni conservati (art. L 2141-1, 5° comma).

Per quanto riguarda, poi, la sorte degli embrioni conservati (qualora la coppia non voglia ricorrere nuovamente alla fecondazione *in vitro*, nel qual caso gli embrioni già esistenti dovranno essere impiantati prima di poterne produrre di nuovi, art. L 2141-3, 4° comma), i membri della coppia i cui embrioni sono conservati devono essere consultati annualmente per iscritto (art. L 2141-4-I) e, qualora non abbiano più un progetto parentale o uno dei due sia deceduto, potranno dare il loro consenso a che gli embrioni siano accolti da un'altra coppia o costituiscano l'oggetto di una ricerca scientifica o, ancora, siano distrutti (art. L

⁴³ L'eventuale riconoscimento del figlio nato dai suoi gameti è dunque nullo (Jacques, MASSIP, "L'insertion dans le code civil de dispositions relatives au corps humain, à l'identification génétique et à la procréation médicalement assistée", pp. 129 ss.) La normativa francese precisa poi che il consenso del donatore di gameti (e del suo *partner* nel caso in cui faccia parte di una coppia) debba essere espresso per iscritto e sia liberamente revocabile fino all'utilizzazione dei gameti stessi (art. 1244-2 CSP), che il dono debba essere gratuito (cfr. art. 16-6 CC e artt. L 1211-4 e 1244-7 CSP) e che non possano essere deliberatamente concepiti, tramite il ricorso ai gameti dello stesso donatore, più di dieci bambini (art. L 1244-4 CSP).

⁴⁴ François TERRÉ – Dominique FENOUILLET, *Droit civil: La famille*, pp. 814 s.

2141-4-II). E' previsto, inoltre, che gli embrioni siano distrutti anche nel caso in cui i membri della coppia non rispondano alle richieste di cui all'art. L 2141-4-I per cinque anni o, sempre dopo tale lasso di tempo, l'embrione non sia stato accolto da un'altra coppia.

In Italia, invece, se l'impianto originario della l. 40/2004 era in sé coerente, esso risultava comunque in contrasto, come anticipato *supra*, con le norme emergenti altrove nell'ordinamento.

Da un lato, infatti, l'art. 14 l. 40/2004, in linea con i principi generali ispiratori della legge⁴⁵, vietando la crioconservazione e la soppressione di embrioni, imponeva di produrre un numero di embrioni non superiore a quanto necessario per un unico e contemporaneo impianto, e comunque non più di tre (senza peraltro prevedere nulla sulla sorte degli embrioni eventualmente prodotti, in violazione di legge, in sovrannumero): questi, dunque, una volta prodotti dovevano essere necessariamente impiantati, salvo in caso di documentata causa di forza maggiore non prevedibile al momento della prestazione del consenso, essendo possibile, in tal caso, procedere alla crioconservazione degli embrioni, allo scopo, però, di procedere all'impianto degli stessi non appena possibile.

Dall'altro lato, però, quest'obbligo era stato, fin da subito, oggetto di numerose critiche per l'evidente contrasto che veniva a delinearsi fra l'obbligo di impiantare tutti gli embrioni, anche se malati, e la possibilità di far ricorso successivamente all'interruzione terapeutica di gravidanza: insomma, esso, in nome del diritto alla vita dell'embrione, non prendeva assolutamente in considerazione eventuali rischi per la salute della donna, con ciò creando un'ingiustificata disparità di trattamento rispetto al ben diverso temperamento di interessi che viene invece effettuato dalla l. 194/1978⁴⁶, disparità ancora più irragionevole se si considera che, così, si finiva per tutelare maggiormente l'embrione *in vitro* rispetto al feto in grembo⁴⁷.

Di conseguenza, la Corte Costituzionale, con la sentenza 8 maggio 2009, n. 151⁴⁸, ha ravvisato la non legittimità dell'art. 14, 2° e 3° comma, per contrasto con gli artt. 3 e 32 Cost., nella parte in cui pone il limite di produzione di tre embrioni, a prescindere dalle

⁴⁵ Erica PALMERINI, "La legge sulla procreazione assistita al primo vaglio giurisprudenziale", commento a Tribunale di Catania, 3 maggio 2004 (ordinanza), *Famiglia*, 2004, p. 967.

⁴⁶ Stefano BANCHETTI, "Procreazione medicalmente assistita, diagnosi preimpianto e (fantasmi dell') eugenetica", commento a Trib. Cagliari, 16 luglio 2005 (ordinanza), *Giurisprudenza italiana*, p. 1175; Erica PALMERINI, "La legge sulla procreazione assistita al primo vaglio giurisprudenziale", p. 973.

⁴⁷ Stefano BANCHETTI, "Procreazione medicalmente assistita, diagnosi preimpianto e (fantasmi dell') eugenetica", p. 1175.

⁴⁸ Corte Costituzionale della Repubblica Italiana, 8 maggio 2009, n. 151, *Giurisprudenza Italiana*, 2010, pp. 281 ss., con commenti di Lara TRUCCO, Daniele CHINNI e Giovanna RAZZANO. Per l'ordinanza di rimessione, v. Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Roma, III sez. *quater*, 21 gennaio 2008, n. 398, *Giurisprudenza Italiana*, 2008, pp. 1902 s.

condizioni soggettive della donna che di volta in volta si sottopone alla procreazione medicalmente assistita, e prevede comunque l'obbligo di impianto, senza tenere in considerazione l'eventuale pregiudizio per la salute della stessa: secondo la Consulta, tale limite porta a una moltiplicazione dei cicli di fecondazione, dato che, in genere, i tre embrioni non sono sufficienti a dar luogo ad una gravidanza, e la salute della donna è messa a rischio dall'obbligo di impianto contemporaneo di tutti e tre gli embrioni⁴⁹. Insomma, la Corte giustifica il sacrificio di un certo numero di embrioni al fine di garantire una concreta aspettativa di gravidanza limitando i rischi per la salute della gestante⁵⁰: il diritto alla vita del concepito viene così affievolito dalle esigenze procreative, cioè, in sostanza, dallo stesso desiderio di avere un figlio⁵¹.

La sentenza della Consulta ha dunque ravvicinato la normativa italiana a quella francese sotto diversi aspetti.

In primo luogo, essa ha portato al superamento del limite dei tre embrioni, stabilendo, però, al contempo, che il loro numero non debba comunque essere superiore a quello strettamente necessario.

In secondo luogo, da tale apertura deriva l'implicita parziale abrogazione del divieto di crioconservazione previsto dall'art. 14, comma 1, l. 40/2004, dato che gli embrioni sovrannumerari, non potendo certo essere distrutti, dovranno necessariamente essere crioconservati (peraltro, contrariamente a quanto previsto in Francia, senza limiti di tempo): insomma, il divieto mantiene la sua validità nei confronti di un ripensamento arbitrario delle parti private, ma non opera nei confronti del medico che decida di non procedere all'impianto per ragioni di carattere sanitario⁵².

Infine, ha offerto nuovi argomenti ai sostenitori della liceità, nell'ordinamento italiano, della diagnosi preimpianto.

⁴⁹ AA. VV., *Diritto costituzionale*, p. 139.

⁵⁰ Lara TRUCCO, "Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide (almeno in parte) di decidere", commento a Corte Costituzionale della Repubblica Italiana, 8 maggio 2009, n. 151, *Giurisprudenza Italiana*, 2010, p. 287.

⁵¹ Giovanna RAZZANO, "L'essere umano allo stato embrionale e i contrappesi alla sua tutela. In margine alla sentenza della Corte costituzionale n. 151/2009 e all'ordinanza del Tribunale di Bologna del 29 giugno 2009", commento a Corte Costituzionale della Repubblica Italiana, 8 maggio 2009, n. 151, *Giurisprudenza Italiana*, 2010, p. 296.

⁵² Daniele CHINNI, "La procreazione medicalmente assistita tra "detto" e "non detto". Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge. n. 40/2004", commento a Corte Costituzionale della Repubblica Italiana, 8 maggio 2009, n. 151, *Giurisprudenza Italiana*, 2010, p. 292 s.

7.

LA DIAGNOSI PRE-IMPIANTO

La diagnosi preimpianto consiste in un accertamento genetico che, tramite il prelievo di una o più cellule dall'embrione, permette di determinare se esso sia portatore di gravi malattie ereditarie.

La legge francese autorizza tale pratica soltanto a titolo eccezionale, nel caso in cui vi sia un rischio importante di trasmissione di una grave malattia genetica (art. L 2131-4 CSP). Inoltre, essa deve riguardare solo ed esclusivamente la malattia per la quale la coppia è a rischio, il che consente di evitare ogni possibile deriva eugenetica⁵³.

In Italia, invece, il testo normativo è più ambiguo, e manca un esplicito divieto⁵⁴: l'art. 13 l. 40/2004, infatti, vieta ogni sperimentazione sull'embrione, consentendo la ricerca clinica sullo stesso esclusivamente per "finalità [...] terapeutiche e diagnostiche [...] volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso", con l'esclusione di "ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti".

Ciò ha portato, in dottrina, all'emersione di due orientamenti opposti. Secondo un primo orientamento, inizialmente maggioritario, essa sarebbe vietata⁵⁵: ciò sulla base dell'assenza delle finalità terapeutiche e diagnostiche volte a tutela dell'embrione, anche a causa dell'insussistenza di ogni possibilità di cura delle malattie eventualmente diagnosticabili con il ricorso a tale tecnica⁵⁶. Tale tesi, del resto, oltre ad essere stata confermata dalle linee-guida ministeriali del 22 luglio 2004 che, dopo aver proibito "ogni diagnosi preimpianto a finalità eugenetica"⁵⁷, prevedevano che "ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati in vitro, ai sensi dell'art. 14 comma 5, [avrebbe] dov[uto] essere di tipo osservazionale", appare conforme ai criteri ispiratori della legge⁵⁸: d'altra parte, è chiaro che la Consulta, nel dichiarare manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale⁵⁹ sollevata

⁵³ Stéphanie HENNET-VAUCHEZ, *Le droit de la bioéthique*, p. 63 s.. Tuttavia, con l'introduzione dell'art. 2131-4-1 CSP si è, in sostanza, introdotta una finalità terapeutica della diagnosi preimpianto a vantaggio non solo dell'embrione ma anche del suo fratello già nato e affetto da una grave e incurabile malattia genetica.

