

ARTÍCULOS

DEMOCRACIAS DESCONFIADAS, CAPITAL SOCIAL Y CONSOLIDACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO EN AMÉRICA LATINA

Rafael Aguilera Portales

EL ESPERADO FALLO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA ACERCA DEL CONFLICTO DE LAS PAPELERAS SOBRE EL RÍO URUGUAY

María Mercedes Alborno, Guadalupe Barrera y Jimena Moreno

LA REHABILITACIÓN DE ARISTÓTELES EN LA ÉTICA CONTEMPORÁNEA

Jacob Buganza Torio

ESTUDIO COMPARADO SOBRE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS PROGRAMAS DE ORDENADOR. ¿DERECHOS DE AUTOR O PATENTE? DIVERSOS ENFOQUES, DIFERENCIAS Y NIVEL DE PROTECCIÓN

Roberto Garza Barbosa

EL CONTROL DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA. TÉCNICAS DECISORIAS Y TIPOLOGÍA DE SENTENCIAS

Luis Gerardo Samaniego Santamaría

APROXIMACIONES AL SINCRETISMO IDEOLÓGICO DE LA CONSTITUCIÓN CHILENA. ESPECIAL REFERENCIA AL IUSNATURALISMO ESCOLÁSTICO Y NEOLIBERALISMO

Christian Viera Álvarez

NOTA

HOMOLOGACIÓN Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS. BREVE ANÁLISIS DE PRECEDENTES RELEVANTES EN MÉXICO

Daniel Castellanos Ortega



ANUARIO JURÍDICO DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO

IUSTITIA

NÚMERO: 23

MAYO DE 2011

DIRECTORIO

Dr. Rafael Rangel Sostmann
Rector del Sistema Tecnológico de Monterrey

Dr. David Noel Ramírez Padilla
Rector del Tecnológico de Monterrey

Dr. David Garza Salazar
Rector de la Zona Metropolitana de Monterrey

Dr. Humberto Cantú Delgado
Director de la Escuela de Negocios, Ciencias Sociales y Humanidades, Campus Monterrey

Dr. Gabriel Cavazos Villanueva
Director Asociado de la Escuela de Negocios, Ciencias Sociales y Humanidades, Campus Monterrey

Lic. Alberto F. Rebolledo Ponce
Director del Departamento de Derecho

Lic. Aydeé del Carmen García Arzábala
Directora de la Carrera de Derecho

Dr. Roberto Garza Barbosa
Editor de la Revista Jurídica IUSTITIA

TECNOLÓGICO DE MONTERREY CAMPUS MONTERREY

ANUARIO JURÍDICO DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO

IUSTITIA

NÚMERO: 23

MAYO DE 2011

CONSEJO EDITORIAL

- Dr. Jacob Buganza (Universidad Veracruzana)
Dr. Donato Cárdenas Durán (ITESM)
Dr. Gabriel Cavazos Villanueva (ITESM)
Dr. Christopher Cotropia (Richmond, EUA)
Lic. Julio César Cruz Chavira (ITESM)
Dr. Martin Davies (Tulane, EUA)
Lic. Abril De León Rincón (ITESM)
Dra. Sara Díez Riaza (Comillas, España)
Dra. Ángela Figueruelo Burrieza (Universidad de Salamanca, España)
Dr. Joel Friedman (Tulane, EUA)
Dr. Héctor Alejandro González Hernández (ITESM)
Dra. Marta Gisbert Pomata (Comillas, España)
Dr. Sergio Elías Gutiérrez Salazar (ITESM)
Dr. Marlon Omar López Zavala (ITESM)
Dr. Lucio Pegoraro (Universidad de Bolonia, Italia)
Dr. Jorge Iván Salazar Tamez (ITESM)
Dr. Pedro Serna (Universidad de A Coruña, España)
Dr. Edward Sherman (Tulane, EUA)
Dr. Pedro Torres Estrada (ITESM)
Dr. Luis Eduardo Zavala De Alba (ITESM)
Dr. Stephen Zamora (Universidad de Houston, EUA)

TECNOLÓGICO DE MONTERREY CAMPUS MONTERREY

D.R. © 2011 ITESM, Eugenio Garza Sada 2501, Col. Tecnológico, Monterrey, N.L. C.P. 64849. Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta revista por cualquier medio sin el previo y expreso consentimiento por escrito del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey a cualquier persona y actividad que sean ajenas al mismo.

Las opiniones expresadas en este anuario, son responsabilidad de los autores y no necesariamente del ITESM o los editores. El hecho que los artículos aparezcan publicados no significa que el ITESM o sus editores concuerden con el contenido de los mismos.

ISSN: 1870-6827

Visible en: <<http://www.iustitia.org.mx>>

Correo electrónico del editor: rgb@itesm.mx

Con la colaboración de Daniel Castellanos Ortega y Claudia Aceves López, integrantes de la Cátedra Estado de Derecho, <<http://www.ced.org.mx>>.

ANUARIO JURÍDICO DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO

IUSTITIA

NÚMERO: 23

MAYO DE 2011

Presentación de la Edición	9
Roberto Garza Barbosa	
Artículos	
Democracias Desconfiadas, Capital Social y Consolidación del Estado de Derecho en América Latina	11
Rafael Aguilera Portales	
El Esperado Fallo de la Corte Internacional de Justicia Acerca del Conflicto de las Papeleras sobre el Río Uruguay	51
María Mercedes Albornoz	
Guadalupe Barrena	
Jimena Moreno	
La Rehabilitación de Aristóteles en la Ética Contemporánea	87
Jacob Buganza Torio	
Estudio Comparado sobre la Protección Jurídica de los Programas de Ordenador, ¿Derechos de Autor o Patente? Diversos Enfoques, Diferencias y Nivel de Protección	127
Roberto Garza Barbosa	
El Control de las Omisiones Legislativas a través de la Jurisprudencia de la Corte <i>Costituzionale</i> Italiana. Técnicas Decisorias y Tipología de Sentencias	167
Luis Gerardo Samaniego Santamaría	

Aproximaciones al Sincretismo Ideológico de la Constitución Chilena. Especial Referencia al Iusnaturalismo Escolástico y Neoliberalismo 233
Christian Viera Álvarez

Nota
Homologación y Ejecución de Sentencias Extranjeras. Breve Análisis de Precedentes Relevantes en México 267
Daniel Castellanos Ortega

Normas Editoriales 285
Lineamientos del Consejo Editorial 289

PRESENTACIÓN

El presente volumen cuenta con una gran variedad de temas, que van desde los meramente filosóficos, hasta los que concretizan doctrinas en sistemas constitucionales. Además, se incluyen artículos que abordan el análisis de sentencias, enfoques judiciales y preceptos legales e, incluso, la patentabilidad de los programas de cómputo. Como siempre, publican aquí autores de diversas universidades, nacionales y extranjeras, que con su presencia ayudan a reafirmar la vocación internacional de la revista, reflejada en tres elementos que le caracterizan: sus autores, los miembros del Consejo Editorial, además de su distribución internacional.

Agradecemos a todos aquellos que hacen posible esta publicación, ahora en su volumen 23. Primeramente a los investigadores, que son autores de los ensayos, y a los investigadores a quienes va dirigida la publicación, es decir los lectores. Además agradecemos a la dirección de la Escuela de Negocios, Ciencias Sociales y Humanidades del Campus Monterrey, al Consejo Editorial, así como al equipo de trabajo de la Cátedra Estado de Derecho que ha colaborado en la edición de este número.

Finalmente, sugiero visitar nuestra página electrónica, <<http://www.iustitia.org.mx>>, en la misma encontrará toda la información relacionada con la publicación, incluyendo requisitos y normas de publicación, además de números anteriores en formato electrónico.

Dr. Roberto Garza Barbosa
Editor del Anuario Jurídico *IUSTITIA*
SSRN Author page: <<http://ssrn.com/author=661988>>

DEMOCRACIAS DESCONFIADAS, CAPITAL SOCIAL
Y CONSOLIDACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO
EN AMÉRICA LATINA

Rafael Aguilera Portales *

SUMARIO: 1. Procesos de transición política y gobernabilidad democrática; 2. Crisis de la esfera pública y debilidad estructural del Estado; 3. La construcción de cultura cívica como factor de gobernabilidad democrática; 4. El papel de la confianza en el proceso de consolidación democrática; 5. Estado de derecho como imperio de la ley y protección de derechos fundamentales; 6. Cultura de la legalidad, corrupción e instituciones políticas; 7. La cultura de la legalidad: el desafío de la credibilidad institucional; 8. El desafío de la credibilidad, confianza y motivación; 9. El fortalecimiento institucional del Estado en América Latina; Bibliografía.

* Profesor e investigador de Teoría Política y Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL), Doctor por la Universidad de Málaga (España), miembro del Sistema Nacional de Investigadores (CONACyT).

“Debería existir un lugar para todos en la sociedad civil, un lugar que fuera realmente para todos, un lugar compartido por todos. Ese lugar debe ser democrático: debe ser público y libre (no coercitivo, ni estadista). La perspectiva de la sociedad civil fuertemente democrática distingue nuestra vida cívica tanto en nuestro ámbito privado de seres productores y consumidores individuales como de nuestro ámbito público de seres que votan y reclaman sus derechos”

BARBER, B., *Strong Democracy. Participatory Politics for a New Age*

1. PROCESOS DE TRANSICIÓN POLÍTICA Y GOBERNABILIDAD DEMOCRÁTICA

En el libro *El orden político en las sociedades en cambio*,¹ Samuel Huntington afirmó que la distinción política más importante entre los países concernía no tanto en su forma de gobierno sino a su grado de gobierno. La diferencia entre democracia y dictadura era menos entre países cuya política se basaba en el consenso, comunidad, legitimidad, efectividad y estabilidad y aquellos otros cuya política carecía de estos elementos. Por tanto las diferencias entre un Estado democrático y un

¹ HUNTINGTON, S. H., *El orden político en las sociedades en cambio*, Buenos Aires, Paidós, 1990.

Estado dictatorial no son de grado, sino de fondo. Un Estado que confisca los bienes y recursos de sus súbditos será menos fuerte que aquel gobierno donde los ciudadanos pagan impuestos voluntariamente a cambio de servicios públicos y sociales. Los gobiernos latinoamericanos durante el pasado siglo no construyeron estructuras estatales vigorosas y estables. La herencia de los viejos regímenes autocráticos y dictatoriales sigue perdurando en nuestros frágiles procesos de transición democrática hacia la construcción de un modelo de Estado democrático y social de Derecho.

En esta línea, John Rawls ha defendido un “liberalismo político del Estado de bienestar social”, es decir, la idea de que los gobiernos han de prestar a sus ciudadanos el mayor abanico posible de derechos civiles y oportunidades económicas. Cualquier gobierno que no sepa conducirse por normas democráticas, que fracase en la apertura de oportunidades económicas y promoción del bienestar de los ciudadanos menos prósperos y más desamparados está violando sus derechos fundamentales. El objeto primario de la justicia² es la estructura básica de la sociedad, es decir, como las instituciones sociales más importantes regulan la distribución de los derechos y deberes fundamentales y las ventajas derivadas de la cooperación social, en concreto la Constitución política y principales ordenamientos económicos y sociales.

Los derechos, las libertades al igual que las leyes en general son invenciones institucionales mediante las cuales las sociedades democráticas y liberales tratan de crear las condiciones materiales necesarias para el auto desarrollo individual y la resolución de conflictos sociales con el objetivo de enfrentar las contingencias y desastres históricos, políticos, económicos y naturales. La legitimidad de la democracia en un Estado constitucional proviene de dos dimensiones fundamentalmente: por un lado, el principio de soberanía

² RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Oxford, 1972 (Ed. cast. *Teoría de la Justicia*, trad. de M. d. González, México, FCE, 1993.

popular, en el que se propone que el poder emana del pueblo y, por tanto, debe servir a éste principalmente, aunque la voluntad popular suele identificarse con la voluntad de las mayorías, a veces, irreflexivas y miopes que suelen seguir líderes carismáticos y populistas. Por otro lado, otra dimensión importante del Estado constitucional la constituyen los derechos y libertades ciudadanas. Esta dimensión incorpora un marco normativo como Estado de derecho por donde transcurre y juega el debate democrático.

Sin duda, la extensión del gobierno democrático en América Latina constituye un avance sumamente significativo y sin precedentes históricos, sobre todo, cuando nos encontramos ante una región constantemente amenazada por fuertes presiones económicas, políticas y sociales que ponen en peligro continuo su pervivencia y continuidad. La consolidación de las instituciones representativas, la búsqueda de transparencia y eficiencia de sus instituciones, el deterioro de la cultura política e institucional representan nuevos retos a los que se enfrenta en su conjunto toda América Latina. Normalmente, las situaciones de cambio y transición democrática pasan por una coyuntura crítica e inestable, donde los sistemas políticos están en una situación permanente “al borde de crisis de gobernabilidad”.³

³ ALCÁNTARA, Manuel, *Gobernabilidad, crisis y cambio (elementos para el estudio de la gobernabilidad de los sistemas políticos en épocas de crisis y cambio)*, FCE, 2º edición, México, 2004, p. 209; LINZ, J., *El factor tiempo en las transiciones democráticas*, Centro de Estudios sobre la Transición, México, 1994; O’ DONNELL, G., SCHMITTER P. y WHITEHEAD, L. (eds.), *Transiciones desde un gobierno autoritario*, 4 vols., Paidós, Buenos Aires, 1988; FLISFISCH, Ángel, "Gobernabilidad y consolidación democrática", en *Revista Mexicana de Sociología*, N° 3, julio-septiembre de 1989.

1.2. Índices de gobernabilidad

Índices de Gobernabilidad en América Latina (cuadro comparativo)

Posición mundial	País	Índice de gobernabilidad
8	Canadá	3.04
14	Estados Unidos	2.79
17	Chile	2.68
25	Costa Rica	2.21
27	Uruguay	2.10
40	Panamá	1.56
41	México	1.53
43	Brasil	1.42
46	Jamaica	1.37
54	El Salvador	1.22
58	Perú	1.17
65	Bolivia	1.02
71	Honduras	0.90
72	Guatemala	0.87
77	Argentina	0.82
82	Ecuador	0.74
84	Colombia	0.73
95	Venezuela	0.52
102	Paraguay	0.39

* El índice de gobernabilidad se calculó como promedio simple de los seis indicadores de gobernabilidad del Banco Mundial, trasladando su escala a valores positivos.

Sin duda, la búsqueda de soluciones alternativas al problema de la gobernabilidad democrática en América Latina proviene de una análisis exhaustivo de múltiples factores y condiciones como la reforma democrática de las instituciones, el fortalecimiento de la sociedad civil, la posibilidad de ejercicio de derechos y libertades públicas, el desarrollo amplio de una cultura político-institucional y la

formulación de políticas públicas que generen una ciudadanía social como igualdad de oportunidades económicas frente a las enormes desigualdades socio-económicas. Es evidente que el desafío de la consolidación democrática en América Latina es un problema muy complejo y laberíntico, no exento de ambivalencias y contradicciones; un proceso multifactorial donde intervienen diversas causales que deben ser analizadas y tomadas en consideración. Por tanto, la gobernabilidad es un fenómeno pluridimensional,⁴ que incorpora elementos decisivos como la legitimidad ética y política, la legitimación o apoyo social y la eficacia de resultados.

Promedios por región	Índice de gobernabilidad
América del Norte	2.81
Oceanía	2.59
Europa	2.00
Promedio Mundial	1.30
América Latina y el Caribe	1.27
Asia	1.10
África	0.77

Fuente: Indicadores de gobernabilidad y democracia en México, abril de 2005, elaborado por el Centro de Estudios Sociales y Opinión Pública, de la Cámara de Diputados, LIX Legislatura; disponible en: www.diputados.gob.mx/cesop/doctos.htm. Tomado de Oscar Oszlak, “Tensiones permanentes del sistema capitalista: gobernabilidad, desarrollo y equidad”, consultado el 29 de marzo de 2005, en <http://www.top.org.ar/gobernabilidad.htm>.

En primer lugar, la gobernabilidad implica que los actores sociales y políticos respeten las reglas del juego democrático, acaten las decisiones políticas, porque la sociedad e instituciones deben

⁴ ARBÓS, Xavier y GINER, Salvador, *La gobernabilidad. Ciudadanía y democracia en la encrucijada mundial*, Siglo XXI, México, p. 33.

someterse al mandato de representación política. Las elecciones políticas representan una excelente oportunidad para la expresión popular y la participación ciudadana; pero, en este sentido, no debemos reducir la participación política a exclusiva participación electoral, la participación es siempre mayor y profunda.⁵

La legitimidad democrática de un sistema político requiere renovarse diariamente a través del grado de participación, confianza y evaluación crítica de los ciudadanos. La democracia electoral es insuficiente por sí sola para cohesionar a toda una sociedad. En la actualidad, el ejercicio del poder es sometido a nuevas presiones y demandas sociales correlativas a las nuevas responsabilidades y obligaciones que el Estado democrático y social⁶ ha ido asumiendo históricamente. El problema de la pobreza extrema y la falta de desarrollo en muchas regiones de América Latina cuestionan los sistemas políticos que aspiran y desean ser legítimos socialmente. La construcción de la democracia y de una cultura política constitucional requiere no sólo de nuevas instituciones y prácticas políticas sino también de la construcción de nuevos consensos, prácticas, actitudes y símbolos políticos en torno a valores políticos y constitucionales.⁷

⁵ NOHLEN, Dieter, "¿Más democracia en América Latina? Democratización y consolidación de la democracia en una perspectiva comparada", Revista *Síntesis*, Madrid, núm. 6, pp. 37-63; OFFE, Claus, "Ingovernabilidad. Sobre el renacimiento de teorías conservadoras de la crisis", en *Partidos Políticos y Nuevos Movimientos Sociales*, Sistema, Madrid, 1988; LINZ, J., *La quiebra de las democracias*, Alianza Universidad, Madrid, 1987.

⁶ ABENDROTH, W. "El Estado de Derecho Democrático y Social como proyecto político", en *El Estado Social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986; CARBONELL, M.: *Neoconstitucionalismos*, Trotta, Madrid, 2003; ESTRADA, Pedro (Comp.) *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, Limusa, México, 2006, pp. 135-169.

⁷ La igualdad es un valor normativo, político y axiológico fundamental que inspira el desarrollo, evolución e implementación de nuestros Estados democráticos y sociales de derecho hacia una mayor integración social, política, jurídica y económica. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Dimensiones de la igualdad*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 16. Vid. LAPORTA, F., *El principio de igualdad: introducción a su análisis* en Sistema, n.

2. CRISIS DE LA ESFERA PÚBLICA Y DEBILIDAD ESTRUCTURAL DEL ESTADO

“Conviene, pues, que además de lo que incita al bien propio de cada cual haya algo que mueva al bien común de muchos....”

Bartolomé de las Casas,
Principios para defender la justicia de los indios, 1552

El rescate y reconstrucción de la esfera pública constituye un componente fundamental para la consolidación democrática en toda la región de América Latina. El ámbito o esfera de lo público trasciende la concepción de poder político. La obligación del gobierno consiste en invertir en infraestructura, sanidad, educación, generar políticas culturales, prevenir la violencia social, crear profesionales bien cualificados, evitar los fraudes, vigilar y planificar el sector económico y hacer cumplir leyes anti-monopolio. El rescate y reconstrucción de la esfera pública comienza con la implantación de una cultura tributaria e impositiva por parte de la ciudadanía que permita recaudar dinero público para cubrir las necesidades de los servicios públicos y sociales. Igualmente precisamos en la esfera pública de una mayor transparencia, mayor rendición de cuentas y

67, 1985, pp. 3-31; FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, “Comentarios al anteproyecto de Ley orgánica de igualdad de mujeres y hombres”, en *Revista Criterio Jurídico*, Santiago de Cali, Colombia, Vol. 6, 2006, pp. 197-213. AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, “La igualdad como valor normativo, axiológico y político fundamental”, en FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, *Igualdad ¿para qué?*, Editorial Comares, Granada, 2007, pp. 15-49.

control del dinero público que nos permitan disminuir la corrupción y dispendio burocrático.

La esfera pública en América Latina se encuentra fuertemente deteriorada y amenazada debido a las prácticas históricas de nepotismo, clientelismo, favoritismo, prebendas, tráfico de influencias, regresiones autoritarias y corruptelas. Este fuerte deterioro de la esfera pública nos conduce a un aumento de la desigualdad social y económica que contribuye a un grave déficit de integración ciudadana que socava a su vez la legitimidad y legitimación social del sistema representativo. La fuerte estratificación o polarización social impacta de forma directa en la crisis de confianza y legitimación social de nuestras instituciones políticas. En grandes sectores de la población existe una gran desconfianza hacia sus instituciones políticas y, por otra parte, se desconoce la importancia y relevancia de las mismas.

En consecuencia, nos urge repensar la esfera pública⁸ donde los ámbitos jurídicos, político y ético se encuentran entremezclados e indisolublemente unidos, como condición de posibilidad ineludible de resolución de nuestros problemas actuales, tales como desigualdades, pobreza, discriminación, crisis de gobernabilidad, inseguridad pública. Actualmente, la crisis y devaluación de la esfera pública surge como consecuencia de la expansión y crecimiento de la sociedad de masas, crisis de confianza, crisis de motivación ciudadana, crisis de legitimidad institucional. El modelo de sociedad neocapitalista actual ha desencadenado un crecimiento desmedido, no natural y desorbitado que

⁸ La grave crisis de la esfera pública es producto y consecuencia de expansión y omnipresencia del *animal laborans* (esfera laboral) y del *homo faber* (esfera tecnológica) cumplidas en el advenimiento de la sociedad de masas. Véase el análisis de ARENDT, HANNAH, *La condición humana*, Paidós, Barcelona, 1998. Véase SÁNCHEZ BENÍTEZ, Roberto, *Ensayos sobre hermenéutica (ética y literatura)*, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, México, 2003, p. 59, especialmente, el capítulo "Política y libertad en Hannah Arendt", donde analiza cómo la esfera pública es el ámbito de realización de la libertad humana que implica a su vez el dominio de lo público. PALACIOS, X. y JARAUTA, F. (comps), *Razón, Ética y Política. El Conflicto de las Sociedades Modernas*, Anthropos, Barcelona, 1989.

ha invadido y propiciado la marginalidad de la esfera privada y pública. Dos esferas, que hoy por hoy, son incapaces de defenderse frente al excesivo auge de la cultura de masas.

La democracia constituye la mejor forma de gobierno y organización de la vida social y política. No obstante, aunque políticamente aceptada de forma universal, por un amplio consenso internacional de países, como el mejor de los gobiernos posibles, al mismo tiempo, muestra ser un sistema político sumamente frágil, inestable y vulnerable, pues su vitalidad depende fundamentalmente de dos componentes esenciales. Por un lado, la estabilidad, fortaleza y desarrollo de un Estado democrático de Derecho, es decir, el buen funcionamiento de las instituciones que conforman y articulan la sociedad política junto con la vertebración, y, por otro lado, la madurez de una sociedad civil una ética sólida ciudadana generada a través de una Educación ético-cívica. Recientemente, la referencia a la sociedad civil⁹ se hace cada vez más evidente y necesaria, fortalecerla se ha visto como una tarea urgente, prioritaria y esencial para desarrollar una mejor gobernabilidad democrática a través de nuevas formas y vías de participación política. En este sentido, es importante subrayar cómo los individuos precisan de una integración socio-cultural significativa y fundamental si queremos, de alguna forma, consolidar las estructuras de representación política. Hoy, más que nunca, nuestras jóvenes democracias, en toda la región latinoamericana, precisan de una ciudadanía activa, participativa, madura, crítica y responsable que dé inicio a una nueva forma de

⁹ El concepto de sociedad civil fue ampliamente desarrollado por la filosofía política de Hegel, aunque su sentido actual es muy distinto a la sociedad burguesa y comercial que observaba Hegel. La distinción entre Estado y sociedad civil ha sido traducida como una distinción genérica en la teoría política que aludía a la distinción errónea entre el ámbito público y privado. Vid. BARBER, B., *Strong Democracy. Participatory Politics for a New Age*, Univ. of California Press, 1984; STRAUSS, Leo, *The City and Man*, Rand McNally, Nueva York, 1964; VALENCIA, Ángel, “Nuevos retos de la Política: Los movimientos sociales y el ecologismo”, en DE ÁGUILA, Rafael, *Ciencia política*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 451-475.

entender la política y la sociedad. La democracia no es solamente un orden socio-jurídico, sino también una cultura, un universo de actitudes, creencias, convicciones que impregnan toda la sociedad en su esfera tanto privada como pública. México ha transitado en las dos últimas décadas de un partido hegemónico hacia un sistema político pluripartidista donde se admite el pluralismo político.

El fuerte desafío del Estado democrático exige consolidar y asegurar las instituciones representativas de decisión política. Evidentemente, sin la centralidad del sistema representativo, la gobernabilidad no puede ser garantizada en la región, dicha centralidad depende de los actores principales que son los partidos políticos; pero también urge la democratización interna de los partidos políticos, la vertebración de la sociedad civil y la generación de una ciudadanía activa y participativa. Por tanto, se precisa una reforma profunda de las instituciones políticas y jurídicas para facilitar una eficiencia gubernamental y, por otro lado, mayor transparencia, control y gestión pública vinculadas a la rendición de cuentas públicas.

3. LA CONSTRUCCIÓN DE CULTURA CÍVICA COMO FACTOR DE GOBERNABILIDAD DEMOCRÁTICA

Los politólogos Gabriel y Arnold han enfatizado cómo el grado de democracia de una determinada sociedad depende inexorablemente del grado de cultura cívica. La cultura cívica engloba participación, actitudes y obligación política y moral de los ciudadanos, responsabilidades cívicas y políticas. No obstante, este enfoque politológico culturalista han recibido fuertes críticas al no aclarar si la cultura cívica depende de la democracia o si la democracia genera ésta. En la década de los noventa, Robert Putnam, en su famoso libro *Making Democracy Work* resaltaba igualmente la cultura como un factor explicativo del grado de gobernabilidad democrática alcanzado.

La obra de Putnam ha sido considerada como un trabajo de gran impacto. No obstante, se ha producido una gran crítica referida a

los conceptos centrales de su trabajo como: 1) la imprecisión ambivalencia y ambigüedad de la categoría de capital social. 2) la relación causal entre capital social y democracia no es unidireccional y 3) carencia de evidencias empíricas que avalen su teoría. Sin embargo, me parece crucial analizar el papel de capital social en el proceso de consolidación democrática que vive América Latina.

Las preguntas que inmediatamente surgen son: ¿Es posible confiar en las instituciones? ¿La confianza interpersonal tiene algo que ver con la confianza institucional? ¿Puede la confianza individualizada convertirse en confianza generalizada y anónima? y ¿bajo qué supuestos y circunstancias específicas? ¿Puede la confianza resolver problemas de acción colectiva?

La calidad de nuestras vidas y el bienestar social y personal dependen de numerosos factores entre los que podemos destacar nuestras habilidades productivas y las relajaciones que podamos establecer de forma cooperativa y social. La cooperación no constituye un hecho natural inexorable y congénito, sino que es una actividad que depende de las circunstancias contextuales de una determinada sociedad comunicación fluida y asimétrica, realización de actividades en común, capacidad de trabajo en equipo; pero la cooperación precisa de un mínimo nivel de confianza interpersonal e institucional. Si no confiamos en los demás y en nuestras instituciones difícilmente vamos a alcanzar ciertos resultados sociales, económicos y políticos. La confianza en nuestro continente padece una enorme vulnerabilidad y peligrosidad¹⁰, puesto que todos pensamos que si confiamos demasiado en alguien, éste puede aprovecharse de nuestra confianza y obtener un mejor resultado. Nuestra sociedad latinoamericana no ha sido capaz de desarrollar una mínima de confianza social, es decir, confianza a los demás como miembros

¹⁰ SCHMITTER, Philippe C., "Cinco reflexiones sobre la cuarta ola de democratizaciones", en *Transiciones a la democracia en Europa y América Latina*, BARBA, Carlos, BARROS, José Luis y HURTADO, Javier (Comps.), Miguel Ángel Porrúa/Universidad de Guadalajara, México, 1991.

pertenecientes a una misma comunidad política. La falta de confianza social explica en gran medida la falta de cooperación social e institucional. ¿Cómo es posible la cooperación en una sociedad en donde no existe la confianza en que todos harán lo necesario para que la cooperación se desarrolle? Es decir ¿cómo es posible hacer lo que nos toca, cuando en virtud de que nadie hace lo que le corresponde, lo más racional parece ser no cooperar?

Politólogos, sociólogos, filósofos y juristas han comprendido que la categoría política de capital social constituye un concepto central y neurálgico de análisis político para la conformación del modelo de Estado democrático y social. Esta categoría comprende la noción de confianza que, sin duda, facilita las relaciones interpersonales, enriquece el tejido social y permite la resolución de numerosos conflictos que se producen en nuestro entorno social. La confianza constituye la piedra angular de lo que se denomina capital social, es decir, la fuente de recursos sociales que sirven para construir todo el edificio democrático social e institucional.

Los politólogos Fukuyama, Putnam y Coleman han trabajado sobre la relación existente entre capital social y resultados colectivos, es decir, los niveles altos de capital social¹¹ parecen ser cruciales para el aumento de indicadores de desarrollo político (ampliación de libertades), desarrollo económico (redistribución de los recursos) y baja criminalidad (conformación del Estado de derecho). Para estos politólogos, el capital social en el nivel individual permite una exitosa gestión a nivel colectivo. En este sentido, el capital social contribuye al funcionamiento de las instituciones de gobierno y al buen desarrollo y progreso de una economía.

El capital humano difiere de forma significativa del capital social y personal. El capital humano tiene relación directa con el grado

¹¹ COLEMAN, James S., "Social Capital in the Creation of Human Capital", en *American Journal of Sociology*, 94 (supplement), 1988; COPPEDGE, Michael, "Institutions and Democratic Governance in Latin America" (First Draft), University of North Carolina, Marzo, pp. 11-13, 1993.

de formación y educación de los sujetos y éste repercute directa y positivamente sobre el desarrollo económico (producción de bienes), mientras el capital social y personal es relevante en cuanto a convertir estos bienes en consumo y bienestar. Por tanto, el capital humano tiene que ver con las habilidades aprendidas y el conocimiento adquirido junto a las destrezas intelectuales desarrolladas por parte del individuo a raíz del sistema educativo que implementa el Estado.

Luhmann sostiene que el paso de la confianza interpersonal a la confianza institucionalista se produce cuando las sociedades crean mecanismos formales que aseguran las interacciones de las relaciones personales. La ingeniería legal y constitucional resuelve la desconfianza de los individuos en la medida en que las expectativas incumplidas son sancionadas por un poder coactivo. El Estado de Derecho garantiza que la confianza se convierta en capital social en la medida en que genera una seguridad y certeza jurídica y social. En este sentido el Estado democrático y social de derecho brinda una legitimidad a las normas y un apoyo de la ciudadanía a las mismas que la convierten en una *cultura de la legalidad*. El Estado de Derecho constituye el marco institucional que garantiza nuestro derecho y nuestra libertad. La diferencia entre los estados democráticos y los sistemas políticos populistas consisten en que los primeros garantizan los derechos fundamentales y se encuentran regidos por un marco legal difícil de alterar, mientras que los segundos distribuyen arbitrariamente los recursos y bienes sin un marco legal y sin principio de igualdad.¹²

4. EL PAPEL DE LA CONFIANZA EN EL PROCESO DE CONSOLIDACIÓN DEMOCRÁTICA

La confianza constituye un capital social y una riqueza social que una vez desarrollada nos permite una enorme producción de beneficios

¹² BERGMAN, Marcelo “Confianza y Estado de derecho”, en BERGMAN, Marcelo y ROSENKRANTZ (coord.) *Confianza y derecho en América Latina*, Fondo de Cultura Económica, México, 2009, pp.77-99.

sociales, políticos y económicos. La confianza constituye una plataforma o cemento fundamental del capital social. Todos sabemos que cuando confiamos, las interacciones humanas se convierten en fluidas y espontáneas y, esta actitud tendemos a una mayor cooperación social y política, por tanto el déficit de confianza¹³ empobrece nuestras relaciones interpersonales.

El objeto de la confianza cumple con una función indispensable para la estructura interna del sujeto; a través del procesamiento de la experiencia. En consecuencia, un debilitamiento de la confianza produciría consecuencias de largo alcance para la confianza en sí mismo y no será juzgado como una posibilidad porque conduciría a grandes cambios en las disposiciones internas, para lo cual el sistema carece de tiempo, energía o apoyo del entorno.

“La confianza, en el más amplio sentido de la fe en las expectativas de uno, es un hecho básico de la vida social. Por supuesto que, en muchas situaciones, el hombre puede en ciertos aspectos decidir si otorgar confianza o no. Pero una completa ausencia de confianza le impediría incluso levantarse en la mañana. Sería víctima de un sentido vago de miedo y de temores paralizantes. Incluso no sería capaz de formular una desconfianza definitiva y hacer de ella un fundamento para medidas preventivas, ya que esto presupondría confianza en otras direcciones. Cualquier cosa y todo sería posible. Tal confrontación abrupta con la complejidad del mundo al grado máximo es más de lo que soporta el ser humano.”¹⁴

¹³ LUHMANN, Niklas, “*Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*” (trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erker), Barcelona, Anthropos, México, Universidad Iberoamericana, Bogotá, CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998; LUHMANN, Niklas, *Confianza* (Introducción de Darío Rodríguez Mansilla), Universidad Iberoamericana, Editorial Anthropos, 1ª. edición, 1996.