⁵⁴ Stefano BANCHETTI, "Procreazione medicalmente assistita, diagnosi preimpianto e (fantasmi dell') eugenetica", 2005, p. 1171; v. anche, in giurisprudenza, Tribunale di Cagliari, 24 settembre 2007, <http://www.altalex.com/index.php?idstr=20&idnot=38969>

⁵⁵ v. Erica PALMERINI, "La legge sulla procreazione assistita al primo vaglio giurisprudenziale", p. 965.

⁵⁶ v. Tribunale di Cagliari, 16 luglio 2005 (ordinanza), *Giurisprudenza Italiana*, 2005, pp. 1168, con commento di Stefano BANCHETTI; ; *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2006, pp. 614, con nota di Erica PALMERINI.

⁵⁷ Sulla stessa linea, le linee-guida del 2008, che escludono "qualsiasi diagnosi a fini eugenetici". Resta aperto, però, il problema di definire i confini di cosa si intenda per "eugenetica" (Carlo Maria MARTINI – Ignazio MARINO, *Creder e conoscere*, Einaudi, 2012, pp. 14 s.).

⁵⁸ v. Tribunale di Cagliari, 16 luglio 2005 (ordinanza), *Giurisprudenza Italiana*, 2005, pp. 1168; *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2006, pp. 614.

⁵⁹ Corte Costituzionale della Repubblica Italiana, 9 novembre 2006, n. 369, *Giurisprudenza Italiana*, 2007, pp. 1617 ss., con commento di Lara TRUCCO.

dal Tribunale di Cagliari il 16 luglio 2005⁶⁰, nel chiarire come il divieto fosse desumibile non solo dall'articolo impugnato ma anche da altri articoli della legge e, soprattutto, dal testo legislativo nel suo complesso "alla luce dei suoi criteri ispiratori", abbia fatto emergere la consapevolezza dei giudici che una pronuncia di incostituzionalità sul punto avrebbe potuto portare a effetti dirompenti sull'intero testo legislativo, minandone i principi fondamentali⁶¹.

L'orientamento inizialmente minoritario, invece, sostiene la legittimità di tale pratica, a patto che sia richiesta dai soggetti previamente ammessi alle tecniche di fecondazione assistita al fine di ottenere un'adeguata informazione sugli embrioni da impiantare, conformemente a quanto previsto dall'art. 14, 5° comma, della legge⁶²: il divieto imposto dalle linee-guida ministeriali sarebbe stato dunque *contra legem* e, come tale, avrebbe dovuto essere disapplicato⁶³. Numerosi sono gli argomenti a sostegno di tale tesi.

In primo luogo, si è osservato come il ritenere penalmente sanzionata l'eventuale inosservanza di un presunto divieto di diagnosi preimpianto sarebbe in contrasto con il principio di tassatività vigente in materia penale, comportando un'indebita estensione della punibilità al di là di quando previsto dalla legge⁶⁴.

Inoltre, è stata posta in rilievo la distinzione fra la ricerca clinica, cioè quell'attività volta ad accrescere le conoscenze in un determinato settore, e il semplice esame clinico, volto all'informazione e alla cura del singolo paziente: l'art. 13 farebbe riferimento solo alla prima, al fine di realizzare il contemperamento fra l'interesse collettivo alla ricerca e alla sperimentazione scientifica e l'aspettativa di vita del singolo embrione, mentre l'art. 14, comma 5, prevedendo esplicitamente il diritto della coppia ad essere informata "sullo stato di salute degli embrioni", sarebbe finalizzato proprio ad assicurare un'adeguata informazione su quello che è a tutti gli effetti un trattamento sanitario, cioè l'impianto dell'embrione prodotto *in vitro*⁶⁵.

Infine, cercando di conciliare la legge sulla procreazione assistita e quella sull'interruzione volontaria della gravidanza, bilanciando quindi il diritto alla salute della donna con gli interessi del concepito, si è sostenuto che il riferimento alle condizioni di salute della

⁶⁰ Tribunale di Cagliari, 16 luglio 2005 (ordinanza), *Giurisprudenza Italiana*, 2005, pp. 1167 ss.; *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2006, pp. 613 ss.

⁶¹ Lara TRUCCO, "La procreazione medicalmente assistita al vaglio della Corte costituzionale", commento a Corte Costituzionale della Repubblica Italiana, 9 novembre 2006, n. 369, pp. 1621 s.

⁶² Stefano Banchetti, "Procreazione medicalmente assistita, diagnosi preimpianto e (fantasmi dell') eugenetica", p. 1171; v. anche, in giurisprudenza, Tribunale di Cagliari, 24 settembre 2007, <http://www.altalex.com/index.php?idstr=20&idnot=38969>

⁶³ Tribunale di Cagliari, 24 settembre 2007; Tribunale di Firenze, 17 dicembre 2007 (ordinanza), <http://www.altalex.com/index.php?idnot=39813>

⁶⁴ Tribunale di Cagliari, 24 settembre 2007

⁶⁵ Tribunale di Cagliari, 24 settembre 2007. Sulla stessa linea, Tribunale di Cagliari, 12 novembre 2012 (ordinanza), *Foro italiano*, 2012, I, pp. 3349 ss., con nota di Geremia Casaburi.

gestante costituisca un richiamo alle condizioni per procedere all'interruzione volontaria della gravidanza⁶⁶.

Dopo la succitata sentenza della Corte Costituzionale italiana che, consentendo produzione di embrioni sovrannumerari, ha implicitamente aperto la strada ad una selezione degli stessi, sul punto è intervenuta la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, con sentenza 28 agosto 2012, n. 54270: essa ha considerato l'art. 14, comma 5, così come integrato dalle linee-guida del Ministero della Salute del 21 luglio 2004, in contrasto con il diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8, 2° comma, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Secondo i giudici di Strasburgo, la l. 40/2004 è incoerente, dato che, da un lato, impedisce la selezione genetica degli embrioni *in vitro* non soggetti a fibrosi cistica ai fini dell'impianti sulla madre ma, dall'altro, consente l'aborto terapeutico se l'embrione è affetto dalla stessa patologia: insomma, obbliga la madre a una gravidanza naturale, nonostante il forte rischio che l'embrione sia affetto da fibrosi cistica e che, dunque, si debba ricorrere all'aborto con trauma che ne consegue⁶⁷. Secondo la Corte, inoltre, non vi sarebbe affatto il rischio di una deriva eugenetica, come paventato dal Governo italiano, dato che, fatta salva la malattia in oggetto, resterebbero tutte le altre incognite in merito al successo della gravidanza e alla presenza di eventuali altre patologie⁶⁸.

La decisione della CEDU, dunque, da un lato conferma la correttezza di quella tesi, dottrinale e giurisprudenziale, che ravvisava, nel combinato disposto degli artt. 13 e 14, comma 5, l. 40/2004 e nello spirito complessivo della legge stessa, l'affermazione del divieto della diagnosi preimpianto (malgrado il sopravvenuto e già citato intervento della Corte Costituzionale sugli embrioni sovrannumerari), ma, dall'altro, stabilisce la contrarietà di tale divieto alle norme convenzionali.

Il risultato, però, sarebbe una sorta di discriminazione al contrario: infatti, siccome la procreazione medicalmente assistita è comunque consentita soltanto alle coppie sterili o infertili, consentire la diagnosi preimpianto significa consentire soltanto a tali coppie la possibilità di ricorrervi per avere figli sani, mentre le altre si vedrebbero preclusa tale possibilità⁶⁹.

⁶⁶ Tribunale di Cagliari, 24 settembre 2007. Sulla stessa linea, Tribunale di Cagliari, 12 novembre 2012 (ordinanza), pp. 3349 ss.

⁶⁷ Paolo VENTURI, "Sulla legittimità della legge n. 40/2004 sulla procreazione assistita in relazione alla Cedu", commento a Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 28 agosto 2012, n. 54270/10, *Giurisprudenza Italiana*, 2012, pp. 1996; AA. VV., *Diritto costituzionale*, XX edizione, Simone, Napoli 2013, p. 139

⁶⁸ Paolo VENTURI, "Sulla legittimità della legge n. 40/2004 sulla procreazione assistita in relazione alla Cedu", pp. 1996. Nel caso di specie, il Tribunale di Roma, con ordinanza del 23 settembre 2013 (<http://www.altalex.com/index.php?idu=123525&cmd5=75c4ad3a8a86c2d94a1e268510d2080d&idnot=67121>), con commento di Germano Rossini, ha poi ammesso la coppia, dichiaratamente feconda ma affetta da una malattia genetica, alla diagnosi preimpianto, attraverso la disapplicazione della normativa interna in contrasto con quella europea.

⁶⁹ Lara TRUCCO, "Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide (almeno in parte) di decidere", p. 286.

8.

CONCLUSIONI

In conclusione, l'impianto originario della l. 40/2004 si caratterizzava per una marcata tutela dell'embrione, a cui veniva assicurata una soggettività che finiva per porlo sullo stesso piano degli altri soggetti coinvolti (padre e madre)⁷⁰, ma che, inevitabilmente, non poteva non scontrarsi con la diversa impostazione che caratterizza l'ordinamento italiano, a partire da quando la legge n. 194 del 22 maggio 1978 sulla tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria di gravidanza, pur affermando la tutela della vita umana fin dal suo inizio (art. 1, comma 1), ha sostanzialmente ritenuto prevalente la protezione della salute fisica e psichica della donna sulla vita stessa del prodotto del concepimento, dopo che già la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 27 del 18 febbraio 1975, aveva negato la possibilità di equiparare il diritto alla salute di chi è già persona e la tutela dell'embrione, "che persona non è ancora"⁷¹. Dallo scontro tra queste opposte visioni sono derivate le sentenze della Consulta sopra esaminate, che hanno finito per avvicinare sensibilmente la normativa italiana a quella francese, senza però fornire soluzioni a quei problemi collaterali che non si presentavano in una realtà regolata dalla l. 40/2004 come originariamente concepita (o, perlomeno, si presentavano solo in casi eccezionali) e che invece sorgono abitualmente in un contesto come quello creato da tali decisioni dei giudici delle leggi (pensiamo, in primo luogo, alla sorte degli embrioni in sovrannumero, che sarà una crioconservazione senza limiti di tempo).