¹⁴ LUHMANN, Niklas, *Confianza* (Introducción de Darío Rodríguez Mansilla), Universidad Iberoamericana, Editorial Anthropos, Primera edición 1996. Según Luhmann, los tres componentes de la relación de confianza (la sustitución de un orden interno y su propia problemática por el orden externo más complejo, junto con su problemática; la necesidad de aprender; y el control simbólico) confirman nuestra

En América Latina se tiende a confiar más en las personas más próximas (familiares, amigos, vecinos) y a desconfiar de los desconocidos y las instituciones políticas y sociales. La confianza interpersonal en América Latina es baja y pobre debido a que las instituciones no hacen cumplir las normas legales, no existe una suficiente cultura de legalidad. Los ciudadanos latinoamericanos no confían en la policía, los juzgados, las instituciones políticas o los organismos de protección civil.

“El capital social se define por su función. No es una entidad única sino una variedad de entidades diferentes con dos elementos en común: todas comprenden algún aspecto de la estructura social y facilitan ciertas acciones de los actores -ya sea personas o actores corporativos- dentro de la estructura. Como otras formas de capital y de capital humano, el capital social no es completamente intercambiable pues puede ser específico para ciertas actividades. Una forma dada de capital social puede ser valiosa para facilitar ciertas acciones pero también puede ser inútil o incluso perjudicial para otras.”¹⁵

En este sentido, el problema de la consolidación democrática tiene que ver con el déficit de legitimación y apoyo social de la ciudadanía. Según el politólogo Robert Putnam, por capital social podemos entender el grado de confianza hacia los otros, así como la capacidad de cooperación entre los individuos, trabajo en equipo, colaboración, delegación de responsabilidades, coordinación grupal.¹⁶

hipótesis de que la confianza está asociada con la reproducción de la complejidad, y más específicamente, de la complejidad que llega al mundo como consecuencia de la libertad de otros seres humanos. La confianza funciona así, para comprender y reducir esta complejidad.

¹⁵ COLEMAN, James S., “Social Capital in the Creation of Human Capital”, en *American Journal of Sociology* (Supplement), núm. 94, 1988, p. 98. Véase también COLEMAN, James S., *Foundations of Social Theory*, Harvard University Press, Cambridge, 1991, pp. 302-304.

¹⁶ PUTNAM, Robert D., *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy*, Princeton University Press, Princeton, 1993. “Bowling Alone: America’s Declining Social Capital”, *Journal of Democracy*, núm. 6, 1995, pp. 65-78., “Tuning In, Tuning

En este aspecto, los datos de Latinobarómetro señalan que la confianza interpersonal se encuentra bajo mínimos en América Latina con respecto a otras regiones del mundo. En este sentido, podemos afirmar que los procesos de consolidación democrática son siempre ambivalentes y complejos; pero deben tomar en cuenta el enorme papel que representa la ciudadanía como capital social hacia la democracia.

4.1 Índices sociales de confianza en México

Instituciones con mayor confianza promedio

Posición Ago. 10	Institución	% “Mucha” confianza			Calificación promedio Ago/10
		Jul/10	Ago/10	Variación	
1	Universidades	36.5	37.2	0.7	7.9
2	Iglesia	39.4	42.0	2.6	7.7
3	Ejército	36.9	36.8	-0.1	7.6
3	Medios de comunicación	27.3	29.1	1.8	7.6
5	Instituto Electoral	20.1	20.6	0.5	7.0
5	Suprema Corte de Justicia	18.3	19.2	0.9	7.0
5	Empresarios	17.2	17.1	-0.1	7.0

Fuente: “Monitor Mitofsky, Economía, Gobierno y Política”, Agosto 2010, Monitor mensual de Consulta Mitofsky, disponible en www.consulta.com.mx.

Out: The Strange Disappearance of Social Capital in America”, PS: Political Science and Politics, 1995, pp.664-683.

Instituciones con menor confianza promedio

Posición Ago. 10	Institución	% “Mucha” confianza			Calificación promedio Ago/10
		Jul/10	Ago/10	Variación	
8	Presidente de la República	17.5	17.6	0.1	6.7
9	Senadores	7.8	8.1	0.3	6.0
10	Sindicatos	6.9	7.4	0.5	5.9
11	Policía	8.3	8.6	0.3	5.8
12	Partidos Políticos	6.0	6.7	0.7	5.7
12	Diputados	6.5	6.6	0.1	5.7

Fuente: “Monitor Mitofsky, Economía, Gobierno y Política”, agosto 2010, Monitor mensual de Consulta Mitofsky, disponible en www.consulta.com.mx.

El Estado de Derecho constituye un marco institucional destinado a proteger y salvaguardar los derechos fundamentales y libertades públicas de una forma predecible y efectiva. El paso de la confianza interpersonal¹⁷ a la confianza institucionalizada ocurre cuando las sociedades aseguran interacciones semiautomáticas de las relaciones personales. Estas relaciones estables otorgan grados de certeza y seguridad jurídica y reducen los niveles de riesgo.

5. ESTADO DE DERECHO COMO IMPERIO DE LA LEY Y PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

El siglo XIX constituye el siglo del Estado de Derecho (*Rechtsstaat*). Este modelo de Estado se distinguía así del anterior modelo de Estado de fuerza (*Machtstaat*) o Estado absoluto característico del siglo XVII y, posteriormente, el Estado bajo el régimen de policía

¹⁷ BERGMAN, Marcelo “Confianza y Estado de Derecho”, en BERGMAN, Marcelo y ROSENKRANTZ (coord.), *Confianza y derecho en América Latina*, Fondo de Cultura Económica, México, 2009, pp.77-99.

(*Polizeistaat*) propio del Despotismo ilustrado del siglo XVIII, que se orientaba fundamentalmente a conseguir la felicidad de sus súbditos bajo el lema: “todo para el pueblo, pero sin el pueblo”.

No todo Estado es Estado de Derecho. Por su puesto es cierto que todo estado crea y utiliza un derecho, que todo estado funciona con un sistema normativo jurídico. Difícilmente cabría pensar hoy en un Estado sin Derecho, un Estado sin un sistema de legalidad. Y, sin embargo, decimos, no todo Estado es Estado de Derecho; la existencia de un orden jurídico, de un sistema de legalidad, no autoriza a hablar sin más de Estado de Derecho. Designar como tal a todo estado por el hecho de que sirve de un sistema normativo jurídico constituye una imprecisión conceptual y real que solo lleva –a veces intencionalmente– al confucionismo.¹⁸

La diferencia entre Estado Liberal de Derecho y Estado Constitucional consiste en que el primero nace con las Revoluciones

¹⁸ Cfr. DÍAZ, E., *Estado de Derecho y Sociedad democrática, op. cit.*, p. 13. Los elementos del Estado de Derecho, según el profesor Elías Díaz serían los mismos a lo largo de los diversos modelos por los cuales evoluciona; pero lo interesante es que la existencia de una normatividad jurídica o sistema de legalidad no autoriza a calificar de Estado de Derecho a cualquier Estado, salvo que reúna los siguientes requisitos: 1) Imperio de la ley, que impera sobre gobernantes y ciudadanos, pero entendida como expresión de la voluntad general, es decir creada como libre participación y representación de los integrantes del grupo social. 2) División de poderes, legislativa, ejecutiva y judicial, con predominio en la última y más radical instancia del poder legislativo, primero constitucional y luego parlamentario. Donde la institución que representa la soberanía popular, quien suministra legalidad y legitimidad a aquella que ejerce la acción gubernamental. 3) Fiscalización de la Administración Pública: actuación según la ley en todos los órdenes y niveles de ella (poder ejecutivo), así como control por los correspondientes órganos constitucionales y jurisdiccionales. 4) Derechos y libertades fundamentales, garantías jurídica (penales, procesales y de todo tipo), así como la realización efectiva de las exigencias éticas y políticas, públicas y privadas, que, especificadas en el tiempo como derechos económicos, sociales, culturales y de otra especie, constituyen la base para una verdadera dignidad y progresiva igualdad ente todos.

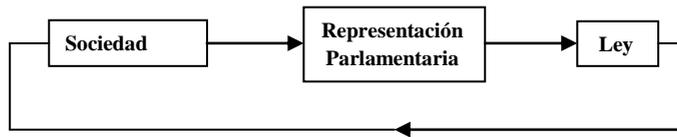
liberales, y representa un estadio decisivo de desarrollo estatal dentro de la Teoría jurídica y política; mientras que el Estado Constitucional simboliza el actual paradigma de las democracias contemporáneas, cuyas características abordaremos en el presente estudio. También es preciso señalar que la fórmula Estado Social y Democrático de Derecho¹⁹ es el modelo que subsume las dos anteriores concepciones de Estado y tiene tres dimensiones fundamentales: Estado de Derecho, Estado Democrático y Estado Social.

En este sentido, podemos resaltar la diferencia que realiza el neoconstitucionalismo entre *Estado de Derecho* y *Estado Constitucional*²⁰. Un Estado Constitucional implica un Estado de Derecho, pero no todo Estado de Derecho implica necesariamente ser un Estado Constitucional. Esta delimitación conceptual puede ser útil para expresar la legitimidad constitucional y democrática de un nuevo modelo de Estado de Derecho que garantice y defienda de forma

¹⁹ Cfr. DÍAZ, E., “Derechos Humanos y Estado de Derecho”, en LOPEZ GARCÍA, J.A. y Del Real, J. A. (coord.), *Los Derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 128-129. Véase también Vid. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995 (hay ediciones posteriores); HABERMAS, Jürgen, *Derecho Natural y revolución*, incluido en su *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*, Tecnos, Madrid, 1997.

²⁰ Es oportuno precisar que “Estado Constitucional de Derecho” y “Estado de Derecho” en sentido fuerte no son términos sinónimos, sino como ha señalado el profesor Luigi Ferrajoli, dos modelos normativos diferentes. Vid. FERRAGOLI, Luigi: “Pasado y futuro del Estado de Derecho” en CARBONELL, M., *Neoconstitucionalismos*, Trotta, Madrid, 2003. La idea básica de MONTESQUIEU fue que: “*el poder frena el poder*”, es decir, que para evitar el abuso del poder por parte de algún órgano es necesario, en primer lugar, que los poderes estén perfectamente separados y, en segundo lugar, que a todo poder se contraponga otro capaz de equilibrarlo y contrapesarlo. El artificio de separación de poderes resulta de la combinación de dos principios: 1) Principio de especialización funcional estatal y 2) Principio de recíproca independencia de los órganos. Por ejemplo, decimos que el Parlamento ejerce la función legislativa en el sentido en que (a) los jueces y el Ejecutivo no tienen el poder de predecir normas, (b) los jueces no tienen el poder de anular o negar la aplicación de actos legislativos y (c) el Ejecutivo no tiene el poder de oponer veto a los actos legislativos.

plena y acabada los derechos fundamentales. El Estado de Derecho quiere expresar el sometimiento del Estado a un conjunto de normas e instituciones jurídicas; sin embargo, el Estado Constitucional especifica que es a la Constitución a lo que ante todo y primariamente se somete el Estado. Por tanto, el Estado Constitucional especifica una versión peculiar del Estado de Derecho y conforma el modelo actual de Estado que adoptan nuestras democracias constitucionales actuales.



En este sentido, el imperio de la ley constituye una expresión de la voluntad general y la autodeterminación política de los ciudadanos. La generalidad de la ley constituía la esencia fundamental del Estado de Derecho. La norma legislativa operaba en igualdad frente a todos los sujetos de derecho sin distinción alguna. En este sentido, podemos afirmar que el Estado de derecho es un enemigo de todo tipo de excesos, abusos y extralimitaciones, es decir, de un uso no regulado del poder. La generalidad de la ley constituye una garantía fundamental de imparcialidad y objetividad del Estado frente a sus actores sociales bajo el principio de igualdad jurídica. La primacía de la ley con toda su fuerza y superioridad se vinculaba así al poder legislativo, cuya decisión soberana realizaba una función ordenadora general de la sociedad y el Estado.

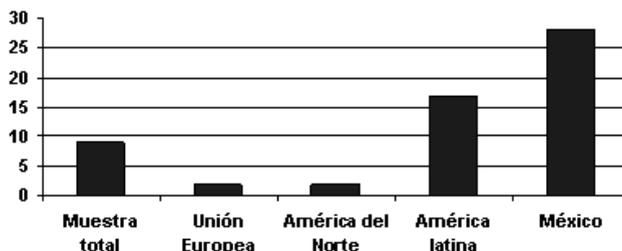
La concepción del Derecho propia del Estado de Derecho, del principio de legalidad y del concepto de ley era el positivismo jurídico como ciencia de la legislación positiva. La idea expresada por esta fórmula presupone una situación histórica-concreta: la concentración de la producción jurídica en una sola instancia constitucional, la instancia legislativa. Su significado supone una reducción de todo lo que

pertenece al mundo del derecho –esto es, los derechos y justicia– a lo dispuesto por la ley.²¹

El principio de legalidad es aquel principio del Estado de Derecho por el cual todo acto jurisdiccional o administrativo está supeditado a la ley. El gobierno de la ley constituye un principio fundamental del Estado de Derecho que consiste en que cualquier acto del Estado debe estar sujeto a la ley, en el sentido genérico de Derecho objetivo, es decir, como el conjunto de normas jurídicas que lo gobiernan. El principio de supremacía de la ley constituye una fuente de derecho en oposición al *case law* de los países anglosajones, donde la principal fuente de derecho es la jurisprudencia.

²¹ Cfr. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1995, p. 33. La fórmula *Auctoritas, non veritas facit legem* aparece en la obra *Leviatán*, de Thomas Hobbes. En ella se expresa la afirmación del monopolio estatal de producción jurídica y, por tanto, del principio de legalidad como principio fundamental de un Estado que responde a la visión ideológica del positivismo jurídico actual. Podemos apreciar el origen y configuración del Estado Legislativo de Derecho moderno, pero no el origen del Estado Constitucional de Derecho. Vid. HOBBS, Thomas, *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil* (trad. Manuel Sánchez Sarto), F. C. E., México, 1940, (original en inglés 1651); MACPHERSON, C. B., *La teoría política del individualismo posesivo: de Hobbes a Locke*, Fontanela, Barcelona, 1970. El principio de legalidad posee diversas manifestaciones en el conjunto del Estado, en primer lugar, como principio de legalidad penal, defendido por el filósofo y jurista Beccaria (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenale*), igualmente, como principio de legalidad administrativa, a través del cual toda la actividad de la Administración Pública está sometida y regulada por la ley.

Porcentaje de Entrevistados que Pagó Sobornos en los Últimos Doce Meses



Fuente: Elaborado con datos de Transparencia Internacional en *Estado de Derecho y Seguridad Diagnóstico Ejecutivo*, Diagnósticos Ejecutivos elaborados por Konrad Adenauer Stiftung, México a Debate, agosto de 2009.

El Estado de Derecho se ha entendido como “*el gobierno de las leyes*”,²² donde las leyes constituyen el marco y límites de actuación del poder ejecutivo. Actualmente, el concepto de Estado de Derecho está madurando hacia una concepción amplia constitucional

²² Cfr. KANT, I., *Die Metaphysik der Sitten, Metafísica de las costumbres* (trad. A. Cortina y J. Conill), Tecnos, 2ª ed., Madrid, 1994, p. 142; Para ampliar, Vid. LLANO ALONSO, Fernando H., *El humanismo cosmopolita de Immanuel Kant*, Instituto de Derecho Humanos “Bartolomé de las Casas”, Dykinson, Madrid, 2002; RUIZ MIGUEL, Alfonso, *Una filosofía del derecho en modelos históricos: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2000; TRUYOL y SERRA, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado* (del Renacimiento a Kant), Vol. II, Biblioteca de la Revista de Occidente, Madrid, 1975. En sentido filosófico, el Estado de Derecho es un Estado en el cual no dominan los hombres, sino las leyes, entendiendo éstas como productos de una razón pública y deliberativa. *Rule of Law and Not of Men* evoca el gobierno de las leyes de Platón y Aristóteles en lugar del gobierno de los hombres. Esta primera aproximación la encontramos en la obra sobre las leyes de PLATÓN. Igualmente, Immanuel Kant, siglos más tarde, también insistió en la necesidad del gobierno nomocrático; “El Estado es producto de la unión de los hombres bajo determinadas leyes.”

que da preferencia hacia una posición subordinada del papel del Parlamento. El imperio de la ley²³ como garantía de los derechos fundamentales y libertades públicas tiene que pervivir en el nuevo concepto de Estado de Derecho como Estado constitucional.