E soprattutto, da tale scontro è derivata l'immissione nella l. 40/2004 (che, come sopra detto, attribuiva, almeno nel contesto della procreazione artificiale, uno statuto piuttosto chiaro all'embrione) di quella mancata presa di posizione, da parte sia dell'ordinamento italiano che di quello francese, sulla natura del prodotto del concepimento, presa di posizione che dovrebbe invece costituire il presupposto per ogni regolamentazione giuridica, evitando l'emersione di contraddizioni insanabili, come quella fra il divieto di maternità surrogata e la possibilità, prevista in Francia, che l'embrione crioconservato prodotto da una coppia che abbia abbandonato il suo progetto parentale sia accolto da un'altra coppia.

⁷⁰ Stefano BANCHETTI, "Procreazione medicalmente assistita, diagnosi preimpianto e (fantasmi dell') eugenetica", p. 1170.

⁷¹ Anche se, in seguito, con la sentenza n. 35 del 10 febbraio 1997, la Consulta si è espressa in termini più garantisti nei confronti della vita prenatale riconoscendo il diritto alla vita fra i diritti inviolabili tutelati dall'art. 2 Cost. (Giovanna RAZZANO, "L'essere umano allo stato embrionale e i contrappesi alla sua tutela. In margine alla sentenza della Corte costituzionale n. 151/2009 e all'ordinanza del Tribunale di Bologna del 29 giugno 2009", p. 296).

Tuttavia, se da un lato è tuttora in corso la discussione sulla nozione di “persona”⁷² e sul momento in cui inizi la vita umana⁷³, non vi possono essere dubbi sul fatto che l’embrione sia comunque un organismo con un codice genetico che lo configura come appartenente alla nostra specie⁷⁴. D’altra parte, il fatto stesso che, tanto in materia di procreazione medicalmente assistita che in materia di interruzione volontaria della gravidanza, si cerchi un bilanciamento di interessi fra concepito e genitori (o la sola madre) presuppone l’accettazione implicita di un’identità umana in capo all’embrione, dato che nessun bilanciamento sarebbe necessario se esso si configurasse come “cosa”⁷⁵.

Ecco che allora, una volta individuata la natura umana del prodotto del concepimento, la regolamentazione prevista, in Francia, dal codice della sanità pubblica e, in Italia, dalla l. 40/2004 così come risultante a seguito dei molteplici interventi della Consulta, non può che essere visto come un attentato gravissimo al principio di uguaglianza, dato che finisce per confermare un’assurda distinzione fra esseri umani riconoscibili come “persone” ed esseri umani non riconoscibili come tali⁷⁶.

Para citar este artículo:

Tovani, Flavio, “Problematiche della procreazione assistita: uno sguardo comparativo tra Francia e Italia” en *Revista de Derecho-UCU*, 11 (Julio 2015), pp. 247-265

Recibido: 20/02/2015

Revisado: 15/4/2015

Aceptado: 28/05/2015

⁷² Sul tema, cfr. anche, nella giurisprudenza delle corti sovranazionali, Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, 4 luglio 2004, n. 53924/00, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-66445#{"itemid":\["001-66445"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-66445#{) e nella giurisprudenza francese Cour de Cassation, Assemblée plénière, 29 juin 2001, n° 99-85.973 (n° 476 P), *Recueil Dalloz*, 2001, pp. 2917 ss., con commenti di Jerry SAINTE-ROSE e Yves MAYAUD; *Semaine Juridique – Edition Générale*, 2001, II, pp. 10569 ss., con commento di Jerry SAINTE-ROSE, Michèle-Laure RASSAT et Pierre SARGOS; Cour de Cassation, chambre criminelle, 27 juin 2006, n° 05-83.767, *Recueil Dalloz*, 2007, p. 399.

⁷³ Carlo Maria MARTINI – Ignazio MARINO, *Credere e conoscere*, p. 8.

⁷⁴ Giovanna RAZZANO, “L’essere umano allo stato embrionale e i contrappesi alla sua tutela. In margine alla sentenza della Corte costituzionale n. 151/2009 e all’ordinanza del Tribunale di Bologna del 29 giugno 2009”, p. 299.

⁷⁵ Giovanna RAZZANO, “L’essere umano allo stato embrionale e i contrappesi alla sua tutela. In margine alla sentenza della Corte costituzionale n. 151/2009 e all’ordinanza del Tribunale di Bologna del 29 giugno 2009”, p. 300.

⁷⁶ Giovanna RAZZANO, “L’essere umano allo stato embrionale e i contrappesi alla sua tutela. In margine alla sentenza della Corte costituzionale n. 151/2009 e all’ordinanza del Tribunale di Bologna del 29 giugno 2009”, p. 299.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Diritto costituzionale*, XX edizione, Simone, Napoli, 2013
- BAKOUCHE, David – LE QUINQUIS, Anne, “Le consentement du couple en cas de procréation médicalement assistée avec donneur”, in GOBERT, Michelle (sous la direction de), *Médecine, bioéthique et droit: Questions choisies*, Economica, Paris, 1999, pp. 123 ss.
- BÉNABENT, Alain, *Droit de la famille*, 2e édition, Montchrestien, Paris, 2012
- BONNET, Vincent, *Droit de la famille*, 4e édition, Larcier, Bruxelles, 2014
- CHABERT-PELTAT, Catherine – BENSOUSSAN, Alain, *Les biotechnologies, l'éthique biomédicale et le droit*, Hermès, Paris, 1995
- Corte Costituzionale della Repubblica Italiana, 9 novembre 2006, n. 369, *Giurisprudenza Italiana*, 2007, pp. 1617 ss., con commento di Lara TRUCCO
- Corte Costituzionale della Repubblica Italiana, 8 maggio 2009, n. 151, *Giurisprudenza Italiana*, 2010, pp. 281 ss., con commenti di Lara TRUCCO, Daniele CHINNI e Giovanna RAZZANO
- Corte Costituzionale della Repubblica Italiana, 10 giugno 2014, n. 142, <http://www.altalex.com/index.php?idu=123525&cmd5=75c4ad3a8a86c2d94a1e268510d2080d&idnot=67921>
- Corte di Cassazione, sez. I civ., 11 luglio 2012, n. 11644, *Foro Italiano*, 2012, I, pp. 3348 ss., con nota di Geremia CASABURI
- Corte di Cassazione, sez. I pen., 25 maggio 2007, n. 20673, <http://www.altalex.com/index.php?idnot=37440>
- Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 4 luglio 2004, n. 53924/00, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-66445#{"itemid":\["001-66445"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-66445#{)
- Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 1° aprile 2010, n. 57813/00, *Giurisprudenza Italiana*, 2011, pp. 776 ss., con nota di Marco RIZZUTI
- Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 28 agosto 2012, n. 54270/10, *Giurisprudenza Italiana*, 2012, pp. 1993 ss., con commento di Paolo VENTURI
- COUDOING, Nadège, *Les distinction dans le droit de la filiation*, Université du Sud Toulon Var 2007 (tesi)
- Cour de Cassation, Assemblée plénière, 31 mai 1991, n° 90-20.105, *Recueil Dalloz*, 1991, p. 417
- Cour de Cassation, Assemblée plénière, 29 juin 2001, n° 99-85.973 (n° 476 P), *Recueil Dalloz*, 2001, pp. 2917 ss., con commenti di Jerry SAINTE-ROSE e Yves MAYAUD; *Semaine Juridique – Edition Générale*, 2001, II, pp. 10569 ss., con commento di Jerry SAINTE-ROSE, Michèle-Laure RASSAT et Pierre SARGOS

- Cour de Cassation, chambre criminelle, 27 juin 2006, n° 05-83.767, *Recueil Dalloz*, 2007, p. 399
- Cour de Cassation, 22 septembre 2014 (avis), n° 14-70.006 (n° 15001 P), *Recueil Dalloz*, 2014, pp. 2031 ss., con commenti di Amélie DIONISI-PEYRUSSE e Anne-Marie LEROYER
- DEPADT-SABAG, Valérie, “Le don des gamètes ou d’embryons dans les procréations médicalement assistées: d’un anonymat imposé à une transparence autorisée”, *Recueil Dalloz*, 2004, pp. 891 ss.
- DOUCHY-LOUDOT, Méline, *Droit civil: 1re année: Introduction Personnes Famille*, 7e édition, Dalloz, Paris, 2013
- DREIFUSS-NETTER, Frédérique, “Adoption ou assistance médicale à la procréation: quelles familles”, *Recueil Dalloz*, 1998, pp. 100 ss.
- GAUMONT-PRAT, Hélène, “L’évolution de l’assistance médicale à la procréation, liberté ou dépendance”, in MUZNY, Petr, *La liberté de la personne sur son corps*, Dalloz, Paris, 2010, pp. 65 ss.
- GIUSTI, Alberto, “Filiazione e adozione”, in BRECCIA, Umberto – BRUSCUGLIA, Luciano – BUSNELLI, Francesco Donato – GIARDINA, Francesca – GIUSTI, Alberto – LOI, Maria Leonarda – NAVARRETTA, Emanuela – PALADINI, Mauro – POLETTI, Dianora, – ZANA, Mario, *Diritto Privato – Parte Seconda*, UTET, Torino, 2004, pp. 1023 ss.
- GRANET-LAMBRECHTS, Frédérique, “Filiation de l’enfant conçu par procréation assistée avec don de gamètes: dispositions spéciales”, in MURAT, Pierre (sous la direction de), *Droit de la famille*, 6e édition, Dalloz, Paris, 2013, pp. 713 ss.
- HENNET-VAUCHEZ, Stéphanie, *Le droit de la bioéthique*, La Découverte, Paris, 2009
- LEMOULAND, Jean-Jacques, “La filiation de l’enfant issu d’une procréation médicalement assistée: une question de temps”, *Recueil Dalloz*, 2005, pp. 2125 ss.
- LEMOULAND, Jean-Jacques, “Procréation médicalement assistée et droit de la filiation”, *Recueil Dalloz*, 1995, pp. 15 ss.
- MARTINI, Carlo Maria – MARINO, Ignazio, *Credere e conoscere*, Einaudi, 2012
- MASSIP, Jacques, “L’insertion dans le code civil de dispositions relatives au corps humain, à l’identification génétique et à la procréation médicalement assistée”, *Deffrénois*, 1995, 3, pp. 129 ss.
- PALAZZO, Antonio, *La filiazione*, Giuffrè, Milano, 2007
- PALMERINI, Erica, “Fecondazione assistita”, in IRTI, Natalino (a cura di), *Dizionario del diritto privato – Diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2011, 748