Estudio Comparado del Imperio de la Ley en América Latina

País	Imperio de la Ley				Posición 2002
	1996	1998	2000	2002	
Canadá	1.77	1.98	2.01	1.79	1
Estados Unidos	1.70	1.77	1.92	1.70	2
Chile	1.19	1.26	1.33	1.30	3
Costa Rica	0.61	0.88	0.79	0.67	4
Uruguay	0.49	0.49	0.66	0.56	5
Panamá	0.25	-0.03	-0.02	0.00	7
México	-0.11	-0.37	-0.37	-0.22	8
Brasil	-0.24	-0.09	-0.15	-0.30	9
Jamaica	-0.20	-0.24	-0.14	-0.38	10
Perú	-0.33	-0.44	-0.52	-0.44	13
El Salvador	-45.00	-0.20	-0.44	-0.46	14
Bolivia	-0.62	-0.33	-0.51	-0.60	15
Ecuador	-0.38	-0.65	-0.66	-0.60	16
Argentina	0.27	0.24	0.18	-0.73	17
Colombia	-0.44	-0.67	-0.64	-0.75	18
Honduras	-0.81	-0.62	-0.88	-0.79	19
Guatemala	-0.61	-0.71	-0.76	-0.84	20
Venezuela	-0.62	-0.62	-0.81	-1.04	21
Paraguay	-0.48	-0.78	-0.82	-1.12	22

Fuente: Banco Mundial, *Governance Indicators: 1996-2002-Global comparative charts*.

²³ Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 41.

La ley garantiza en primera instancia una justicia formal²⁴ en el sentido de aplicación de una medida igual o justicia igualitaria. En la tradición político-jurídica continental europea, la impugnación al absolutismo significó la pretensión de sustituir el Rey por otro poder absoluto, el Parlamento.

Conviene advertir que en el Estado Constitucional, el Estado de las actuales sociedades pluralistas, complejas y pluricéntricas, la unidad, coherencia y jerarquía del ordenamiento jurídico no pueden concebirse como un presupuesto de partida sino como una meta.²⁵

El Estado Democrático de Derecho constituye un proceso de conquista histórica de los derechos fundamentales expresado a través de reivindicaciones, luchas políticas, disidencias colectivas o de formas de resistencia al poder establecido. La historia europea de los derechos fundamentales puede entenderse completamente como un proceso de aprendizaje colectivo de este tipo interrumpido por derrotas y conquistas. Desde esta perspectiva, afirma Habermas:

El Estado democrático de Derecho aparece en su conjunto no como una construcción acabada, sino como una empresa accidentada,

²⁴ Vid. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995. El concepto de ley posee un significado especial para la conformación y concreción del Estado de Derecho. La ley es una norma general que surge como expresión de la representación política del pueblo en un procedimiento democrático caracterizado por la discusión y publicidad. La ley creada de este modo obliga a todos los actores políticos que conforman la sociedad, la Administración y el Estado. El Estado y la sociedad constituyen un sistema regulado por la ley. La sociedad, a través del sufragio, asciende al poder del Estado, produciéndose un circuito perfecto.

²⁵ *Ibíd.*, p. 66; Vid. HABERMAS, J., *La constelación postnacional* (trad. cast. Peré Fabra Abat, prólogo Victoria Camps), Paidós, Barcelona, 2000; BOVERO, Michelangelo, "Democracia y derechos fundamentales", en *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 16, México, abril 2002; ESTÉVEZ ARAUJO, J. A., *La constitución como proceso y la desobediencia civil*, Trotta, Madrid, 1994.

irritante, encaminada a establecer o conservar, renovar o ampliar un ordenamiento jurídico legítimo en circunstancias cambiantes.²⁶

Por consiguiente, podemos establecer una clara correspondencia o paralelismo entre el desarrollo histórico y las distintas transformaciones que el Estado ha experimentado en los últimos siglos con la aparición progresiva de las distintas generaciones de derechos fundamentales. Al Estado liberal de Derecho le corresponde la primera generación de derechos fundamentales, que son los derechos civiles y políticos, denominados derechos individuales conquistados en las distintas revoluciones liberales. El Estado social de Derecho²⁷ expresa y encarna la conquista histórica de los derechos de segunda generación, fundamentalmente los derechos económicos, sociales y culturales acaecidos durante la Revolución Industrial. El Estado Constitucional, en cuanto Estado de Derecho de la tercera generación, expresa la última fase de derechos mucho más novedosos, recientes y plurales de nuestra sociedad contemporánea, como son el derecho a la paz, el derecho medioambiental, los derechos de los consumidores, el derecho a la calidad de vida o la libertad informática, acaecidos durante la última revolución tecnológica o digital. Nos encontramos, por tanto, ante una nueva etapa evolutiva de desarrollo de los derechos humanos, de tercera generación que complementa las dos etapas anteriores de los derechos liberales individuales y derechos económicos, sociales y culturales.

Una sociedad libre y democrática deberá mostrarse siempre sensible y abierta a la aparición de nuevas necesidades que fundamenten nuevos derechos. Mientras esos derechos no hayan sido reconocidos

²⁶ Cfr. HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998, p. 203; Vid. OLIVAS, Enrique, *Problemas de legitimación en el Estado social*, Trotta, Madrid, 1991.

²⁷ Cfr. AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique y ESPINO TAPIA, Diana, “Fundamento, naturaleza y garantías jurídicas de los derechos sociales ante la crisis del Estado social” en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 10, Madrid, año 2006, pp.1-29.

en el ordenamiento jurídico nacional y/o internacional, actuarán como categorías reivindicativas, preformativas y axiológicas.²⁸

La *Constitución* de un Estado democrático, para Peter Häberle, constituye una “*obra abierta*” con un carácter necesariamente falible y, por tanto, revisable.²⁹ No es un documento histórico muerto, sino un proyecto de sociedad justa que señala el horizonte de expectativas de una comunidad política y que sus miembros mediante sus diferentes lecturas deben ir adaptando a los cambios sociales más allá del papel de meros destinatarios de las normas, los ciudadanos conforman “*la sociedad abierta de intérpretes constitucionales*”. Sin duda, esta interpretación constitucional en sentido amplio facilita una mayor participación de la ciudadanía en los asuntos públicos, una cultura jurídica y política madura de la sociedad y una corresponsabilidad e identificación democrática de los ciudadanos con sus instituciones políticas y jurídicas. El Estado Constitucional configura el marco institucional competente capaz de proteger de forma efectiva y segura los derechos y libertades públicas.

6. CULTURA DE LA LEGALIDAD, CORRUPCIÓN E INSTITUCIONES POLÍTICAS

La corrupción constituye uno de los fenómenos más ominosos y autodestructivos de las instituciones políticas y jurídicas que conforman

²⁸ Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 66.

²⁹ Vid. HÄBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001; también puede consultarse la obra del profesor ESTÉVEZ ARAUJO, J. A., *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Trotta, Madrid, 1994; ZAGREBELSKY acepta expresamente la concepción de HÄBERLE del Estado Constitucional como Estado de la sociedad abierta y pluralista, pero pone mayor énfasis en la crítica de los presupuestos ideológicos del Estado de Derecho, o sea, del positivismo jurídico decimonónico. Vid. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1995.

nuestro país. Su manifestación más evidente se presenta cuando se confunde el ámbito público y el privado, de este modo las decisiones de la esfera pública que van dirigidas al bien común, es decir, al bien de la colectividad de la ciudadanía se convierte en una gestión privada que acaba respondiendo a intereses particulares. La enorme variedad y multiplicidad de actos que presenta la corrupción es incalculable e inimaginable, normalmente la corrupción se presenta como una grave desviación y violación de la ley por parte de los servidores públicos en procura de ventajas particulares de tipo económicas, políticas y sociales, el resultado de este fenómeno resulta realmente peligroso para el funcionamiento normal de un Estado democrático y social de derecho pues convierte la ley no en una fuente de acceso igualitario de la ciudadanía, sino en una fuente de acceso privado. La igualdad jurídica y formal es un principio fundamental del Estado de derecho, es decir, todos los ciudadanos debemos ser tratados con imparcialidad y trato igualitario por parte de las instituciones, por tanto ser tratado con la misma medida y la misma vara.

El fenómeno de la corrupción implica, en este sentido, que, en primer lugar, el acceso igualitario a la ley se restringe a unos pocos y, en segundo lugar, que el interés público y, el bien general, queda reducido y disuelto en un bien privado y particular. Igualmente, en consecuencia con la corrupción, se realiza un grave atentado al principio de legalidad que es un pilar fundamental del Estado de Derecho. El imperio de la ley es el soberano y no las motivaciones, intereses de los particulares. Con la corrupción no se administran los bienes y recursos públicos del Estado, no se administran con arreglo a la ley, sino, distorsionando esta misma. De este modo, la ley se convierte en un recurso público generador de beneficios particulares. “[...] así el ciudadano se convierte en un hombre sin ley porque ha sido privado de ella. Y al privarlo de la ley lo priva del espacio del a política y en la posibilidad de incidir en la determinación y en la búsqueda del bien común. Ese es el efecto político de la corrupción:

degradar al ciudadano a la condición de cliente, en el peor sentido político del término.”³⁰

La corrupción es uno de los fenómenos más corrosivos y perniciosos de cualquier sistema democrático, un fenómeno³¹ que disminuye el grado de legitimidad de las instituciones políticas. La corrupción afecta al grado de legitimidad de las instituciones, disminuye el grado de confianza en la democracia y erosiona considerablemente el proceso político de transición democrática.

Acto de corrupción (2001-2005)

	%				
País	2001	2002	2003	2004	2005
Argentina	24	25	19	18	14
Bolivia	32	20	20	17	19
Brasil	69	61	56	54	74
Colombia	11	19	11	10	14
Costa Rica	18	24	17	28	21
Chile	13	13	6	10	8
Ecuador	27	21	15	13	16
El Salvador	19	16	20	14	9
Guatemala	16	31	10	23	12
Honduras	24	23	16	16	8
México	65	59	53	53	51
Nicaragua	17	41	18	21	16
Panamá	21	23	78	15	8
Paraguay	24	22	20	15	19
Perú	22	25	12	16	14
Uruguay	18	13	12	9	10
Venezuela	27	27	24	15	16
República Dominicana	--	--	--	28	17

Fuente: Latinobarómetro 2001-2005.

³⁰ Cfr., VIRGOLINI, J., “Criminología y legitimidad”, en *La razón ausente. Ensayo sobre criminología y crítica política*, Buenos Aires, p. 236.

³¹ Vid., MALEM SEÑA, Jorge F., “La corrupción”, *Aspectos étnicos, económicos, políticos y jurídicos*, Editorial Gedisa, 2005.

A la pregunta: ¿Cuántos funcionarios públicos son corruptos? En América Latina, la población encuestada en 2008 respondió que un 68,6%, mientras que, a la misma pregunta, en 2001, la cantidad fue de 67,9%, lo cual indica que la percepción de que los funcionarios públicos son corruptos ha ido en aumento. En México, concretamente en el último año (2008), esta percepción aumentó al 74%. La población entrevistada contestó que existe un alto grado de corrupción en la Administración Pública. Esto demuestra que la percepción social sobre la corrupción política y administrativa, lejos de disminuir, ha aumentado de forma significativa en los últimos 3 años. Pero debemos diferenciar el comportamiento real de la corrupción política y administrativa de la percepción social general de la ciudadanía sobre dicho fenómeno. El comportamiento real demuestra que, del año 2001 al 2008, la cifra disminuye del 21% al 15%; sin embargo, la percepción ciudadana nos demuestra que aumenta, lo cual disminuye significativamente el grado de confianza institucional. Este aumento del nivel de desconfianza y credibilidad pública erosiona fuertemente la legitimación social y política del Estado Democrático y Social de Derecho. Por tanto, se produce un desfase entre la disminución real de la corrupción y la percepción ciudadana debido a un problema serio de comunicación política.

7. LA CULTURA DE LA LEGALIDAD: EL DESAFÍO DE LA CREDIBILIDAD INSTITUCIONAL

La cultura de los derechos humanos inaugura una nueva mentalidad política y cívica. Hoy en día, no existe cultura de la legalidad si no existe una cultura sólida y fuerte de los derechos humanos. En este sentido, cuando hablamos de derechos humanos, no solo nos estamos refiriendo a exigencias éticas fundamentales y valores superiores del ordenamiento jurídico cotidiano, sino que aludimos a referentes éticos que promueven la participación social y

política de los ciudadanos. En consecuencia, los derechos humanos son elementos centrales de una nueva cultura política y jurídica de la ciudadanía. Sin cultura de la legalidad no podemos implementar el Estado de Derecho; sin imperio de la ley, solo vamos a cosechar caudillismos, corruptelas, tráfico de influencias, discriminación, mordidas, arbitrariedad e injusticia.

7.1 Control de la corrupción

América según país

País	Imperio de la Ley				Posición 2002
	1996	1998	2000	2002	
Canadá	2.00	2.50	2.30	2.03	1
Estados Unidos	1.60	1.95	1.77	1.77	2
Chile	1.19	1.18	1.54	1.55	3
Costa Rica	0.71	0.74	1.03	0.88	4
Uruguay	0.42	0.42	0.73	0.79	5
Brasil	-0.10	0.11	0.01	-0.05	7
México	-0.31	-0.46	-0.39	-0.19	8
Perú	-0.09	-0.19	-0.10	-0.20	9
Panamá	-0.47	-0.28	-0.36	-0.24	10
Colombia	-0.40	-0.59	-0.43	-0.47	13
El Salvador	-0.70	-0.31	-0.19	-0.54	15
Guatemala	-0.9	-0.71	-0.66	-0.71	16
Argentina	-0.11	-0.17	-0.36	-0.77	17
Honduras	-0.90	-0.72	-0.67	-0.78	18
Bolivia	-0.81	-0.45	-0.68	-0.82	19
Venezuela	-0.67	-0.73	-0.64	-0.94	20
Ecuador	-0.70	-0.77	-0.99	-1.02	21
Paraguay	-0.46	-0.95	-1.03	-1.22	22

Fuente: Banco Mundial, *Governance Indicators: 1996-2002-Global comparative charts*.

Igualmente, los derechos fundamentales responden a un sistema de valores jurídicos superiores y principios de alcance universal que subyacen en la *Declaración Universal de Derechos Humanos* y en las *Convenciones internacionales sobre derechos humanos*, ratificados por la mayoría de países y, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar a todo el resto del ordenamiento jurídico. Del mismo modo, debemos destacar que los derechos fundamentales y las libertades públicas constituyen el fundamento político-jurídico legítimo y constitucional del Estado en su conjunto. En este sentido, el reconocimiento y respeto para los derechos humanos individuales se produce dentro de la estructura de la soberanía nacional y, a menudo, cuando un Estado conculca o viola los derechos humanos, gracias a este marco jurídico fundamental, se genera un activismo ciudadano y social para su defensa.

En términos generales, la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* forma parte de un consenso normativo internacional que pretendía rediseñar y reorganizar las relaciones internacionales tras las Segunda Guerra Mundial. Un impulso y desarrollo jurídico ejemplar que incluye la *Convención sobre el Genocidio de 1948*, la *Convención de Ginebra de 1949*, la *Convención Internacional sobre el estatuto del refugiado de 1951*. La *Declaración Universal de Derechos Humanos* otorgó a los individuos un reconocimiento jurídico internacional donde se les garantizaba, independientemente de cuál fuese su raza, religión, género o edad, unos derechos que podían ejercer contra cualquier acción gubernamental, política o leyes estatales injustas o costumbres opresivas.

8. EL DESAFÍO DE LA CREDIBILIDAD, CONFIANZA Y MOTIVACIÓN

La credibilidad de los derechos humanos depende estrictamente de que no se conviertan en una mera declaración de

principios formales o constitucionales que no traspasan la realidad social y económica de la ciudadanía. En consecuencia, los derechos humanos no son únicamente una referencia jurídica, sino una realidad social que debe ser vivida tanto por la ciudadanía como por las instituciones políticas de nuestro país. Frecuentemente, la cultura de la legalidad ha sido manejada exclusivamente por especialistas y profesionales del Derecho; por tanto, nos encontramos ante una realidad político-jurídica que realmente no ha impregnado creencias, hábitos, actitudes y motivaciones de la ciudadanía. México fracasará como país si no sabe defender la cultura de los derechos humanos en el seno de su territorio.

Comparativo regiones del mundo

País	Control de Corrupción 2002
América del Norte	1.90
Oceanía	0.51
Europa	0.94
Promedio Mundial	-0.04
México	-0.19
América Latina y el Caribe	-0.28
África	-0.54
Asia	-0.57

Fuente: Banco Mundial, *Governance Indicators: 1996-2002-Global comparative charts*.