- RENAUD, Benoît, “Procréation médicalement assistée et filiation”, *Actualité Juridique Famille*, 2003, pp. 167 ss.
- RODOTÀ, Stefano, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma, 2012
- SANTOSUOSSO, Fernando, *La procreazione medicalmente assistita*, Giuffrè, Milano 2004
- TERRÉ, François – FENOUILLET, Dominique, *Droit civil: La famille*, 8e édition, Dalloz, Paris, 2011
- THÉRY, Irène, *Des humains comme les autres: Bioéthique, anonymat et genre du don*, Ed. de l’EHESS, Paris, 2010
- TOVANI, Flavio, *Doveri genitoriali, potestà e responsabilità civile*, Invictus, Cesena, 2013
- TOVANI, Flavio, *La responsabilità aquiliana nelle relazioni personali tra familiari*, La Riflessione, Cagliari, 2010
- TOVANI, Flavio, “Notas sobre la reforma de la filiacion en Italia”, *Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones*, 2013 (I), pp. 111 ss.
- Tribunal de Grande Instance de Nanterre, 8 juillet 2014, n° 13/14803, *Recueil Dalloz*, 2014, pp. 1669 ss.
- Tribunale di Bologna, 31 maggio 2012, *Foro italiano*, 2012, I, pp. 3349 ss., con nota di Geremia CASABURI
- Tribunale di Bologna, 16 gennaio 2015 (ordinanza), con nota di Antonio SCALERA, http://www.quotidianogiuridico.it/Civile/embrioni_congelati_il_tribunale_di_bologna_autorizza_l_impianto_post_mortem_id1166664_art.aspx
- Tribunale di Cagliari, 16 luglio 2005 (ordinanza), *Giurisprudenza Italiana*, 2005, pp. 1167 ss., con commento di Stefano BANCHETTI; *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2006, pp. 613 ss., con nota di Erica PALMERINI
- Tribunale di Cagliari, 24 settembre 2007, <http://www.altalex.com/index.php?idstr=20&idnot=38969>
- Tribunale di Cagliari, 12 novembre 2012 (ordinanza), *Foro italiano*, 2012, I, pp. 3349 ss., con nota di Geremia CASABURI
- Tribunale di Catania, 3 maggio 2004 (ordinanza), *Famiglia*, 2004, pp. 947 ss., con commento di Erica PALMERINI; *Giurisprudenza Italiana*, 2004, pp. 2088 ss., con commento di Fausto CAGGIA
- Tribunale di Firenze, 17 dicembre 2007 (ordinanza), <http://www.altalex.com/index.php?idnot=39813>
- Tribunale di Napoli, 14 luglio 2011 (decreto), *Foro Italiano*, 2012, I, pp. 3349 ss., con nota di Geremia CASABURI

Tribunale di Roma, 12 ottobre 2012, *Foro Italiano*, 2012, I, pp. 3349 ss., con nota di
Geremia CASABURI

Tribunale di Roma, 23 settembre 2013 (ordinanza), con commento di Germano ROSSINI,
[http://www.altalex.com/index.php?idu=123525&cmd5=75c4ad3a8a86c2d94a1e26
8510d2080d&idnot=67121](http://www.altalex.com/index.php?idu=123525&cmd5=75c4ad3a8a86c2d94a1e268510d2080d&idnot=67121)

Tribunale di Salerno, 9 gennaio 2010 (ordinanza), *Guida al Diritto*, 2010 (9), pp. 62 ss., con
commento di Antonino PORACCILO

Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Roma, III sez. *quater*, 21 gennaio 2008, n.
398, *Giurisprudenza Italiana*, 2008, pp. 1901 ss., con commento di Federico GIRELLI
VOIRIN, Pierre – GOUBEAUX, Gilles, *Droit civil: Tome 1: Introduction au droit – Personnes –
Famille – Personnes protégées – Biens – Obligations – Sûretés*, 34e édition, LGDJ, Paris,
2013

RECENSIONES

INFORME FINAL DE LA COMISIÓN DE VERDAD DE BRASIL: VERDAD TARDÍA SIN JUSTICIA*

Después de casi 30 años desde el fin de la dictadura militar brasileña (1964-1985), la Comisión Nacional de la Verdad (en adelante, CNV), creada por la Ley 12.528 del 18 de noviembre de 2011, con dos años y siete meses de actividad (05.7.2012-12/2014), publicó su **informe final** el pasado 10 de diciembre de 2014. Son 3 volúmenes y varios tomos (unas 4.400 páginas) en los que la Comisión, inicialmente compuesta por siete directores (entre abogados, profesores y una psicoanalista)*¹ y un equipo de más de 200 consultores, investigadores y colaboradores (217 trabajaron durante todo el período), describe en detalle las violaciones de derechos humanos cometidas desde 1946 hasta 1985, tiene cuatro conclusiones y veintinueve recomendaciones. El informe se divide en tres volúmenes.

PANORAMA

En el **primer volumen**, escrito por todos los miembros de la Comisión, dividido en 18 capítulos, la CNV cumple su propósito de describir las graves violaciones de derechos humanos haciendo una lista de los hechos (que por su “crueldad” contribuyen a la memoria y a la verdad histórica) cometidos por la dictadura, especialmente en el período de 1964-1985, cuando Brasil fue gobernado por los militares después del golpe de Estado de 1964. La

* Traducción del portugués por John Zuluaga, LL.M. y Doctorando en la Georg-August-Universität Göttingen, revisión de los autores.

* José Carlos Dias, abogado, ex-ministro de justicia (1999-2000), José Paulo Cavalcanti Filho, abogado, Maria Rita Kehl, psicoanalista, Paulo Sérgio Pinheiro, Profesor de Ciencia Política en la USP, ex-secretario de Derechos Humanos (2001-2003), Pedro Dallari, Profesor de Derechos Internacional de la USP, coordinador de la Comisión desde noviembre de 2013 hasta diciembre de 2014, asumió la CNV en 2013 en sustitución de Claudio Fonteles, Rosa Maria Cardoso da Cunha, abogada, Gilson Dipp, ex-Ministro de STJ, miembro retirado por motivos de salud, Claudio Fonteles, ex-Procurador General de la República (2003-2005), renunció a la CNV el 17 de junio de 2013.

CNV describe el funcionamiento de la estructura burocrática de la dictadura (y los órganos de represión que crearon, como CIE, OBAN, DOI-CODI, CISA, CENIMAR y el SNI, el Servicio Nacional de Información y la agencia de inteligencia vinculada directamente al Presidente y con enorme poder) y el importante papel desempeñado por la Policía (Civil, Militar y Federal) para la comisión sistemática de graves violaciones a los derechos humanos. La CNV también describe la represión de los opositores como parte de una cooperación internacional en el contexto de la Guerra Fría a través de la denominada “Operación Cóndor” (cooperación entre las dictaduras de América del Sur: Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay, ver Capítulo 6 del informe) y el entrenamiento militar de Brasil por la *United States Army School of the Americas*. La CNV revela (en la Parte III de este volumen) las 4 modalidades principales de violaciones cometidas sistemáticamente por la dictadura: 1) la detención ilegal o arbitraria; 2) la tortura sistemática, tanto física (de diferentes maneras y con el uso variado de instrumentos tales como choques, candelabros, palo de guacamayo, silla del dragón, ahogamiento, teléfono, corredor polaco, productos químicos, suero de la verdad, asfixia, ahorcamiento, refrigeradores, animales, corona de cristo, etc.) como psicológica (amenazas directas y amenazas a familiares y amigos), practicada de forma comprobada contra al menos 1.843 víctimas (aunque la estimación es mucho más alta, cerca de 20.000 víctimas) y por medio de delitos sexuales; 3) las ejecuciones sumarias, ejecuciones arbitrarias o extrajudiciales u otras muertes ejecutadas por el Estado; 4) desaparición forzada y ocultamiento de cadáver.

El **volumen 2**, una contribución individual de los consejeros y el equipo, revela las violaciones de derechos humanos contra grupos de personas e instituciones, y los militares, trabajadores, campesinos, iglesia cristiana, indígenas, universitarios, homosexuales y la colaboración de empresarios con la dictadura.

El **volumen tercero**, con varios tomos, de coautoría de los consejeros y de acuerdo a la propia CNV de “enorme importancia histórica”, es dedicado integralmente a las 434 víctimas de desaparición forzada y muerte (191 muertos, 210 desaparecidos y 33 desaparecidos que fueron ubicados posteriormente) entre el período de 1946 a 1985 y narra la vida y las circunstancias de la muerte de las víctimas de los crímenes cometidos por el Estado y las fuerzas militares en la violación sistemática de los derechos humanos como política de Estado.

EVALUACIÓN DE LA CNV

Aunque loable por revelar públicamente el contexto histórico, la estructura del Estado dictatorial (incluido un organigrama), la institucionalización de la tortura, las víctimas y los

autores de violaciones y por escuchar a más de 1.000 testigos y promover o apoyar 80 audiencias públicas, el trabajo tuvo muy poco de original. La escasez de nuevos documentos presentados por el Ministerio de Defensa (que a menudo respondió que no había enviado información o que envió información ya conocida) y la falta de voluntad para cooperar de los militares, contribuyeron en gran medida a esta limitación. Esta limitación revela otro hecho más grave: la CNV es una **Comisión de la Verdad de la impunidad** ya que estuvo limitada en el tiempo (un retraso de casi 30 años) y condicionada a la impunidad reconocida por la Justicia (a causa de la ley de amnistía aprobada en la dictadura y declarada constitucional por el Tribunal Supremo).