Para los países en vías de desarrollo, asumir y ratificar los pactos y convenciones internacionales de derechos humanos constituye una condición imprescindible para que estos Estados formen parte de la familia de Estados Constitucionales a nivel global. De esta forma, los derechos humanos se han convertido en un instrumento político-jurídico global que tiene un alto impacto local en los distintos países donde la injusticia, la inequidad y la dominación siguen siendo hábitos sociales y culturales. Todos los estados que

firmaron la *Declaración Universal de Derechos Humanos* han propiciado una cultura global de los mismos. El activismo social y cívico de los movimientos sociales ha roto la hegemonía estatal sobre ciertos asuntos internacionales y ha generado la aparición de “la sociedad civil global”. Este activismo de los derechos humanos a escala local y global viene determinada por el universalismo moral de la cultura occidental.

9. EL FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL DEL ESTADO EN AMÉRICA LATINA

La ausencia de un Estado Social de Derecho Efectivo y fuerte nos conduce al mundo hobbesiano del estado de naturaleza de guerra de todos contra todos. Esta afirmación la podemos corroborar cuando contemplamos los conflictos de narcotráfico que viven México, Colombia o Perú o cuando vemos los conflictos que han tenido lugar en extremo oriente o África. En concreto, en México, la estructura de debilidad institucional del aparato del Estado, unido a fenómenos como la corrupción, imposibilita la realización de un Estado de Derecho. Los niveles de impunidad siguen siendo alarmantes. El imperio de la ley ha sido sustituido por pactos discrecionales que permiten la impunidad a cambio de sumisión. La lógica clientelar de la negociación se ha extendido a sindicatos, empresas, movimientos sociales, organizaciones civiles y campesinales que han producido una ciudadanía irresponsable y cínica; de este modo, los bienes públicos del Estado son objeto de negociación privada asimétrica y desigual. La debilidad estructural del Estado se debe en gran medida a su deficitaria administración tributaria. En el año 2000, el gobierno federal de México recaudó el 10,7 % del PIB y sus totales alcanzaron el 16%. Los sectores más ricos de la población han creado una estructura privada de seguridad, educación, salud y vivienda. La solución a la incapacidad del Estado para proveer bienes y servicios públicos ha sido la privatización. Mientras la clase rica de los países

prefiere optar por contratar servicios de manera privada en lugar de hacerlo a través del pago de impuestos, sobre la clase media trabajadora recae la mayor carga tributaria en función de su ingreso al mercado laboral, mientras que la clase pobre vive en una economía precaria y al margen del Estado, puesto que no posee ingresos para ser gravados y reciben pocos servicios.

Asistimos a un mundo global paradójico e incierto. Mientras algunos grupos sociales tratan de organizarse y responder cívicamente a cierta irresponsabilidad de los Estados y los gobiernos, una gran cantidad de ciudadanos permanece aislados, atomizados y errantes ante los grandes monopolios que gobiernan las economías latinoamericanas. Por otro lado, la lógica neocorporativa del Estado hace ver que ciertos grupos sociales puedan tener un acceso privilegiado a los recursos del Estado con absoluta impunidad. Muchas organizaciones sindicales, campesinales, mineras y distintos gremios se comportan con esta lógica neocorporativa, tratando de buscar su pedazo de pastel a expensas del interés colectivo o público. Por tanto, la lógica de acción política que impera en este modelo de ciudadanía clientelar y neocorporativa no está basada en un criterio imparcial de justicia, sino en la búsqueda de prebendas y beneficios particulares. El Estado de Derecho se construye bajo el principio de igualdad jurídica e igualdad de oportunidades, donde todos los ciudadanos poseen los mismos derechos fundamentales y las mismas posibilidades de acceso a los servicios públicos que brinda el Estado. El objetivo para una democratización plena de América Latina pasa necesariamente por una mayor transparencia, rendición de cuentas, mayor control del gasto público y una disminución drástica de los niveles de corrupción ampliamente generalizados, así como la disminución de una lógica burocrática hermética y rígida que nos brinde mayores posibilidades en la mejora de los servicios públicos.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, *La ciudadanía y la participación política en el Estado Democrático de Derecho*, Porrúa, México, 2010.
- _____, *Teoría política y jurídica contemporánea* (Problemas actuales), Editorial Porrúa, México, 2008.
- AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique y ESCÁMEZ NAVAS, Sebastián (ed.), *Pensamiento Político Contemporáneo: una panorámica*, Editorial Porrúa, México, 2008.
- ACKERMAN, Bruce, *We, the people*, Harvard University Press, Cambridge, 1991.
- AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, “La encrucijada de una ciudadanía constitucional europea a través del pensamiento federalista”, en TORRES ESTRADA, Pedro (ed.) *La Reforma del Estado*, Editorial Porrúa, México, 2007.
- ARATO, Andrew, “Emergencia, declive y reconstrucción del concepto de sociedad civil. Pautas para análisis futuros”, en *Isegoría*, núm. 13, Madrid, 1996.
- ARBOS, Xavier y GINER, Salvador, *La gobernabilidad, ciudadanía y democracia en la encrucijada mundial*, Siglo XXI, Madrid, 1993.
- ARENDETT, Hannah, *Crisis de la República*, Taurus, Madrid, 1973.
- AXELROD, Robert, *La complejidad de la cooperación*, Fondo de la Cultura Económica, México, 2004.
- BÁRCENA, Fernando, *El oficio de la ciudadanía (Introducción a la educación política)*, Paidós, Barcelona, 2006.
- BLANCO, Ismael y Ricardo GOMÁ (coord.), *Gobiernos locales y redes participativas: retos e innovaciones*, Ariel, Barcelona, 2002.
- BRESSER PEREYRA, Luiz C., “La Crisis de América Latina. ¿Consenso de Washington o Crisis Fiscal?”, en *Pensamiento Iberoamericano*, Madrid, Vol. 19, 1991.

- CANSINO, C., *Construir la democracia. Límites y perspectivas de la transición en México*, México, Miguel Ángel Porrúa/CIDE, 1995.
- CLAUSS, Offe, *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*, Sistema, Madrid, 1988.
- COHEN J. L. y ARATO, A., *Civil Society and Political Theory*, Cambridge University Press, 1995.
- COLEMAN, James S., "Social Capital in the Creation of Human Capital", *American Journal of Sociology*, 94 (supplement), 1988.
- COPPEDGE, Michael, "Institutions and Democratic Governance in Latin America" (First Draft), University of North Carolina, marzo 11-13, 1993.
- CRESPO, J. A., "La transición entrampada", *Enfoque*, México, núm. 38, agosto de 1994, pp. 12-13.
- CROZIER, Michel, HUNTINGTON, Samuel y WATANUKI, Joji, *The Crisis of Democracy Report on the Governability of Democracies to the Trilateral Commission*, University Press, Nueva York, 1975.
- DAHL, R., *Los dilemas del pluralismo democrático: autonomía versus control*, Alianza Editorial, México, 1991.
- DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Ed. Trotta, Madrid, 1999.
- FLISFISCH, Ángel, "Gobernabilidad y consolidación democrática", en *Revista Mexicana de Sociología*, N^o 3, julio-septiembre de 1989.
- FUKUYAMA, Francis, *Confianza*, Atlántida, Buenos Aires, 1995-, *Trust: The Social Virtues and the Creation of Prosperity*, Free Press, Nueva York, 1995.
- FUNG, Archon y Eric OLIN WRIGHT, *Democracia en profundidad*. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2003.

- GONZÁLEZ CASANOVA, P., *Los militares y la política en América Latina*, Siglo XXI, México, 1988.
- GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2006.
- HABERMAS, J., *Identidades nacionales y postnacionales*, Tecnos, Madrid, 1989.
- HABERMAS, J., *La constelación postnacional* (trad. Cast. Pere Fabra Abat, prólogo Camps, V.), Paidós, Barcelona, 2000.
- HÄBERLE, Peter, *El federalismo y el regionalismo como forma estructural del Estado Constitucional*, UNAM, México, 2005.
- HÄBERLE, Peter: *El Estado Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001.
- HUNTINGTON, S. H., *La tercera ola. La democratización a finales del siglo XX*, Paidós, Buenos Aires, 1994.
- KLIKSBERG, Bernardo (Comp.), *Pobreza: un tema impostergable. Nuevas respuestas a nivel mundial*, CLAD/FCE/PNUD, Caracas, 1993.
- LINZ, J., *El factor tiempo en las transiciones democráticas*, Centro de Estudios sobre la Transición, México, 1994.
- NOHLEN, Dieter, "¿Más democracia en América Latina? Democratización y consolidación de la democracia en una perspectiva comparada", *Síntesis*, Madrid, núm. 6, pp. 37-63.
- O'DONELL, Guillermo, *Notas sobre la democracia en América Latina y el Caribe*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- O'DONNELL, G., SCHMITTER P. y WHITEHEAD L. (eds.), *Transiciones desde un gobierno autoritario*, 4 vols., Paidós, Buenos Aires, 1988.
- OLIVAS, ENRIQUE, *Problemas de legitimación en el Estado social*, Trotta, Madrid, 1991.
- PUTNAM, Robert D., *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy*, Princeton University Press, Princeton, 1993.
- SANZ BURGOS, Raúl, "¿Ofrecen las transformaciones globales oportunidades a la democratización?", en AGUILERA

- PORTALES, Rafael Enrique (coord.), *La democracia en el Estado Constitucional*, Porrúa, México, 2009.
- SCHMITTER, Philippe C., "Cinco reflexiones sobre la cuarta ola de democratizaciones", en *Transiciones a la democracia en Europa y América Latina*, Carlos Barba, José Luis Barros y Javier Hurtado (comps.), Miguel Ángel Porrúa/Universidad de Guadalajara, México, 1991.
- VALENCIA SÁIZ, Ángel y FERNÁNDEZ-LLEBREZ GONZÁLEZ, Fernando (coords.), *La teoría política frente a los problemas del siglo XXI*, Universidad de Granada, Granada, 2004.
- VALLESPÍN, Fernando, *El futuro de la política*, Taurus, Madrid, 2000.
- ZOLO, Danilo, *La Democracia Difícil*, Alianza, México, 1994.

EL ESPERADO FALLO DE LA CORTE INTERNACIONAL
DE JUSTICIA ACERCA DEL CONFLICTO DE LAS PAPELERAS
SOBRE EL RÍO URUGUAY

María Mercedes Albornoz^{*}
Guadalupe Barrera^{**}
Jimena Moreno^{***}

SUMARIO: I. Introducción; II. El fallo de la Corte Internacional de Justicia; III. La interpretación de las obligaciones internacionales realizada por la Corte; III.1. Eficacia y restricción en la interpretación de las obligaciones internacionales; III.2. ¿Cómo se realizó la interpretación del Estatuto de 1975?; III.3. La interpretación restrictiva o efectiva; III.4. El alcance del artículo 31 (3) c de la Convención de Viena; IV. La reacción de la Corte ante la falta de elementos probatorios relativos a las obligaciones sustantivas; V. Conclusiones.

^{*} Doctora y DEA en Derecho internacional, Université Panthéon-Assas, París II. Abogada, Universidad Nacional del Litoral. Profesora investigadora del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE). Miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

^{**} Maestra en Derechos Humanos, Universidad de Europa Central. Licenciada en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México. Profesora del CIDE.

^{***} Maestra en Dirección Internacional, Instituto Tecnológico Autónomo de México. Licenciada en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México. Profesora y Coordinadora de la Licenciatura en Derecho del CIDE.

I. INTRODUCCIÓN

Tres años atrás, en alusión al conflicto de las papeleras sobre el Río Uruguay, decíamos: “...es preciso aguardar la sentencia de la Corte y hacer votos para que, en el ínterin, no se profundice la herida que hoy afecta las relaciones históricamente fluidas entre estos dos países vecinos y hermanos”.¹ En aquella oportunidad explicamos la controversia haciendo referencia al marco normativo, los hechos, los argumentos que cada parte presentó ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ, Corte, Tribunal) y los distintos mecanismos de solución de diferendos que habían sido utilizados, incluyendo la denegación de las medidas provisionales que fueron solicitadas por ambas partes.²

Desde hace ocho años, las históricamente fluidas relaciones entre Argentina y Uruguay se han visto afectadas por el conflicto relativo a la contaminación ambiental que producirían las fábricas de pasta de papel (papeleras o pasteras) cuya construcción sobre la margen izquierda del río Uruguay, frontera natural entre estos dos países sudamericanos, fue autorizada por el gobierno uruguayo. Ambas plantas industriales serían construidas por empresas extranjeras: Celulosas de M’Bopicuá (CMB) estaría a cargo de la empresa española ENCE y Orión estaría a cargo de la empresa finlandesa Oy Metsä Botnia (Botnia), que en 2009 vendió su paquete accionario a la también finlandesa UPM.

Lamentablemente, ni las negociaciones directas entabladas entre las partes, ni los acercamientos facilitados por los buenos oficios de la Corona Española pudieron llegar a buen puerto.³ Fue así que el 4 de mayo de 2006, Argentina interpuso una demanda contra Uruguay ante

¹ ALBORNOZ, María Mercedes, “El conflicto de las papeleras sobre el río Uruguay”, *Iustitia*, núm. 17, p. 222, 2007.

² Argentina solicitó que se ordenara la suspensión de las obras, en tanto que Uruguay solicitó que se ordenara el cese de los cortes de puentes internacionales protagonizados por grupos de ciudadanos argentinos. Las resoluciones denegatorias fueron emitidas el 13 de julio de 2006 y el 23 de enero de 2007, respectivamente.

³ Véase ALBORNOZ (n1) 219-20.

la CIJ. Unos meses después, en septiembre del mismo año, ENCE anunció su intención de no construir la fábrica proyectada en la margen del río fronterizo, por lo que la controversia quedó reducida a las consecuencias de la construcción y la operación de la pastera Orión.

Mucha agua ha corrido bajo el puente desde entonces hasta el 20 de abril de 2010, fecha en que la CIJ dictó la sentencia definitiva (sentencia o fallo). Es triste constatar que la persistencia de las fricciones derivadas de este conflicto⁴ y luego las diversas manifestaciones del descontento con que fue recibido el fallo por parte de ambientalistas y de pobladores de la ciudad entrerriana de Gualeguaychú y sus alrededores,⁵ han contribuido a que las relaciones bilaterales entre la República Argentina (Argentina) y la República Oriental del Uruguay (Uruguay) continuaran erosionándose. Resulta imprescindible reparar el daño mutuo y el primer paso significativo en este sentido ha sido la reciente adopción por parte de ambos países de un programa de monitoreo conjunto de la planta Orión y del Río Uruguay.⁶

Presentamos a continuación algunos pasajes importantes del fallo (II). Luego analizaremos la interpretación de las obligaciones internacionales realizada por la Corte (III) y la reacción de ésta ante la falta de elementos probatorios relativos a las obligaciones sustantivas (IV), para extraer finalmente algunas conclusiones.

⁴ Véase, por ejemplo: SPADONI, Eliana “El proceso de integración regional en jaque: Diplomacia Ciudadana para la transformación constructiva del conflicto de las papeleras entre Uruguay y Argentina” (2008) Fundación Cambio Democrático <http://www.initiativeforpeacebuilding.eu/resources/El_proceso_de_integracion_regional_en_jaque.pdf> acceso 29/09/2010.

⁵ El bloqueo de la circulación en puentes fronterizos se mantuvo hasta avanzado el mes de junio de 2010. Véase “Expectativa por el levantamiento del corte en Gualeguaychú”, *Lanacion.com* (18 de junio de 2010), Política <http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1276595> acceso 29/09/2010.

⁶ En fecha 30 de agosto de 2010, se celebró el acuerdo Argentina – Uruguay relativo a las “Directivas para el monitoreo conjunto de Botnia – UPM y el Río Uruguay”. <http://www.cancilleria.gov.ar/portal/ver_adjunto.php?id=2804> acceso 29/09/2010.

II. EL FALLO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

En su fallo del 20 de abril de 2010,⁷ la CIJ, luego de establecer el marco normativo⁸ y los hechos controvertidos,⁹ delimita el caso¹⁰ como una cuestión de interpretación y aplicación del Estatuto del Río Uruguay, de 1975 (Estatuto). Se trata, en particular, de examinar si Uruguay ha cumplido, por un lado, sus obligaciones de naturaleza procesal al conceder las autorizaciones para la construcción de las plantas y, por otro lado, las obligaciones de fondo que tenía en virtud del Estatuto, desde la entrada en operaciones de la planta Orión en noviembre de 2007.

Ambas partes fundaron la competencia de la CIJ en el artículo 36 del Estatuto de la misma,¹¹ así como en el primer párrafo del artículo 60 del Estatuto del Río Uruguay.¹² Sin embargo, Argentina invocó adicionalmente el artículo 36 de este último instrumento,¹³ argumentando que la CIJ también era competente para conocer las

⁷ *Caso Relativo a las Plantas de Papel en el Río Uruguay (Argentina c. Uruguay)* (Fondo), abril 22 de 2010 <<http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15877.pdf>> Acceso 20/10/2010 [en lo sucesivo ‘*Papeleteras*’]

⁸ *Idem* § 26-7; ALBORNOZ (n1) 208-10; Véase *infra*, III.2, p.17.