Las fuerzas armadas hasta hoy se niegan a reconocer oficialmente las violaciones de los derechos humanos. La CNV es el reconocimiento público y oficial más amplio de violaciones estatales de los derechos humanos en Brasil, hasta ahora sólo parcialmente analizados por el Estado o por particulares. Algunos militares, sin embargo, no aceptan la CNV y la critican con severidad, incluso en los testimonios ante la Comisión, como ocurrió con los coroneles retirados Ustra, Moézia de Lima y el general retirado **Álvaro Ribeiro**. Algunos llegan tan lejos hasta el punto de denominar el golpe de Estado de 1964 como una revolución, de exigir que la CNV nuevamente investigara los delitos de los opositores al régimen (ver **críticas al Club Militar**) y hasta de tratar de evitar, judicialmente, la **instalación** de la CNV y la divulgación del informe final. Ni siquiera el hecho de que los últimos tres presidentes de Brasil (Fernando Henrique Cardoso, de 1995 a 2002, Lula, 2003-2010, y Dilma, 2011-2018, que incluso fue encarcelada y torturada) hayan sido víctimas de la dictadura militar, fue suficiente para superar plenamente el pasado.

El informe de la CNV contribuye, tardíamente, a superar el pasado autoritario y al derecho a la verdad en un foro (político) más apropiado para esta revelación que el de un procedimiento penal. La CNV también actúa políticamente para presionar el sistema judicial, especialmente el Tribunal Supremo, para que los militares sospechosos de cometer los crímenes sean investigados, enjuiciados y castigados, al concluir que hubo: [1] comprobación de las graves violaciones de los derechos humanos; [2] comprobación de carácter generalizado y sistemático de graves violaciones de los derechos humanos [3] caracterización de la ocurrencia de crímenes de lesa humanidad; [4] persistencia del marco de violaciones graves de los derechos humanos. Es contradictorio, sin embargo, que medidas tradicionales en la justicia transicional, como la pérdida de investidura, no hayan sido incluidas expresamente y que los jubilados y pensionados que han cometido graves violaciones de los derechos humanos continúen recibiendo salarios estatales.

La CNV va más allá y nombra individualmente los 377 (**de los cuales 196 están vivos con una edad media de 82 años**) sospechosos de crímenes (erróneamente llamados autores, porque el reconocimiento como autores de delitos depende de un juicio con fuerza de cosa juzgada en el proceso penal, en cumplimiento del Art. 5, LVII de CF) contra los derechos humanos (definición en p. 843), incluyendo ocho ex-presidentes de la República de la dictadura (White Castle, 64-67, Costa e Silva, 67-69, ambos miembros la junta militar que gobernó desde agosto 31 a octubre 30 de 1969, Lyra Tavares, Rademaker Grunelwald y Souza y Mello, Medici 69-74, Geisel, 74-79 y Figueiredo 79-85), todos muertos, y Ministros de la Armada, del Ejército y la Fuerza Aérea. En el informe individual de uno de los miembros, dedicado a la cooperación civil con el régimen militar (en el volumen 2), empresas y empresarios que colaboraron con el régimen militar también son nombrados. Nombrar y avergonzar es un primer paso, aunque tímido. La recomendación de que se debía revisar la ley de amnistía y la responsabilidad penal de los autores de conformidad con la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso **Gomes Lund y otros (Guerrilla do Araguaia) vs. Brasil** aún enfrenta obstáculos en el Tribunal Supremo, que **reconoció la constitucionalidad** de la ley de amnistía. Los esfuerzos realizados por el Ministerio Público federal y algunos jueces federales para procesar los delitos de los militares serán limitados e inocuos si no hay un cambio del Tribunal Superior en su jurisprudencia. La reciente **Resolución que supervisa el cumplimiento** de la sentencia de la CIDH reconoce que el acuerdo internacional no está siendo cumplido adecuadamente en relación con las obligaciones internacionales derivadas de la CADH en lo que atañe a la responsabilidad penal de los autores de violaciones graves, aunque también en otros aspectos, incluyendo en el trabajo de la propia CNV (§§ 131-134). La recomendación de la CNV es importante como herramienta para nombrar y avergonzar a los responsables (*name and shame*), una medida tradicional en el marco de la justicia de transición, pero el cambio depende más de los votos de los jueces del Tribunal Supremo que reemplazaron a los que se han jubilado o a los que cambiaron de opinión y de la superación de importantes barreras penales y procesales penales contrarias (p. ej. la amnistía, la legalidad, la prescripción) a las que dan presión política sobre la Corte.

La CNV se propone hacer un legado más amplio para establecer recomendaciones que traten de cambiar las prácticas de violaciones a los derechos humanos. Por lo tanto, también, hizo tres tipos de **recomendaciones (análisis y recomendaciones en inglés)** entre las 29 presentadas: A) 17 medidas institucionales B) 8 reformas constitucionales y legales C) 4 Medidas de seguimiento de las acciones y recomendaciones de la CNV. Aún hay

recomendaciones específicas en el volumen 2 del informe, donde hay capítulos temáticos sobre asuntos como la persecución de religiosos e indígenas. Varias se proponen responsabilizar institucionalmente a las fuerzas armadas (R1) y sus agentes, autores de ilícitos civiles, administrativos y especialmente penales (R2 y 3). Algunas recomendaciones no tienen relación directa con la dictadura, pero sí con el respeto a los derechos humanos, y requerirían una amplia reforma legal e institucional, entre ellas la desmilitarización de la policía militar (R 20, al respecto véase la Declaración de Göttingen sobre Policía e Investigación en Brasil), la reforma del sistema penitenciario (R12 y 13), el fortalecimiento de la defensa pública (R 11) y la creación de la audiencia de custodia (R25). Otras recomendaciones son demasiado vagas y corren el riesgo de convertirse en letra muerta, como la “creación de mecanismos para prevenir y combatir la tortura” (R8) y el “apoyo a la institucionalización y al funcionamiento de la función del órgano de protección y promoción de los derechos humanos” (R17).

A pesar de su importancia, es cuestionable si el papel de la CNV es recomendar reformas puntuales en la legislación penal y procesal penal y en el sistema judicial. Las reformas propuestas fueron, sin embargo, incompletas y elegidas arbitrariamente ya que otras igual o más importantes fueron dejadas de lado. No se hace referencia, por ejemplo, a la reforma del poder judicial y del Ministerio Público para una protección más efectiva de los derechos humanos. Falta aún tratar, e. g., del control externo de la actividad policial, la mejora de la investigación policial (Declaración de Göttingen) y el problema de la lentitud en el juzgamiento de los procesos

CONCLUSIÓN

En general, el trabajo de la CNV es loable y contribuye a cambios importantes en el pensamiento autoritario en Brasil y al fortalecimiento de las instituciones democráticas. El hecho de haber sido recomendada la prohibición de la celebración del golpe de 1964 en los eventos oficiales (R4) demuestra cuál resistente es aún ese pensamiento. El informe de la CNV es un duro golpe para los nostálgicos de la dictadura y los defensores de la tortura. La responsabilidad penal y administrativa de los militares sería aún más. Verdad tardía sigue siendo verdad. Justicia tardía puede ser menos justa, pero es mejor una justicia tardía que ninguna.

Kai Ambos

Georg-August-Universität Göttingen

Eneas Romero

Universidad de Brasilia-Fiscal de estado, Ceará

PATRICIO SABADINI,
De entropía y enemigos. Un ensayo sobre derivas hobbessianas, modernidad y discursos de la exclusión,
Ed. Contexto, Resistencia, Chaco, 2014.

En este libro, cuya lectura recomiendo, Sabadini da cuenta de que el derecho penal “del enemigo” —o su rótulo— no es un problema en sí mismo, sino que como en el discurso de emergencia y del estado policial se esconde detrás de ello, en clave de la sociología, cómo el derecho responde con defecto de selección a irritaciones de su entorno. Hoy en día vivimos en tiempos de globalización que abarcan también la mundialización de los miedos y las formas de reacción ante los mismos. Internet es un producto básico de este tiempo que no solo nos permite comunicarnos fraternalmente sino también agredirnos y tratarnos unos a otros como enemigos. El derecho penal del enemigo es apenas un intento de legalizar esos peligros para limitar las situaciones en las que se puede llegar a tratar a algunos como enemigos en lugar de como ciudadanos. El problema de fondo es si en un Estado de Derecho es posible admitir la disminución de garantías para algunas personas que consideramos como “terroristas” o “meras fuentes de peligros”, es decir, sujetos que no dan expectativas de comportarse según las normas de convivencia pacífica en una sociedad local o mundial. Fuera de duda está que tenemos derecho a defendernos, incluso con todo el arsenal preventivo y punitivo que tengamos a mano.

El problema es ¿a partir de qué momento y con qué intensidad esta defensa puede ser desplegada sin violar a su vez las bases normativas de la convivencia? ¿Estamos legitimados para disponer de la ley de un modo excepcional para dejar fuera del sistema de normas generales a quienes sospechamos que pueden llegar comportarse de forma indebida en algún momento de sus vidas sin violar el principio constitucional de igualdad ante la ley? ¿Puede la excepcionalidad fáctica justificar excepciones normativas? El derecho penal del enemigo se nutre de esta problemática y es tan solo

una arista del debate general sobre las posibilidades de aplicar leyes de un modo excepcional en relación al principio de igualdad.

En ese sentido y en ese contexto de las situaciones de emergencia y los estados de excepción es que el derecho penal del enemigo crece como una hiedra y se expanden los discursos legitimadores (que no es el caso de Sabadini), de juristas que se visten con ropas políticas y ponen de rodillas a los principios de la justicia liberal y garantista frente a la interrelación de fuerzas en ejercicio del poder punitivo. Así el prof. Michel Terestchenko, en relación a quienes legitiman la tortura en casos de necesidad extrema, sostiene que denominar a la tortura “técnica coercitiva de interrogación” y legislar en qué casos ella procede y en cuáles no, no solamente dejan sin solucionar las cosas sino que mina profundamente las bases de la democracia y del estado de derecho. ¿Cuándo y en qué casos se puede torturar legalmente? ¿Cuáles son los métodos de interrogación aceptables? ¿Se puede torturar para salvar vidas? ¿Se puede tolerar desde un punto de vista filosófico que las argucias jurídicas legitimen la tortura en algunos casos en base a argumentos que refieren a la necesidad de decidir entre dos males el menos malo? ¿Cuánto peligro existe de que la excepción se convierta en regla? ¿Es la tortura un mal necesario? ¿Hasta dónde las posiciones utilitaristas y realistas permiten justificar la tortura para quienes siguen una posición deontológica que solo admite imperativos categóricos válidos para toda situación? Hoy en día asistimos a una discusión llevada a cabo principalmente en los EEUU entre autores que defienden la democracia liberal y que, sin embargo, admiten la posibilidad de admitir legal, jurídica y moralmente a la tortura en casos de excepción, por ejemplo, cuando se trata del peligro contra cientos o miles de víctimas. ¿Puede un cálculo matemático de salvataje de víctimas justificar la cosificación del enemigo? Seguramente Bentham nos diría que en *“determinadas circunstancias extraordinarias la felicidad del pueblo puede ser defendida oponiéndose a la ley antes que respetándola”*. Kant tendría serias dudas de aceptar lo anterior sin desnaturalizar la esencia de un estado basado en el Derecho y en determinados principios morales. Lo cierto es que hoy nos encontramos con dos visiones éticas opuestas. Aquellos deontológicos que basándose en Kant no admiten situaciones de excepción a los principios imperativos categóricos y por otro lado, los realistas o pragmáticos que admiten la suspensión de esos principios en las situaciones de excepción. En esta discusión el Prof. Jakbos se decanta por una distinción desde el punto de vista jurídico que permite diferenciar “ciudadanos” de “enemigos” de un orden jurídico. Y es ante estos enemigos que el sistema jurídico admite las excepciones ante quienes no “pueden ser tratados como personas” confiables desde el punto de vista de otorgar garantías cognitivas de que

se comportara según admite el derecho y sus expectativas normativas. Claro, esto Jakobs lo justifica diciendo que esa persona primeramente se ha colocado fuera del derecho y de este modo, admite el mismo argumento que utilizaba Tomas de Aquino al momento de justificar la pena de muerte contra aquellos que primero se habían “deshumanizado” por medio de sus acciones criminosas. La pregunta es si la tortura y la disminución de las garantías procesales pueden verse aceptadas por el mero hecho de legalizarlas o limitarlas a situaciones concretas de excepción. ¿Acaso esta solución no nos conduce a la posición de Carl Schmidt que distinguía entre amigo y enemigo en la política interna? Según Jakobs cualquier ciudadano puede ser considerado enemigo, porque es la conducta de cada uno la que permite pasar de un estado político a otro. De este modo nuestras acciones y nuestra conducción en la vida son las que legitiman los castigos y la disminución de las garantías, como si ello fuera posible sin desnaturalizar al propio Estado encargado de impartir justicia y convertirlo en un Estado que actúa fuera del derecho o de la justicia desde un punto de vista moral o deontológico. ¿Hasta dónde el Estado puede asegurar su infalibilidad cuando sospecha de un ciudadano como una “fuente de peligro”? Pero aun cuando ese Estado tuviera la certeza de estar frente a una fuente de peligro, ¿puede ese Estado ir más allá de la vigilancia permanente preventiva y aplicar otros métodos que puedan infligir dolor psicológico o físico con el objetivo de prevenir daños a la norma? Pero además, ¿puede ese Estado comenzar a vigilar permanentemente a quien todavía no ha comenzado con la lesión de un bien jurídico penalmente tutelado? ¿Cuándo puede comenzar esa vigilancia? ¿Vale la mera sospecha de peligro abstracto o se requieren hechos concretos de peligro concreto?

Todas estas preguntas integran el bagaje de problemas relacionados con el derecho penal del enemigo, que nos obligan a los académicos y a todos los ciudadanos a tomar una postura. Hasta no hace muchos años, argentinos y uruguayos vivimos el problema del terrorismo de Estado en el que la tortura era un método normal y aceptado de interrogación justificado en el marco de una guerra sucia con el argumento de la necesidad urgente de recabar información para salvar vidas y en último instante también a la nación.

Nuestras dictaduras crearon al enemigo interno para justificar cualquier técnica deshumanizadora en su contra, al punto de que contra el enemigo todo ataque es válido porque se trata de salvar valores superiores al individuo que esta fuera de nuestro contrato social basado en la defensa de la nación y de un modelo económico determinado. El problema es si nosotros hoy en democracia podemos aceptar aquellos postulados porque en definitiva se trata de salvar vidas inocentes del ataque criminal de sujetos que son capaces de colocar una

bomba en un shopping center en horas del mediodía. ¿Podemos justificar la tortura para que ese enemigo nos diga adonde está colocada la bomba? ¿Podemos hacerlo sin ponernos a su altura? Sobre estas cuestiones también trata el libro de Sabadini.

Ahora bien, no podría terminar esta reseña sin dejar mi opinión personal ante el problema del derecho penal de excepción o para enemigos. Y en ese sentido, si bien es cierto que los derechos puedan estar ligados de forma casi inseparable con los deberes, también es cierto que las formas de sancionar a quienes se desvían del derecho no pueden a su vez desviarse ellas también del derecho.

Un ciudadano puede en ocasiones colocarse fuera del derecho, incluso adoptar esta posición o rol como forma de conducción en la vida. Esto es posible y de estos individuos tenemos el derecho y también el deber de protegernos. Pero para ello no podemos desvirtuar los principios del derecho sin posicionarnos también fuera del derecho. Y esto dicho desde una concepción del derecho que vaya más allá del simple derecho positivo, que no es más que una respuesta política del legislador ante un fenómeno determinado en un momento de tiempo determinado. Pero el derecho también puede estar en ocasiones en contradicción con una concepción determinada del derecho, como de algún modo puso en evidencia Gustav Radbruch. Lo cierto es que un derecho penal preventivo tanto procesal como material solo puede admitir excepciones al derecho hasta donde ellas no lesionen principios básicos o fundamentales contenidos en la Constitución, porque al derecho también hay que ponerle límites y porque los ciudadanos también tenemos derecho a ser protegidos en algunos casos del derecho cuando ese derecho no responde a los principios generales de justicia, al menos contenido en la carta fundamental que recoge las bases aceptadas de la convivencia a nivel local. Ahora bien, en cuanto a la sociedad mundial, el papel de la Constitución deberá buscarse en los Tratados y Costumbres que recogen la protección de los derechos humanos y del derecho humanitario. El hecho de juzgar a un enemigo a nivel local como internacional no es otra cosa que la prueba que ese sujeto integra el pacto social roussoniano y de que es portador de todos los derechos civiles, políticos y sociales, porque de otro modo, aplicaríamos impunemente contra él un derecho de guerra sin limitación alguna que no se condice con el estado de nuestra evolución como grupo humano.

Pablo Galain Palermo
UdelaR- galain.pablo@gmail.com



Reglamento de la Revista de Derecho

UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL URUGUAY

1. **Objetivo.** La *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay es una publicación arbitrada semestral, sin perjuicio de algún número especial que resuelva editar el Consejo Editorial.
2. **Estructura.** Esta *Revista* se compone de tres secciones: a) una permanente de trabajos doctrinales originales e inéditos, que no estén siendo considerados para ser publicados en otra revista ; b) otra de reseñas, y c) una tercera no permanente y variable en la que el Consejo Editorial podrá disponer la inclusión de jurisprudencia o documentos de interés académico.
3. **Los artículos** deben ser originales (escritos conforme a las normas editoriales) e inéditos, y tener un mínimo de 10 carillas y un máximo de 40.
Los artículos se enviarán por correo electrónico o medio digital a la editora de la *Revista*, dentro de los plazos que establecen (30 de marzo y 30 de agosto para publicación de 1° y 2° semestre respectivamente. Deberán atenerse a las normas editoriales anexas.
4. Las **reseñas** deben contener todos los datos bibliográficos de la obra reseñada y no deben superar las 1000 palabras. Al final, nombre completo, filiación académica y correo electrónico del que hace la reseña.
5. En caso de **nota de jurisprudencia**, junto con el artículo deberá presentarse la sentencia comentada. Las notas no podrán exceder en su extensión las veinte (20) páginas, conforme al formato de los artículos.
6. **Evaluación de los artículos.** Conforme a la resolución del Consejo de Facultad de marzo 2005, se establece un régimen objetivo de evaluación de trabajos, mediante sistema de “doble ciego”, como requisito imprescindible para la publicación de todo artículo académico.
5. **Calidad de árbitro.** Solo podrán ser árbitros aquellos docentes que tengan el grado de Profesor Titular en las materias que correspondan y los especialistas notorios que designe a tales efectos el Consejo Editorial.
6. **Lista de árbitros.** El Consejo Editorial elaborará y actualizará regularmente una lista de árbitros. La labor de arbitraje será reconocida mediante un certificado. No pueden ser árbitros los consejeros de la revista.
7. **Proceso de evaluación.** Una vez recibido el artículo, el Consejo Editorial designará al menos dos árbitros de la lista, considerando el objeto del trabajo a evaluar y la especialidad de los árbitros. Cada árbitro contará con un plazo de **treinta días** para presentar por escrito su evaluación, en la que deberá manifestar si el trabajo reviste la calidad suficiente como para ser objeto de publicación en esta *Revista*. Si el árbitro formula observaciones, se le podrá otorgar al autor un plazo para subsanarlas. En casos excepcionales en que el Consejo Editorial lo juzgue conveniente, podrá solicitar una tercera evaluación de un mismo artículo.