⁹ *Papeleteras* (n7) § 28-45; ALBORNOZ (n1) 210-15.

¹⁰ *Papeleteras* (n7) § 46.

¹¹ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, art. 36.1, (concluido el 26 de junio de 1945; en vigor desde el 24 de octubre de 1945) 33 UNTS 993: “La competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes”.

¹² Estatuto del Río Uruguay, art. 60 (concluido 26 de febrero de 1975; en vigor desde septiembre 18 de 1975) 1295 UNTS 340 [en lo sucesivo, ‘*Estatuto*’]: “Toda controversia acerca de la interpretación o aplicación del Tratado y del Estatuto que no pudiere solucionarse por negociaciones directas, podrá ser sometida, por cualquiera de las Partes, a la Corte Internacional de Justicia”.

¹³ *Idem*, art. 36: “Las Partes coordinarán, por intermedio de la Comisión, las medidas adecuadas a fin de evitar la alteración del equilibrio ecológico y controlar plagas y otros factores en el Río y sus áreas de influencia”.

pretensiones relativas a la contaminación atmosférica, sonora y visual. Pero el Tribunal se declaró incompetente para los aspectos de la demanda relativos a la contaminación sonora y visual, así como al impacto que los malos olores tendrían sobre el turismo.¹⁴

En lo que atañe a las obligaciones de naturaleza procesal previstas en los artículos 7 a 12 del Estatuto,¹⁵ la CIJ examina *cuatro aspectos*, a los que nos referiremos brevemente. A saber: las vinculaciones entre las obligaciones de naturaleza procesal y las obligaciones de fondo, las obligaciones de naturaleza procesal y su articulación, la cuestión de si las Partes convinieron en derogar las obligaciones procesales previstas por el Estatuto, y las obligaciones de Uruguay una vez finalizado el período de negociación.

Con relación al *primer aspecto*, la CIJ reconoce la existencia de un vínculo funcional, relativo a la prevención, entre las obligaciones de naturaleza procesal y las obligaciones de fondo establecidas por el Estatuto. Sin embargo, estima que tal conexión no impide que los Estados Parte deban responder separadamente por unas y otras.¹⁶ Destaca que el Estatuto no indica que una parte pueda liberarse de sus obligaciones de fondo cumpliendo únicamente sus obligaciones procesales, ni que la violación de las obligaciones de naturaleza procesal implique automáticamente violación de las obligaciones de fondo.¹⁷ Así, la Corte desestima la pretensión de Argentina¹⁸ en el

¹⁴ *Papeleas* (n7) § 52. Allí mismo se aclara que “incluso cuando tales olores entrarían en el marco de la contaminación atmosférica (...), Argentina no ha provisto ningún elemento de prueba en cuanto a la relación que existiría entre los alegados malos olores y el medio acuático del río”.

¹⁵ Según el *Estatuto* (n12), art. 7, dichos artículos fijan un procedimiento de negociación entre las Partes, cuando una de ellas “proyecte la construcción de nuevos canales, la modificación o alteración significativa de los ya existentes o la realización de cualesquiera otras obras de entidad suficiente para afectar la navegación, el régimen del Río o la calidad de sus aguas. Si al final de dicho procedimiento no se llegara a un acuerdo, se recurrirá a la solución judicial de controversias prevista en el artículo 60 del Estatuto.

¹⁶ *Papeleas* (n7) § 79.

¹⁷ *Idem* § 78.

sentido de que ambas categorías de obligaciones sean indivisibles y que, en consecuencia, el incumplimiento de las obligaciones de naturaleza procesal provoque de manera automática la violación de las obligaciones de fondo.

El *segundo aspecto* es el de las obligaciones de naturaleza procesal y su articulación. La CIJ considera que las obligaciones de informar, notificar y negociar constituyen un medio apropiado y aceptado por las Partes, para lograr el objetivo planteado en el artículo 1° del Estatuto,¹⁹ de “establecer los mecanismos comunes necesarios para el óptimo y racional aprovechamiento del Río Uruguay”.

Agrega que la Comisión Administradora del Río Uruguay (CARU) sirve de marco de concertación entre las partes, elemento central en el cumplimiento de las obligaciones de cooperación dictadas por el Estatuto, que no puede ser reducida al grado de mero mecanismo facultativo que cada parte pueda utilizar a su gusto.²⁰ Según la Corte, la obligación de informar a la CARU²¹ permite desencadenar la cooperación entre las Partes, que es necesaria para el cumplimiento de la obligación de prevención.²² El principio de prevención es considerado por el Tribunal como una norma consuetudinaria que obliga al Estado a emplear todos los medios que estén a su alcance para evitar que las actividades que tienen lugar en su territorio o en todo espacio que esté dentro de su jurisdicción, no causen un perjuicio sensible al medio ambiente de otro Estado.²³ La

¹⁸ *Idem* § 72.

¹⁹ *Idem*, § 81.

²⁰ *Idem*, § 90-93.

²¹ *Estatuto* (n12), artículo 7, primer párrafo: “La Parte que proyecte la construcción de nuevos canales, la modificación o alteración significativa de los ya existentes o la realización de cualesquiera otras obras de entidad suficiente para afectar la navegación, el régimen del Río o la calidad de sus aguas, deberá comunicarlo a la Comisión, la cual determinará sumariamente, y en un plazo máximo de treinta días, si el proyecto puede producir perjuicio sensible a la otra Parte”.

²² *Papeletras* (n7) § 102.

²³ *Idem*, § 101.

obligación de informar a la CARU ha de cumplirse en el momento en el que la autoridad competente recibe la solicitud de autorización ambiental previa para un proyecto, y antes de que dicha autorización sea expedida. Tal información debe permitirle a la CARU determinar sumariamente si la actividad proyectada puede causar un perjuicio sensible a la otra parte.²⁴

La CIJ determina que Uruguay violó la obligación de informar a la CARU establecida por el artículo 7 del Estatuto, al haber expedido las autorizaciones ambientales el 9 de octubre de 2003 a CMB y el 14 de febrero de 2005 a Botnia, así como al haber autorizado el 12 de abril de 2005 la primera fase de la construcción de la planta Orión y el 5 de julio de 2005, la construcción de un puerto para uso exclusivo de Botnia, incluyendo la utilización del lecho del río con fines industriales. Todo ello, sin haber informado previamente a la CARU.²⁵ Al haber actuado de esa forma, Uruguay le dio prioridad a su legislación interna²⁶ por sobre las obligaciones de naturaleza procesal emanadas del Estatuto y desconoció la norma consuetudinaria reflejada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados del 23 de mayo de 1969,²⁷ según la cual “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.²⁸

Con respecto al *tercer aspecto*, por un lado, la CIJ constata que el acuerdo que tuvo lugar entre las partes el 2 de marzo de 2004, en virtud del cual Uruguay se comprometió a comunicar a la CARU la información relativa a la construcción de la planta CMB, no fue cumplido.²⁹ Y concluye que el mismo no ha surtido el efecto de

²⁴ *Idem*, § 105.

²⁵ *Idem*, § 106-107.

²⁶ En particular, al decreto n° 435/994 del 21 de septiembre de 1994, que regula la evaluación de impacto ambiental.

²⁷ Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (concluida el 23 de mayo de 1969; en vigor desde enero 27 de 1980) 1155 UNTS 331 [en lo sucesivo ‘*CVDT*’].

²⁸ *Papeletras* (n7) § 121.

²⁹ *Idem*, § 129.

dispensar a Uruguay de las obligaciones de naturaleza procesal previstas en el Estatuto.³⁰ Por otro lado, resuelve que el acuerdo por el cual el 31 de mayo de 2005 fue creado el Grupo Técnico de Alto Nivel (GTAN), no le permite a Uruguay eximirse de sus obligaciones de informar y notificar conforme al artículo 7 del Estatuto y que, al autorizar la construcción de las plantas así como la del puerto en Fray Bentos antes de la finalización del período de negociación, Uruguay violó la obligación de negociar prevista en el artículo 12 del Estatuto. De todo esto resulta que Uruguay desconoció en su conjunto el mecanismo de cooperación establecido por los artículos 7 a 12 del Estatuto.³¹

En cuanto al *cuarto aspecto*, referido a las obligaciones de Uruguay una vez concluido el período de negociación, la “obligación de no construcción” que recaería sobre Uruguay entre la finalización de dicho período y la decisión de la Corte, no figura de manera expresa ni implícita en el Estatuto. Así lo observa el Tribunal, aclarando que el artículo 9³² sólo contempla la obligación de no construir durante el transcurso del período de negociación. Por lo tanto, decide que el Estado de origen del proyecto puede, bajo su propio riesgo, proceder a la construcción desde que finaliza el período de negociación³³ y que la conducta ilícita de Uruguay no puede extenderse más allá del 3 de febrero de 2006.³⁴

Según el principio *onus probandi incumbit actori*, las alegadas violaciones de las obligaciones de fondo deben ser probadas por Argentina.³⁵ La CIJ no acoge la pretensión argentina³⁶ de inversión de

³⁰ *Idem*, § 131.

³¹ *Idem*, § 149.

³² *Estatuto* (n12), artículo 9: “Si la Parte notificada no opusiere objeciones o no contestare dentro del plazo establecido en el artículo 8, la otra Parte podrá realizar o autorizar la realización de la obra proyectada”.

³³ *Papeletras* (n7) § 154.

³⁴ *Idem*, § 157.

³⁵ *Idem*, § 162.

³⁶ *Idem*, § 160.

la carga de la prueba³⁷ que derivaría de la perspectiva de precaución adoptada por el Estatuto, y examina en *cuatro apartados* las obligaciones de fondo que, para la parte actora, fueron violadas por la parte demandada.

El *primer apartado* está dedicado a la obligación de contribuir al “óptimo y racional aprovechamiento del Río Uruguay”, conforme al artículo 1° del Estatuto. Argentina alega que Uruguay violó esta obligación por el hecho de no haberle consultado acerca de las acciones tendientes a evitar una modificación del equilibrio ecológico y de no haber tomado las medidas necesarias para impedir la contaminación.³⁸ Pero el Tribunal destaca que el artículo 1° sienta el objetivo del Estatuto y por tanto sirve para aclarar la interpretación de las obligaciones de fondo; sin embargo, no confiere por sí mismo derechos u obligaciones a las partes.³⁹

En el mismo apartado se hace referencia al artículo 27 del Estatuto.⁴⁰ Para la CIJ, este artículo refleja la conexión estrecha que existe entre el aprovechamiento equitativo y razonable de un recurso compartido y la necesidad de conciliar el desarrollo económico y la protección del medio ambiente que es esencial al desarrollo sustentable.⁴¹

El *segundo apartado* atañe a la obligación consagrada en el artículo 35 del Estatuto, de velar por que “el manejo del suelo y de los bosques, la utilización de las aguas subterráneas y la de los afluentes del Río, no causen una alteración que perjudique sensiblemente el régimen del mismo o de la calidad de sus aguas”. La Corte observa

³⁷ Si la carga de la prueba se invirtiese, le correspondería a Uruguay demostrar que la planta Orión no causa daños significativos al medio ambiente.

³⁸ *Idem*, § 170.

³⁹ *Idem*, § 173.

⁴⁰ *Estatuto* (n12), artículo 27: “El derecho de cada Parte de aprovechar las aguas del Río, dentro de su jurisdicción, para fines domésticos, sanitarios, industriales y agrícolas, se ejercerá sin perjuicio de la aplicación del procedimiento previsto en los artículos 7 a 12 cuando el aprovechamiento sea de entidad suficiente para afectar el régimen del Río o la calidad de sus aguas”.

⁴¹ *Papeletras* (n7) § 177.

que Argentina no ha producido pruebas que ligen directamente la manera en la que Uruguay maneja sus suelos y bosques o utiliza las aguas subterráneas y los afluentes, a las modificaciones en la calidad del agua del Río Uruguay que Argentina atribuye a la planta Orión.

En el *tercer apartado* se analiza la obligación de coordinar, “por intermedio de la Comisión, las medidas adecuadas a fin de evitar la alteración del equilibrio ecológico y controlar plagas y otros factores nocivos en el Río y sus áreas de influencia”, establecida en el artículo 36 del Estatuto. Argentina sostiene que los desechos industriales de la planta Orión modificaron el equilibrio ecológico del Río Uruguay y cita a modo de ejemplos la proliferación de algas del 4 de febrero de 2009 y el vertido de toxinas que habrían causado las malformaciones observadas en rotíferos.⁴² Uruguay, en cambio, aduce que la planta satisface plenamente las exigencias de la CARU en cuanto al equilibrio ecológico del río.⁴³ El Tribunal, por su parte, estima que Argentina y Uruguay no podrían cumplir esta obligación aisladamente, mediante actos individuales, sino que se requiere de una acción concertada, por intermedio de la CARU.⁴⁴ Y agrega que, a diferencia de lo que Argentina afirma, la obligación de tomar, de manera coordinada, las medidas necesarias para evitar cualquier modificación al equilibrio ecológico, es una obligación medios y no de resultado.⁴⁵ Finalmente, concluye que Argentina no ha demostrado de manera convincente que Uruguay se haya rehusado a participar en los esfuerzos de coordinación contemplados por el artículo 36.⁴⁶

El *cuarto apartado* se refiere a la obligación de evitar la contaminación y de preservar el medio acuático, regulada en el artículo 41,⁴⁷ punto clave de la demanda entablada por la actora. La

⁴² *Idem*, § 181.

⁴³ *Idem*, § 182.

⁴⁴ *Idem*, § 184.

⁴⁵ *Idem*, § 187.

⁴⁶ *Idem*, § 189.

⁴⁷ *Estatuto* (n12), artículo 41: “Sin perjuicio de las funciones asignadas a la Comisión en la materia, las Partes se obligan a:

CIJ se da a la tarea de apreciar las violaciones alegadas y en especial la existencia de “efectos nocivos”, tanto a la luz de las normas del Estatuto, como de las medidas comunes que las partes adoptaron coordinadamente por intermedio de la CARU y de las disposiciones reglamentarias que cada Parte adoptó según lo exigido por el Estatuto asunto.⁴⁸

En primer lugar, con relación a la evaluación del impacto ambiental de la obra proyectada, la Corte destaca que, con la finalidad de proteger y preservar el medio acuático, es obligatorio para las Partes realizarla en tanto las actividades que pretendan realizar puedan llegar a causar un daño transfronterizo. En efecto, enfatiza que la obligación de proteger y de preservar enunciada en el artículo 41, a) del Estatuto debe ser interpretada de conformidad con una práctica tan ampliamente aceptada por los estados en los últimos años, que se puede considerar que ya existe, en Derecho internacional general, una obligación de proceder a una evaluación del impacto ambiental cuando la actividad industrial proyectada puede llegar a tener un impacto perjudicial importante en el ámbito transfronterizo, y en particular sobre un recurso compartido.⁴⁹ Ahora bien, dado que ni el Estatuto ni el Derecho internacional general precisan el alcance ni el contenido de este tipo de evaluaciones, le corresponde a cada Estado determinarlos en el marco de su legislación nacional o del proceso de

a) Proteger y preservar el medio acuático y, en particular, prevenir su contaminación, dictando las normas y adoptando las medidas apropiadas, de conformidad con los convenios internacionales aplicables y con adecuación, en lo pertinente, a las pautas y recomendaciones de los organismos técnicos internacionales.

b) No disminuir en sus respectivos ordenamientos jurídicos:

- 1) Las exigencias técnicas en vigor para prevenir la contaminación de las aguas, y
- 2) La severidad de las sanciones establecidas para los casos de infracción.

c) Informarse recíprocamente sobre toda norma que prevean dictar con relación a la contaminación de las aguas, con vistas a establecer normas equivalentes en sus respectivos ordenamientos jurídicos”.

⁴⁸ *Papeletras* (n7) § 200.