8. **Principio de reserva.** El proceso de evaluación de los artículos se llevará a cabo bajo la más absoluta reserva y confidencialidad, amparándose en un proceso de revisión anónimo.
En este sentido, el Consejo Editorial procurará eliminar del trabajo que se remite al árbitro la información que permita identificar al autor. De la misma forma, si el evaluado solicita ver la evaluación, no se le comunicará quién la ha realizado.
9. **Publicación.** La incorporación a la *Revista* de cualquier trabajo académico será resuelta por el Consejo Editorial con base en las evaluaciones realizadas por los especialistas en cada materia. El Consejo Editorial decidirá en qué número se publicarán los trabajos evaluados positivamente.
10. **Responsabilidad.** Las opiniones vertidas por los autores en sus artículos no reflejarán necesariamente el parecer de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. El contenido de cada trabajo será responsabilidad exclusiva de su autor.
11. **Publicación on-line.** Al enviar su artículo, los autores deberán acompañarlo de una carta en la que autorizan que, luego de la edición de la revista, el texto sea incluido en la sección Publicaciones de la página web de la Universidad Católica del Uruguay o en bases de datos nacionales o extranjeras de acceso gratuito o pago, a juicio del Consejo Editorial.
12. **Ejemplares.** Publicada la revista, cada uno de los autores tiene derecho a recibir diez (10) separatas de su artículo por su participación en la edición. Esta será la única retribución que corresponderá al autor por cada trabajo publicado o incluido en bases de datos.
13. **Aceptación del presente reglamento.** Cuando los autores remitan un trabajo a la *Revista*, deberán acompañarlo de una carta firmada en la que manifiesten la aceptación de todos los términos contenidos en el presente reglamento.
14. **Consejos.** La *Revista* contará con un Comité Científico integrado en un 60% por catedráticos extranjeros. Los consejeros serán designados por el Consejo Editorial de la *Revista de Derecho*.
Los miembros del Comité Científico que residen en Uruguay se reunirán una vez al año para evaluar el último número de la *Revista*.
Todos recibirán un ejemplar de la revista, para su evaluación. Esta evaluación deberá ser presentada en forma escrita, una por cada número.
15. **Publicación.** El presente reglamento se publicará en la página web de la Universidad Católica del Uruguay (<http://revistadederecho.ucu.edu.uy>).

Montevideo, 2014.

Law Journal regulation

1. **Objective.** The Catholic University of Uruguay Law Journal is a biannual reviewed publication, without prejudice to any special issue that the Editorial Board decides to edit.
2. **Structure.** This Journal is composed of three sections: a) a permanent one with original and unpublished doctrinal works that are not being considered for publication in another journal ; b) another one with reviews , and c) a non-permanent and variable one in which the Editorial Board may order the inclusion of jurisprudence or documents of academic interest.
3. **The papers** must be original (written according to editorial standards) and unpublished, and they must have a minimum of 10 pages and a maximum of 40. They must be send via email or digitally to the editor within the deadlines set (March 30 and 30 August for publications of 1st and 2nd semester respectively). They must stick to the annexed editorial standards .
4. **Recensions** must contain all the bibliographic data of the reviewed work. They must not exceed 1000 words. In the end, full name, academic affiliation and email of the person who makes the recensions must be written.
5. In case of **jurisprudence note**, with the article discussed must be presented the decision commented. The notes must not exceed in extent twenty (20) pages in accordance with the format of the articles.
6. **Articles evaluation.** According to the resolution of the Board of the School of March 2005, an objective work evaluation system is established, by system of "double-blind" as a prerequisite for any publication.
7. Only those who are main Professor in the corresponding subjects and notorious specialists that the Editorial Board designate for that purpose can be arbitrators.
8. **Arbitrators list.** The Editorial Board will develop and regularly update a list of arbitrators. The work of arbitration will be recognized by a certificate. The Journal's Board members cannot be arbitrators.
9. **Evaluation process.** Once received the article, the Editorial Board will appoint at least two arbitrators from the list, considering the object of the work to evaluate and the specialty of the arbitrators. Each arbitrator will have thirty days to submit a written evaluation, which shall state whether the work quality is sufficient to be published in the Journal. If the arbitrator makes observations, it may be granted to

the autor a period to correct them. In exceptional cases in which the Editorial Board deems it appropriate, a third evaluation of the article may be requested.

10. **Principle of reserve.** The evaluation process in the articles will be held under the strictest confidentiality, relying on an anonymous review process. The Editorial Board will seek to remove from the work all reference that could allow to identify the autor. Likewise, if the author asks to see the evaluation, it is not allowed to tell who made it.
11. **Publication.** The addition to the Journal of any academic work will be determined by the Editorial Board based on evaluations made by specialists of each field. The Editorial Board will decide in what number the evaluated work will be published positively.
12. **Responsibility.** The opinions expressed by the authors in their articles do not necessarily reflect those of the Law School of the Catholic University of Uruguay. The contents of each work is the sole responsibility of its author.
13. **Publication online.** When sending their article, the authors must accompany a letter authorizing that, after the edition of the Journal, the text can be included in the Publications section of the website of the Catholic University of Uruguay or in national or foreign databases, regardless if they are free or paid, according to the opinion of the Editorial Board.
14. **Copies.** Once published the Journal, each author is entitled to ten (10) reprints of his article for his involvement in the issue. This will be the only remuneration that corresponds to the author for each work published or included in databases.
15. **Acceptance of these rules.** When authors submit an article to the Journal, they must accompany a signed letter indicating their acceptance of all the terms contained here.
16. **Board.** The Journal will have a Scientific Committee integrated in a 60% by foreign professors. The directors will be designated by the Editorial Board of the Journal. Scientific Committee members residing in Uruguay will meet once a year to evaluate the latest issue of the Journal. All will receive a copy of the Journal, for its evaluation. This evaluation must be submitted written, one for each issue.
17. **Publication.** This regulation will be published on the website of the Catholic University of Uruguay (<http://revistadederecho.ucu.edu.uy>).

Normas formales para publicaciones de la Facultad de Derecho

1. **Presentación:** Los libros serán entregados **impresos** y digital o vía correo electrónico. Los artículos basta enviarlos por correo electrónico a: publicacionesderecho@ucu.edu.uy o mhanna@ucu.edu.uy.
2. Todos los trabajos deben realizarse en Microsoft **Word**, hoja **A4**, fuente **Times/Times New Roman**, tamaño **12**, **interlineado 1,5**; **espacio posterior 6 y sangría en primera línea**.
 - 2.1 No se admitirán trabajos con sangría hecha con tabulador o espaciador.
 - 2.2 Las hojas deben estar numeradas en: principio de página, arriba a la derecha, omitiendo el número en la primera.
 - 2.3 Después del título debe enunciarse el nombre y el apellido del autor, centro/s académico/s de procedencia y correo electrónico.
3. Las **notas al pie** van en Times/ Times New Roman, tamaño **10**, interlineado **sencillo, sin espacio** ni anterior ni posterior, **sin sangría**. No va ni punto ni guión después del número de la nota. Las notas a pie de página deben ser numeradas en forma correlativa, en orden creciente.
4. Las **referencias bibliográficas** contenidas en las notas al pie se compondrán del siguiente modo:
 - 4.1. En la primera referencia de una obra debe aparecer la referencia completa.
 - 4.2. En las **referencias subsiguientes**, solo el apellido del autor, el título o parte de él si es muy largo y la página correspondiente. **No se emplearán abreviaturas bibliográficas como** cit., citado, ibid., ibídem, op. cit., ob. cit., l. c.
5. Los **artículos de investigación académica** deberán acompañarse de: **título en español** (o la lengua en que esté escrito) y en **inglés, abstract** (no más de 200 palabras) en ambos idiomas; sugerencia de **palabras clave** en ambos idiomas y **sumario** en el idioma del artículo.
 - 5.1 Los subtítulos se numeraran con números arábigos (1. 2. 3.), las subdivisiones con letras (a) b) c)) En caso de ser necesaria una mayor subdivisión, entonces los subtítulos admiten la numeración romana (I.), luego la arábica (1.) y finalmente las letras (a). Se recomienda usar el formato *Título* de la planilla Word para el del artículo, **título 2** para los subtítulos, *título 3* para las subdivisiones y así sucesivamente.
 - 5.2 Ni el título ni los subtítulos llevan punto final.

6. Los artículos de investigación, según su tipo, no podrán tener menos de 5 carillas ni más de 50 y deberán contar indispensablemente con bibliografía actualizada. Al final debe aparecer la referencia de las obras consultadas en orden alfabético, según el primer apellido del autor, teniendo en cuenta los datos para la presentación de citas bibliográficas.
7. Las **citas en el texto** se hacen en español o en el idioma del artículo, pudiendo adjuntarse en nota al pie el texto en idioma original cuando sea necesario para la argumentación. Por lo general, serán breves.
 - 7.1 Si ocupan menos de cinco líneas, se hacen en el mismo texto y entre comillas, nunca en cursiva; la *cursiva* se reserva para resaltar alguna palabra dentro de la cita. Si ocupan más de cinco líneas, se hacen en párrafo aparte, sin comillas y con estilo *Citas*.
 - 7.2 No se admitirán artículos en los que haya citas de otros autores sin la debida identificación completa de la obra y páginas citadas.
 - 7.3 Los apellidos de los autores citados en el texto no deben escribirse en imprenta mayúscula (PÉREZ); los títulos *de libros* van en cursiva. En caso de “título de artículo o de capítulo de libro”, va entre comillas y se reserva la cursiva para el título del libro o revista donde se encuentra. Cualquier otro dato (página, año, etc.) debe ir en la correspondiente nota al pie.
 - 7.4 Se usan corchetes [] para introducir términos explicativos dentro de una cita y paréntesis con tres puntos (...) para indicar que se ha eliminado algo.
8. Las **referencias bibliográficas** deben ir siempre a pie de página, nunca en el texto y deben contener los siguientes datos:
 - 8.1. Referencia al pie de libro
 - Nombre y APELLIDOS del autor (los apellidos en VERSALES);
 - *Título completo de la obra* (va siempre en *cursiva*);
 - Volumen o tomo;
 - Editorial, ciudad y año de publicación;
 - Número de edición o reimpresión, cuando corresponda;
 - Número/s de página/s de la cita.

Toda esta información se separa con comas.