⁴⁹ *Idem*, § 204.

autorización de cada proyecto, teniendo en cuenta la naturaleza y la envergadura del proyecto en cuestión y su impacto negativo probable sobre el medio ambiente, así como la necesidad de actuar con la diligencia debida (*due diligence*).⁵⁰

Hay dos puntos litigiosos que atañen específicamente al papel de la evaluación de impacto ambiental en el cumplimiento de las obligaciones de fondo de las Partes.⁵¹ Uno de ellos es la elección de Fray Bentos como lugar de ubicación de la planta Orión. Argentina no logró convencer al Tribunal de que la evaluación de diferentes posibles ubicaciones no haya tenido lugar antes de la elección de la ubicación definitiva.⁵² Adicionalmente, la Corte observa que la elección de la ubicación efectiva de una planta como la construida en la costa del Río Uruguay debería tomar en cuenta la capacidad de las aguas del río para recibir, diluir y dispersar los vertidos de efluentes de una instalación de esta naturaleza y envergadura,⁵³ y que la CARU la consideró al elaborar sus normas sobre la calidad del agua.⁵⁴ Por tanto, si no se ha probado que los vertidos de efluentes de la planta Orión hayan, debido a su tasa de concentración, excedido los límites fijados por tales normas, la CIJ no puede concluir que Uruguay haya violado las obligaciones que le corresponden en virtud del Estatuto.⁵⁵ El otro de los puntos litigiosos en cuestión es la consulta a la población concernida: la Corte remarca que tanto antes como después de la autorización ambiental previa, Uruguay llevó a cabo actividades tendientes a consultar a las poblaciones de la zona, en ambas márgenes del río.⁵⁶

En segundo lugar, con respecto a la cuestión de las técnicas de producción utilizadas en la planta Orión, el Tribunal observa que Argentina no ha presentado ningún elemento probatorio que apoye su

⁵⁰ *Idem*, § 205.

⁵¹ *Idem*, § 206.

⁵² *Idem*, § 210.

⁵³ *Idem*, § 211.

⁵⁴ Conforme a los artículos 35 y 56 del *Estatuto* (n12).

⁵⁵ *Papeletras* (n7) § 214.

⁵⁶ *Idem*, § 217.

pretensión según la cual la planta Orión no aplicaría las mejores técnicas disponibles en materia de vertido de efluentes por tonelada de pasta de papel producida.⁵⁷ Asimismo, desestima la afirmación argentina de que Uruguay se veía beneficiado por la exclusividad o al menos por un acceso muy privilegiado a los elementos probatorios relativos a las técnicas de producción y vertido de efluentes provenientes de la planta de pasta de papel.⁵⁸ Por otro lado, si bien la CIJ reconoce que los informes técnicos presentados demuestran que en varias ocasiones los efluentes de la planta Orión vertidos al Río Uruguay sobrepasan los límites permitidos por la reglamentación uruguaya aplicable, decide que no hay elementos probatorios que establezcan de manera convincente que no se tratara de episodios aislados sino de un problema continuo, durable. En consecuencia, no está en condiciones de concluir que Uruguay ha violado las disposiciones del Estatuto.

En tercer lugar, para apreciar el impacto de los vertidos sobre la calidad del agua del río, la CIJ analiza las pruebas presentadas por ambas partes, específicamente, en cuanto a: oxígeno disuelto, fósforo, sustancias fenólicas, nonilfenol, dioxinas y furanos.⁵⁹ Y concluye que no hay pruebas que permitan establecer claramente que la presencia excesiva de tales sustancias se deba a los vertidos realizados por la planta Orión.

En cuarto lugar, acerca de los efectos sobre la diversidad biológica, la actora afirma que la demandada fue negligente en la toma de las medidas necesarias para proteger y preservar la diversidad biológica del Río Uruguay y sus zonas de influencia.⁶⁰ La Corte, aunque reconoce que en el marco de su obligación de preservar el medio acuático las Partes tienen el deber de proteger la flora y la fauna del río, observa que los elementos probatorios no permiten

⁵⁷ *Idem*, § 225.

⁵⁸ *Idem*, § 226.

⁵⁹ *Idem*, § 238-259.

⁶⁰ *Idem*, § 260.

establecer con claridad ningún vínculo entre los efluentes de la planta Orión y las malformaciones de los rotíferos, las concentraciones de dioxinas en sábalos o la reducción de reservas lipídicas en moluscos.⁶¹

En quinto lugar, el Tribunal hace una breve referencia a la contaminación atmosférica, sonora y visual alegada por Argentina. En lo atinente a la contaminación sonora y visual se declaró incompetente.⁶² A pesar de que si los desechos industriales liberados al ambiente y suspendidos en el aire depositaran sustancias nocivas en el medio acuático, tal contaminación indirecta del río quedaría comprendida en el ámbito material de aplicación del Estatuto, la Corte estima que, una vez más, no le fueron acercados elementos probatorios suficientes para establecer que ciertas sustancias tóxicas hayan sido introducidas en el medio acuático como consecuencia de los desechos atmosféricos de la planta Orión.⁶³

Luego la CIJ formula sus conclusiones generales relativas al artículo 41 del Estatuto, en el sentido de que los elementos de prueba que constan en el expediente no permiten establecer de manera concluyente que Uruguay no ha actuado con la debida diligencia o que los vertidos de efluentes de la planta Orión han tenido efectos nocivos o han menoscabado los recursos biológicos, la calidad del agua o el equilibrio ecológico del río desde que la planta inició sus actividades en noviembre de 2007. En consecuencia, la Corte concluye que Uruguay no violó sus obligaciones impuestas por el artículo 41.⁶⁴

Finalmente, en un breve apartado dedicado a las obligaciones continuas de seguimiento y control, el Tribunal afirma que en virtud del Estatuto, las Partes están jurídicamente obligadas a continuar la cooperación mutua por intermedio de la CARU y a permitirle a esta

⁶¹ *Idem*, § 262.

⁶² *Idem*, § 52; ver texto que acompaña a la nota 14, arriba.

⁶³ *Idem*, § 264.

⁶⁴ *Idem*, § 265.

última desarrollar los medios necesarios para la promoción de la utilización equitativa del río, protegiendo el medio acuático.⁶⁵

En la última sección del fallo antes del apartado resolutivo, se examina algunas de las posibles reparaciones. Habiendo concluido que Uruguay faltó a las obligaciones de naturaleza procesal que tenía en virtud del Estatuto, la CIJ considera que la sola constatación de la conducta ilícita de Uruguay con respecto a las obligaciones procesales constituye en sí misma una medida de satisfacción para Argentina. Y agrega que dado que los incumplimientos de las obligaciones de naturaleza procesal por parte de Uruguay tuvieron lugar en el pasado y han finalizado, no hay correspondencia ordenar su cese.⁶⁶ Adicionalmente, destaca que puesto que una vez finalizado el período de negociación no le estaba prohibido a Uruguay construir y poner en operación la planta Orión, y que Uruguay no ha violado ninguna de las obligaciones de fondo que el Estatuto le impone, ordenar el desmantelamiento de dicha fábrica no podría constituir una forma de reparación apropiada por la violación de obligaciones de naturaleza procesal.⁶⁷

El Tribunal deniega la solicitud de Argentina de indemnización de ciertos perjuicios sufridos en diferentes sectores económicos, especialmente turismo y agricultura, ya que Uruguay no incumplió sus obligaciones de fondo.⁶⁸ La misma suerte corrió el pedido de que Uruguay diera garantías adecuadas de abstenerse en el futuro de evitar la aplicación del Estatuto y en particular del mecanismo de consultas que el mismo instituye en su capítulo II: la Corte argumentó no percibir la existencia de circunstancias especiales que justifiquen que se ordene tal medida.⁶⁹

En último lugar, la Corte subraya que el Estatuto impone a las Partes cooperar entre ellas a fin de asegurar la realización de su objeto

⁶⁵ *Idem*, § 266.

⁶⁶ *Idem*, § 269.

⁶⁷ *Idem*, § 275.

⁶⁸ *Idem*, § 276.

⁶⁹ *Idem*, § 277-8.

y su finalidad. Esta cooperación comprende el control y el seguimiento de una instalación industrial tal como la planta Orión. Al respecto, la CIJ destaca que existe entre las Partes una larga y eficaz tradición de cooperación y de coordinación en el marco de la CARU.⁷⁰

Por todo lo expuesto, la Corte resuelve: 1) por trece votos contra uno, que la República Oriental del Uruguay ha incumplido las obligaciones de naturaleza procesal que le corresponden en virtud de los artículos 7 a 12 del Estatuto del Río Uruguay de 1975 y que la constatación por la Corte de esta violación constituye una satisfacción apropiada; 2) por once votos contra tres, que la República Oriental del Uruguay no ha incumplido las obligaciones de fondo que le corresponden en virtud de los artículos 35, 36 y 41 del Estatuto del Río Uruguay.

III. LA INTERPRETACIÓN DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES REALIZADA POR LA CORTE

Al hacer la apreciación tocaremos los siguientes puntos: eficacia y restricción en la interpretación de las obligaciones internacionales (III.1); ¿cómo se realizó la interpretación del Estatuto de 1975? (III.2); la interpretación restrictiva o efectiva (III.3) y el alcance de la disposición 31 (3) c de la convención de Viena (III.4).

3.1. Eficacia y Restricción en la Interpretación de las Obligaciones Internacionales

La disputa entre las partes se concentra en la aplicación del Estatuto, al cual ambas acordaron sujetar el régimen para el aprovechamiento del Río Uruguay de manera “óptima y racional” mediante mecanismos

⁷⁰ *Idem*, § 281.

comunes.⁷¹ Como resultado de los argumentos y prueba sometidos a la Corte, ésta decidió que: (i) las obligaciones procesales de Uruguay de cooperar con dichos mecanismos comunes se habían violado al autorizar la construcción de las plantas sin cumplir con los requisitos de información que el Estatuto establece; pero al mismo tiempo, (ii) que no se había probado el daño sustantivo que el Estatuto busca evitar, por lo que no existe violación de las obligaciones sustantivas. En esta decisión, la Corte parece haber construido un mecanismo de interpretación que no daría lugar a la pregunta sobre la existencia de un nexo causal entre la violación de obligaciones procesales y sustantivas. Es interesante anticipar cómo podrá este fallo jugar un papel para informar la decisión sobre la violación de obligaciones de cuidado. Es verdad que en esta sentencia no era necesario que la Corte se aproximara a la descripción de un nexo causal. Sin embargo, se harán aquí unas anotaciones respecto del valor de esta sentencia en el caso eventual de que exista daño ambiental en el marco de deberes preventivos y de cooperación.

3.2. ¿Cómo se Realizó la Interpretación del Estatuto de 1975?

En la sentencia, el Tribunal interpreta el Estatuto en diversos momentos y para diferentes propósitos. Se hacen anotaciones aquí respecto de dos problemas en particular: (i) la existencia de obligaciones de no construcción –y por extensión, la relación entre obligaciones procesales y sustantivas– y (ii) la relación del Estatuto con otras normas de Derecho internacional.

⁷¹ Según el *Estatuto* (n12), artículo 1: “Las Partes acuerdan el presente Estatuto, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7 del Tratado de Límites en el Río Uruguay de 7 de abril de 1961, con el fin de establecer los mecanismos comunes necesarios para el óptimo y racional aprovechamiento del Río Uruguay, y en estricta observancia de los derechos y obligaciones emergentes de los tratados y demás compromisos internacionales vigentes para cualquiera de las Partes”. *Cfr. Papeleras* (n7) § 59.

El primer paso en la interpretación del texto aplicable a la disputa es la identificación de su objeto y propósito. En general, el objeto y propósito del Estatuto es el aprovechamiento del Río Uruguay mediante mecanismos comunes, como se expresa en el artículo 1 del Estatuto.⁷² En este marco, la Corte define la disputa en relación con la “interpretación y aplicación del Estatuto de 1975”, es decir, respecto del “cumplimiento de las obligaciones procesales” por parte de Uruguay al autorizar la construcción de la CNB (EMCE) y la construcción y concesión de la planta Orión (Botnia).⁷³

El juez *ad hoc* Vinuesa, en su opinión disidente, aclara en qué consiste el desacuerdo fundamental entre las partes. Esencialmente, Argentina buscaba la detención de los trabajos de las plantas de celulosa hasta que se hubiese emitido un fallo de la Corte en el caso. Vinuesa afirma que una vez generadas las condiciones que dan lugar a la obligación de no construcción, “ésta se extiende hasta la resolución de la disputa”; describiendo así el amplio alcance de la posición argentina.⁷⁴ A este respecto, la Corte afirma categóricamente que la obligación de no construcción no se desprende del artículo 9 del Estatuto, sino que dicha obligación se aplica solamente al período de negociaciones que estipula el artículo 12.⁷⁵ La implicación de este límite es que no existe obligación alguna de no construcción, como propone Argentina, a partir del momento en que el período de negociaciones fracase. La conclusión refleja el balance entre la necesidad de preservar los recursos naturales del río y la necesidad de permitir el desarrollo económico del estado ribereño.⁷⁶ Un punto intermedio entre la posición argentina y la decisión del tribunal, se encuentra en la opinión disidente conjunta de los jueces Al-

⁷² Estatuto (n12), artículo 1; *Papeleras* (n7) §75.

⁷³ *Papeleras* (n7) §46.

⁷⁴ *Papeleras* (n7), Opinión disidente del juez *ad hoc* Vinuesa, § 11 <<http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15893.pdf>> acceso 20/10/2010

⁷⁵ *Papeleras* (n7) §154

⁷⁶ *Idem* §75 citando la CIJ su decisión sobre medidas provisionales solicitadas por Argentina en 2006.

Khasawneh y Simma, quienes colocan en el centro de la disputa la disponibilidad oportuna para las partes de la opinión de la Corte respecto de la amenaza potencial al ambiente en caso de emprenderse los trabajos propuestos. El propio papel de la decisión de la Corte depende de la información que su fallo pueda dar a las partes y por lo tanto, “se extiende a la forma como la Corte establece sus procedimientos y maneja la evidencia”.⁷⁷ A pesar de que la mayoría juzgó irrelevante discutir la diferencia entre las partes relativa a la base de competencia del Tribunal (entre los artículos 12 y 60), en la opinión de estos jueces, optar por el artículo 12 asigna a la Corte el papel de último árbitro sobre cuestiones científicas.⁷⁸

El segundo punto sobre interpretación de tratados que vale la pena observar en la sentencia, es la relación del Estatuto con otras normas del Derecho internacional. Nuevamente, los elementos mínimos de interpretación del texto están definidos en el primer artículo del Estatuto, que tiene “el fin de establecer los mecanismos comunes necesarios para el óptimo y racional aprovechamiento del Río Uruguay”.⁷⁹ Además de establecer esta finalidad como su objeto y propósito, las partes explícitamente hicieron referencia a la “estricta observancia de los derechos y obligaciones emergentes de los tratados y demás compromisos internacionales vigentes para cualquiera de las Partes”.⁸⁰ Destaca para los fines de la interpretación del documento, que el artículo 1 del Estatuto hace referencia a las obligaciones internacionales contraídas por cada una de las Partes con anterioridad a la ratificación del Estatuto.⁸¹

La Corte expone y rechaza la posición argentina respecto de la naturaleza del artículo 41 del Estatuto, al que dicho país llama

⁷⁷ *Papeleras* (n7), Opinión disidente conjunta de los jueces Al-Khasawneh y Simma, §21 <<http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15879.pdf>> Acceso 20/10/2010.

⁷⁸ *Idem* §20.

⁷⁹ Estatuto (n12), artículo 1.

⁸⁰ *Idem*.

⁸¹ *Papeleras* (n7) §62

“cláusula de reenvío”, con la intención de que se lea como incorporando las obligaciones vigentes entre las partes, más allá del texto del tratado. En efecto, Argentina señala que el Estatuto de 1975 contiene cláusulas de “reenvío” a otros tratados internacionales, que desarrollan y complementan las obligaciones vigentes entre Argentina y Uruguay.⁸² En particular, Argentina sostuvo que la aplicación del régimen contractual subsecuente entre las partes tendría prioridad sobre el Estatuto si éste no imponía reglamentación específica sobre la aplicación de otras normas en vigor entre las partes.⁸³ Sin embargo, la Corte precisa que este artículo no se refiere sino a los “tratados internacionales aplicables”. La conclusión de la Corte es que este lenguaje descarta la posibilidad de decidir sobre la conducta de Uruguay respecto de sus obligaciones internacionales en tratados multilaterales diversos del Estatuto.⁸⁴

Una vez que se ha excluido la posibilidad de aplicar otros tratados multilaterales a la disputa, la Corte añade que la reglamentación aplicable a la interpretación del Estatuto es el régimen consuetudinario incorporado en la CVDT, sin importar que la Convención no hubiese entrado en vigor al momento de ratificación de dicho Estatuto.⁸⁵ Aunque la Corte rechazó que el Artículo 41 del Estatuto pudiese fungir como una “cláusula de referencia” a otros tratados internacionales aplicables a Uruguay, la naturaleza consuetudinaria de las reglas de interpretación del artículo 31 de la CVDT, la lleva a leer las obligaciones del Estatuto a la luz de “toda

⁸² *Papeleras* (n7) Memorial de la República Argentina, p. 142 <<http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15425.pdf>> Acceso el 20 de octubre de 2010.

⁸³ Destacan la Convención sobre comercio internacional de especies en peligro, la Convención de Ramsar relativa a los humedales de importancia internacional, la Convención de Naciones Unidas sobre diversidad biológica y el Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes. *Papeleras* (n7) § 56.