Ejemplo:

- ¹ Carmelo CURBELO SORIA, *El automotor en el derecho uruguayo*, Asociación de Escribanos del Uruguay, Montevideo, 2012, 1.^a reimp., p. 25.
- ² C. CURBELO SORIA, *El automotor en el derecho uruguayo*, pp. 46-48.

8.2. Referencia al pie de artículo de revista o de capítulo de libro colectivo

- Nombre y APELLIDOS del autor (los apellidos en VERSALES);
- “Título del artículo o capítulo”;
- *Nombre de revista/publicación*, año (volumen y/o número entre paréntesis), páginas citadas.

En caso de ambigüedad, después del nombre se agrega entre paréntesis la ciudad o el organismo que publica.

Ejemplos

Artículo de publicación

³ José PÉREZ, “La nueva regulación en materia de comercio internacional”, *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Uruguay), 2015 (11), p. 169.

⁴ Cecilia HUGHES, “Los ciclos políticos de la economía”, *Prisma*, 2001 (16), pp. 164-165.

Capítulo de libro colectivo

⁵ Pilar MAESTRE CASAS, “Conflictos familiares internacionales y continuidad de las relaciones respetando la identidad cultural”, en Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE (Coord.), *La persona frente a la dinámica y las exigencias del mundo globalizado. Jornadas de la ASADIP 2010*, CEDEP-ASADIP, Asunción, 2010, pp. 125-155.

8.3 Si se trata de un documento recuperado de Internet, la referencia se hará indicando el DOI (*Digital Object Identifier*), que permite la recuperación incluso si el sitio Web ya no estuviera activo. La referencia se hará así:

⁶ Recuperado: AUTOR, *Título*, año, DOI: xxxxxxxx

9. Bibliografía final: La inclusión de bibliografía final no es necesaria en caso de publicación de conferencias ni de capítulos de libro. Sí deben contener bibliografía final los artículos de investigación y los libros (excepto aquellos que recopilen conferencias). La bibliografía debe presentarse ordenada alfabéticamente por el primer apellido del autor, por lo cual aparecerán todos los datos mencionados en la primera referencia a pie de página, pero anteponiendo el apellido al nombre y sin indicación de páginas citadas. Tratándose de artículos o de capítulos de libros, deberán indicarse la primera y última página.

Ejemplo

HUGHES, Cecilia, “Los ciclos políticos de la economía”, *Prisma*, 2001 (16), pp. 146-165.

10. Evaluación: Todas las publicaciones de la Universidad Católica del Uruguay son evaluadas, si bien no todas del mismo modo.

10.1. Libros: Si cuentan con el aval del director del departamento o coordinador de área correspondiente, se envía a dos evaluadores. Con su aprobación, pasa al Consejo de editores de la Universidad Católica del Uruguay, sin cuyo *referéndum* no puede publicarse nada con sello UCU.

10.2. Artículos para revista arbitrada: Si el Comité editorial de la Facultad de Derecho los aprueba, se envían a dos árbitros para su evaluación con sistema doble ciego.

10.3. Otros artículos: Deben ser admitidos por el Comité editorial de la Facultad de Derecho.

Editorial standards

1. **Presentation:** the books will be delivered printed and delivered digitally or via e-mail. It is sufficient to send the articles by e-mail to:
publicacionesderecho@cu.edu.uy o mhanna@ucu.edu.uy.
2. **All papers** must be done in Microsoft Word, A4, Times/Times New Roman, size 12, 1.5 line spacing, rear 6 and indentation first line.
 - 1) Pages must be numbered: top of the page, top right, omitting the number in the first one.
 - 2) Papers with indentation made with tab or spacer After the title must be written the name and surname of the author, academic center (s) of origin and e-mail
3. The **footnotes** must be written in Times/Times New Roman, size 10, single-spaced, without neither before nor after space, without indentation. No point or hyphen after the number of the nute. The footnotes must be numbered consecutively, in increasing order.
4. The **bibliographical references** in footnotes shall be composed as follows:
 - 1) In the first reference of a paper shall appear the complete reference
 - 2) In following references, only the surname of the author, title or part of it if it is too long, and the page. No bibliographical abbreviations as: *cit.*, *citado*, *ibid.*, *ibidem*, *op. cit.*, *ob. cit.*, *l.c.*, shall be used.
5. **Academic research articles** shall be accompanied by: title in Spanish (or language in which is written) and English, abstract (top 200 words) in both languages, keywords suggestions in both languages and summary in the language that the article is written.

Subtitles shall be numbered with arabic numerals (1. 2. 3.), the subdivisions with letters a) b) c). In case of any further subdivisión, the subtitles allow roman numerals (I.), then arabic (1.) and finally letters (a). We recommend using the Word worksheet title for the article, Title 2 for subtitles, Title 3 for subdivisions and so on.

Neither the title or subtitle shall contain endpoint.
6. **Research articles**, depending on their type, shall not be less than 5 pages or more than 50 and must indispensably have updated bibliography. At the end shall appear the reference works consulted in alphabetical order according to the author's

surname, taking into account the data for the presentation of bibliographical references.

7. **Quotes** shall be made in Spanish or in the language of the article. It can be attached in a footnote in the original language when necessary for the argument (usually brief).

If they occupy less than five lines, they are made in the text and in quotation marks, never in italics. Italics are reserved to highlight a word inside the quotes. If they occupy more than five lines, they are made in a separated paragraph, without quotation marks and in Quotations style.

No articles in which there are quotations from other authors without proper complete identification of the work and cited pages will be accepted.

The surnames of the authors cited in the text shall not be written in capital letters (PEREZ); book titles shall be written in italics. In case of "title of article or book chapter", goes in quotation marks and italics are reserved for the title of the book or magazine is where it is. Any other information (page, year, etc.) must be in the corresponding footnote.

Square brackets [] must be used to introduce explanatory terms within a quotation and brackets with three dots (...) to indicate that something has been removed.

8. **Bibliographical references** must always be a footnote, never in the text and they must contain the following information:

Name and SURNAME of the author, *Full title of the book* –always in italics–, Volume, Publisher, city and year of publication, Edition or reprint number when necessary, Page number(s) of the quote

All this information must be separated by commas.

Example:

¹ Carmelo CURBELO SORIA, *El automotor en el derecho uruguayo*, Asociación de Escribanos del Uruguay, Montevideo, 2012, 1.^a reimp., p. 25.

² C. CURBELO SORIA, *El automotor en el derecho uruguayo*, pp. 46-48.

Journal footnote references:

Name and SURNAME of the author, "Paper's title" in *Full title of the book/magazine, etc.* (if it is necessary, city or country), year (Vol. & N°), pages.

Example:

Papers

³ José PÉREZ, "La nueva regulación en materia de comercio internacional", *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Uruguay), 2015 (11), p. 169.

⁴ Cecilia HUGHES, “Los ciclos políticos de la economía”, *Prisma*, 2001 (16), pp. 164-165.

AAVV book's chapter

⁵ Pilar MAESTRE CASAS, “Conflictos familiares internacionales y continuidad de las relaciones respetando la identidad cultural”, en Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE (Coord.), *La persona frente a la dinámica y las exigencias del mundo globalizado. Jornadas de la ASADIP 2010*, CEDEP-ASADIP, Asunción, 2010, pp. 125-155.

Digital references

Recover: AUTHOR, *Título*, año, DOI: xxxxxxxx

9. Final bibliography: Including final bibliography is not required in case of publication of lectures or book chapters. Research articles and books must contain final bibliography (except those that collect lectures). The bibliography must be presented in alphabetical order by the surname of the author. All data mentioned in the first footnote will appear, but putting first the surname to the name and without indication of pages. In articles or book chapters, the first and last pages must be indicated.

Example:

HUGHES, Cecilia, “Los ciclos políticos de la economía”, *Prisma*, 2001 (16), pp. 146-165.

SUMARIO

I DOCTRINA

EL PRINCIPIO DE BUENA FE
EN EL PROCESO DE MEDIACIÓN
María José Briz

MEDIDAS DE DEFENSA COMERCIAL
EN EL CONTEXTO DE LA OMC
Y LAS CONTROVERSIAS
PROMOVIDAS
EN EL MARCO DE SU SISTEMA
DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
ENTRE PAÍSES LATINOAMERICANOS
Jaime Ramiro Gallegos Zúñiga

EL TRATAMIENTO DEL DERECHO
A LA SALUD EN LA JURISPRUDENCIA
DE LA CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS
María Paula Garat

PERSPECTIVA JURÍDICA
DE LA LIBERTAD RELIGIOSA
Y LA LIBERTAD DE CONCIENCIA
Gabriel González Merlano

PRÁCTICAS ABUSIVAS
EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO
ANÁLISIS DESDE LA NUEVA
LEGISLACIÓN ARGENTINA
Aída Kemelmajer de Carlucci

LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO
DEL TRABAJO
Julio E. Lalanne

TENSIÓN ENTRE EL DERECHO
A LA PRIVACIDAD Y DERECHO
A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN:
UN ANÁLISIS DESDE LA
RESPONSABILIDAD CIVIL
Dra. Laura Nahabetián Brunet

LA CONSTRUCCIÓN RETÓRICA
DE LA REALIDAD EN LOS JUICIOS
ORALES
Gerardo Ribeiro Toral

MODIFICACIONES DEL PAGO DEL
PRECIO EN ARRENDAMIENTOS
INTRODUCIDAS POR LA LEY DE
INCLUSIÓN FINANCIERA NRO. 19.210
Miguel Ángel Tomé

PROBLEMATICHE DELLA
PROCREAZIONE ASSISTITA:
UNO SGUARDO COMPARATIVO
TRA FRANCIA E ITALIA
Flavio Tovani

I RECENSIONES

INFORME FINAL DE LA COMISIÓN DE
VERDAD DE BRASIL: VERDAD TARDÍA
SIN JUSTICIA

DE ENTROPÍA Y ENEMIGOS.
UN ENSAYO SOBRE DERIVAS
HOBBESIANAS, MODERNIDAD Y
DISCURSOS DE LA EXCLUSIÓN
Patricio Sabadini

I INFORMACIÓN

REGLAMENTO
DE LA REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL
URUGUAY

NORMAS FORMALES PARA
PUBLICACIONES
DE LA FACULTAD DE DERECHO