⁸⁴ *Idem* §63.

⁸⁵ *Idem* §65

forma pertinente de Derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.”⁸⁶

3.3. La Interpretación Restrictiva o Efectiva

Se ha propuesto arriba que la aplicación de las normas sobre deberes procesales y sustantivos puede verse a la luz del impacto de los daños que se hubiesen causado en el río Uruguay. Además de una compleja serie de preguntas en relación con la naturaleza, fuentes y carga de la prueba –mencionadas más abajo en este documento– la sentencia coloca un nuevo componente en el contenido de la obligación de prevenir el daño ambiental.

En una ocasión reciente, la CIJ hizo referencia al contenido autónomo de una obligación de prevención en el contexto del *Caso relativo a la Aplicación del Convenio para Prevenir y Castigar el Crimen de genocidio*.⁸⁷ Es verdad que, en esa ocasión, el Tribunal claramente explicitó su voluntad de que los hallazgos de ese fallo en relación con un deber de prevenir no infundieran sentido a otros regímenes, sino al propio del caso; y solo en las circunstancias y en la medida en que esto fuese necesario para resolver la controversia.⁸⁸ Sin embargo, no es ocioso mencionar que, en esa oportunidad, la Corte afirmó respecto de la obligación de prevención que:

Obviamente esto no significa que la obligación de prevenir el genocidio surja solo cuando comienza la perpetración del genocidio; eso sería absurdo, ya que el objetivo general de la obligación es prevenir o intentar prevenir la ocurrencia del acto. De hecho, la

⁸⁶ CVDT (n27), artículo 31(3) c.

⁸⁷ *Aplicación del Convenio para Prevenir y Castigar el Crimen de Genocidio (Bosnia Herzegovina c. Serbia)* (Fondo) 27 de febrero de 2007 <<http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>> Acceso 20 de octubre de 2010 [en lo sucesivo ‘*Genocidio*’].

⁸⁸ *Idem*, § 430.

obligación del Estado de prevenir y el correspondiente deber de actuar, surgen en el instante en que el Estado *tome conocimiento o debiese normalmente haber tomado conocimiento* de la existencia de un riesgo serio de que el genocidio se cometa.⁸⁹

En el contexto del Derecho ambiental, el siempre citado principio del fallo del Canal de Corfú, “el Estado no debe permitir con conocimiento que su territorio se use para actos contrarios al derecho de otro Estado”⁹⁰. Esta expresión es cercana a la empleada por la Corte en su sentencia del caso *Genocidio* en 2007. Aunque no haya sido la intención de la Corte tocar el régimen general de las obligaciones de prevención, es difícil imaginar que tal fallo no tenga ningún impacto sobre dicho régimen general.

Para los fines de este comentario, basta señalar que el deber de prevención se activa con el conocimiento del Estado bajo cuya jurisdicción se genera el riesgo. Este régimen general no parece tener una regla especial en el Estatuto de 1975, sino que de acuerdo con el objeto y propósito del tratado, las partes crearon una maquinaria conjunta para compartir información sobre probables daños a los derechos de la contraparte en el ejercicio de sus facultades sobre las aguas del Río Uruguay.

Con todas las consideraciones del caso, el trasfondo de un principio general que supone el conocimiento del Estado ribereño de un riesgo potencial, excluye la necesidad jurídica de una maquinaria conjunta. Cada uno de los Estados ribereños debe ejercer sus deberes de supervisión para mantener a salvo los derechos del otro. El propósito del tratado, entonces, se vería frustrado si no existiesen los mecanismos que permitieran a ambos países compartir información sobre riesgos potenciales que se originen en la jurisdicción de la

⁸⁹ *Idem*, §432.

⁹⁰ *Caso del Canal de Corfú* (Reino Unido c. Albania) (*Fondo*) [1949] ICJ Rep. 4, p. 22. <<http://www.icj-cij.org/docket/files/1/1645.pdf>> Acceso el 20 de octubre de 2010 [en lo sucesivo, ‘*Canal de Corfú*’]

contraparte. Si puede decirse que en el régimen general el conocimiento o la obligación de conocer son condiciones de la obligación de prevenir, ¿cuál es el papel de la obligación de informar en el contexto del Estatuto de 1975?

Una manera de encuadrar los problemas que condujeron al resultado de la disputa sobre *Papeleras* es la aplicación de un método de interpretación de tratados. Entre las diversas escuelas o técnicas de interpretación de los tratados internacionales, destaca la oposición entre la interpretación restrictiva, incorporada en el principio *in dubio mitis* y la interpretación efectiva, a menudo caracterizada como interpretación teleológica.⁹¹

No se discute actualmente el peso de la CVDT como fuente de Derecho internacional general en algunos contextos.⁹² Sin embargo, las reglas de interpretación de tratados son un área de importante controversia y el sentido de las disposiciones de la CVDT ha sido a menudo objeto de discusión en las decisiones judiciales. En sentido opuesto, algunos comentaristas han observado en el pasado que la Corte aplica reglas de interpretación de tratados sin necesariamente referirse a ellas de manera explícita.⁹³

En el caso *Papeleras*, Argentina parece contender que las obligaciones procesales de las partes de informar a la CARU y colaborar en sus actuaciones deben ligarse a las obligaciones sustantivas (de resultado), de no afectar el medio ambiente en el río. Las primeras obligaciones son de conducta o de medios, mientras que las segundas pueden caracterizarse como de resultado. La Corte describe la relación entre ambas obligaciones al hablar del régimen que crea el Estatuto, y lo califica como un “régimen completo y

⁹¹ Véase, por ejemplo, AUST, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice* (CUP, Cambridge 2000) p. 184-206.

⁹² Proyecto Gabcikovo-Nagymaros (Hungría / Eslovaquia) [1997] ICJ Rep 7 <<http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf>> Acceso el 20 de octubre de 2010.

⁹³ LAUTERPACHT, Hersch, “Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties” (1949) 26 BYIL 48, p. 55.

progresivo” [se omite cita] ya que ambas categorías de obligaciones mencionadas se complementan perfectamente, permitiendo a las partes lograr el objeto del Estatuto, que éstas dispusieron en el Artículo 1.⁹⁴

Es verdad que fue la voluntad de las partes crear un régimen de colaboración, sin que ello transfiriese la responsabilidad de cada Estado de vigilar el territorio bajo su jurisdicción. Esta responsabilidad originaria y no transferida a través del mecanismo común del Estatuto, puede describirse así, en palabras de la CIJ: “La Corte observa que el Estatuto de 1975 creó la CARU y estableció procedimientos en relación con dicha institución, para permitir a las partes cumplir sus obligaciones sustantivas. Sin embargo, en ningún lugar indica el Estatuto de 1975 que una de las partes puede cumplir sus obligaciones sustantivas al cumplir sólo las obligaciones procesales, ni que la violación de las obligaciones procesales implica automáticamente la violación de las obligaciones sustantivas.”⁹⁵

Como se ha visto antes, la posición argentina intentaba persuadir al tribunal de que la relación entre ambas obligaciones era tal que el incumplimiento de las obligaciones procesales necesariamente conducía a la violación de obligaciones sustantivas. Quizá una manera de ver la oposición entre la lectura argentina y la que finalmente hace la Corte es a través de la posición de la información en el cumplimiento de los deberes de prevención y una lectura restrictiva de los términos del tratado.

Tradicionalmente, la interpretación de tratados se califica como restrictiva si parte de la idea de la soberanía de las partes y la noción de que las limitaciones a ésta no pueden suponerse sino que deben probarse. En las palabras del profesor Hersch Lauterpacht, la interpretación restrictiva obedece a que “en caso de duda la obligación contractual debe interpretarse en favor del deudor, ... porque los

⁹⁴ *Papeleiras* (n7) §77.

⁹⁵ *Idem*, §78.

estados son soberanos.”⁹⁶ Ante un lenguaje ambiguo, la interpretación restrictiva recurriría a limitar las obligaciones antes que imponer una carga en el soberano que no estuviese explícita en el texto.

Otra explicación, sin embargo, daría cuenta del papel del soberano como el actor que concluye el tratado, como lo hiciera la Corte Permanente de Justicia Internacional en su primer fallo, el *SS Wimbledon*: “[s]in duda, cualquier convención que cree una obligación de este tipo crea una restricción sobre el ejercicio de los derechos soberanos del Estado en el sentido que requiere que se ejerciten de cierta forma. Pero la facultad de concluir tratados es un atributo de la soberanía del Estado.”⁹⁷ En todo caso, no es común que el Tribunal interprete los tratados para limitar sus obligaciones. De hecho, a pesar de reiterar la existencia de esta técnica de interpretación a lo largo de su jurisprudencia, la Corte ha mencionado también la imposibilidad de aplicarla por tratarse de una *ultima ratio* en la técnica de interpretación de tratados.⁹⁸

Por el contrario, parecería que la Corte ha interpretado de manera liberal algunos tratados para asumir competencia sobre una disputa o para interpretar los alcances de los compromisos entre las partes. Claramente, en el caso del *Canal de Corfú*, la Corte extendió su competencia para fallar sobre las reparaciones y el monto de la compensación debida entre las partes, sin que haya sido del todo claro cómo el lenguaje del acuerdo apoyaba esta conclusión. De hecho, señaló que: “mientras no implique violentar los términos del tratado, la Corte debe interpretar éstos de modo que las cláusulas tengan los efectos adecuados.”⁹⁹ Desde hace más de medio siglo, la doctrina ha

⁹⁶ LAUTERPACHT (n93) p. 58.

⁹⁷ *SS Wimbledon* (Reino Unido, Francia, Italia & Japón (with Poland as Intervener) c. Alemania) PCIJ Ser. A., N° 1, 1923 p. 18 <http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_01/03_Wimbledon_Arret_08_1923.pdf> Acceso 20 de octubre de 2010.

⁹⁸ LAUTERPACHT (n93) p. 61.

⁹⁹ *Canal de Corfú* (n90) §26.

identificado esta formulación como el principio de efectividad, común en la práctica de la Corte Mundial.¹⁰⁰

Para responder la pregunta de si en la decisión sobre *Papeleras* da efectividad al Estatuto de 1975 o constituye más bien una lectura restrictiva del texto, se ofrecerán solo unos puntos de comparación con las dos sentencias mencionadas, que constituyen ejemplos de interpretaciones efectividad de las obligaciones.

Primero, se destaca el papel del nexo causal que vincula los deberes de prevenir y los daños reclamados en *Canal de Corfú* y *Genocidio*. Es pertinente preguntarse cuál será el efecto de la decisión del Tribunal sobre el empleo del mecanismo común en el futuro del Río Uruguay. Sin menoscabo de la noción de autonomía que debe tener el deber procesal que Uruguay ha vulnerado al no dar información oportunamente a la CARU, la eliminación de cualquier vínculo jurídico entre los deberes procesales y sustantivos no facilita la aplicación del presente fallo a una situación donde exista un daño ambiental. En los casos mencionados arriba (*Canal de Corfú* y *Genocidio*), la Corte comenzó su análisis frente a daños severos que involucraba la pérdida de vidas humanas. Frente a ese escenario, fue necesario que el Tribunal atara la existencia de un deber de prevenir a la satisfacción de un requisito de causalidad para que los hechos del caso fueran jurídicamente relevantes. Como se recordará, dicho vínculo se declaró en *Canal de Corfú*; pero no en *Genocidio*.

En la eventualidad de que se generasen daños ambientales en el Río Uruguay, parecería que el fallo de la Corte separaría los deberes de proceso y de sustancia, de modo que ambos deberes se satisfacerían de manera autónoma, sin que podamos anticipar la necesidad de una noción de causalidad. Ahora bien, en términos de la noción de efectividad, ¿cuál sería la razón para la existencia de obligaciones procesales en el Estatuto de 1975, si la obligación procesal no da lugar a que se explore la relación jurídica con los hechos que circundan su violación?

¹⁰⁰ LAUTERPACHT (n93) p. 68.

Segundo, destaca el orden en que la Corte analiza la postura de las partes. Nuevamente en el contexto de las decisiones *Canal de Corfú* y *Genocidio*, la Corte estructuró el análisis del marco jurídico partiendo de la posibilidad de generar un vínculo de atribución entre conductas o hechos y el Estado demandado. En el caso que nos ocupa, la Corte invirtió este patrón de análisis e inició con la separación jurídica de los deberes procesales y sustantivos. Tampoco es ocioso recordar que en su análisis del caso *Genocidio*, el Tribunal también separó los deberes pero fue infinitamente más abundante en su argumentación y recurrió sin problemas a la regulación general internacional para arrojar luz sobre la relación entre las conductas reguladas por el convenio.¹⁰¹

3.4. El Alcance del Artículo 31 (3) C de la Convención de Viena

Un aspecto ampliamente estudiado de la interpretación de tratados, es su relación con las reglas de otros regímenes convencionales o generales, aplicables entre las partes. Como se ha señalado arriba, la posición de Argentina es que las obligaciones del Estatuto deben interpretarse a la luz de otros deberes impuestos por el Derecho internacional, eludiendo interpretaciones gramaticales y orientándose mediante los principios que regulan la materia específica.¹⁰² En particular, Argentina hizo referencia en su demanda al fallo de la Corte Permanente de Justicia Internacional respecto de la *Competencia Territorial de la Comisión Internacional del Río Oder*.¹⁰³ Es cierto que la Corte señaló como necesaria la interpretación a la luz de los principios que regulan una materia en particular; pero como señala el

¹⁰¹ *Genocidio* (n87), §432 y sig.

¹⁰² Memorial de Argentina (n82) p. 126.

¹⁰³ Competencia territorial de la Comisión Internacional del Río Oder (Reino Unido, Checoslovaquia, Dinamarca, Francia, Alemania, Suecia vs. Polonia) PCIJ Ser A N° 23, 1929 p. 26. < http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_23/74_Commission_internationale_de_l_Oder_Arret.pdf> Acceso el 20 de octubre de 2010

profesor Lauterpacht, dicho pasaje cumplía la función de limitar la aplicación de una lectura restrictiva, orientada a la reducción de las cargas sobre la soberanía de los Estados partes.¹⁰⁴

En este caso en particular, la postura de la parte actora no es necesariamente clara respecto de la naturaleza jurídica de las fuentes de derecho mediante las cuales pretende que se interprete el Estatuto. Además de invocar la interpretación con la regla enunciada en el caso *Río Oder*, invoca también una formulación familiar del artículo 31 (3) c de la CVDT. Igualmente, alude al carácter consuetudinario de la regla de *Canal de Corfú* mencionada arriba (enunciándola como el deber de la explotación no dañina del territorio)¹⁰⁵, y su ratificación en la Opinión sobre Legalidad del Empleo de Armas Nucleares.¹⁰⁶ Sería interesante reconstruir en toda su dimensión el argumento argentino respecto de la fuerza vinculante y el mecanismo de aplicación de las fuentes extra-contractuales en el caso, y en particular, su valor en la resolución de la disputa. La Corte no abunda en los detalles de su lectura de la postura argentina, ni abunda en la solución descrita arriba.

Quizá con mayor alcance, la Corte caracterizó este fenómeno en *Plataformas Petroleras* de la siguiente forma:

“según las reglas generales de interpretación de tratados reflejadas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, la interpretación debe tomar en cuenta “toda forma relevante de derecho internacional en vigor entre las partes” (Artículo 31, párrafo 3 (c)). La Corte no puede aceptar que el artículo XX, párrafo 1 (d) del Tratado de 1965 tuviese la intención de operar de manera completamente independiente de las reglas relevantes del Derecho internacional sobre

¹⁰⁴ LAUTERPACHT (n93) p. 62; similar en LAROUNER, Christopher, “In the Name of Sovereignty. The Battle over In Dubio Mitius Inside and Outside the Courts” [2009], Cornell Law Library 1-49, p 12, disponible en <<http://scholarship.law.cornell.edu/lps-clacp/22>> Acceso el 20 de octubre de 2010.

¹⁰⁵ Memorial de Argentina (n82) p. 126.

¹⁰⁶ *Idem.*, p. 196, citando *Legalidad de la Amenaza o Uso de Armas Nucleares (Advisory opinión)* [1996] ICJ Reports 1996, 240, § 25.

uso de la fuerza, de modo que fueran susceptibles de ser invocadas, incluso en el contexto limitado de un reclamo por la violación de un Tratado, en relación con el uso prohibido de la fuerza. La aplicación de las reglas relevantes del derecho internacional en relación con esta cuestión forma por ello, una parte integral de la tarea de interpretación encomendada a la Corte en el artículo XXI, párrafo 2 del Tratado de 1965.¹⁰⁷

Aunque es verdad que en virtud del contexto del caso esta afirmación podría restringirse a la lectura de la cláusula compromisoria, el resultado es la integración al universo jurídico de un régimen normativo extraño a la norma contractual que da competencia al tribunal.¹⁰⁸ Concretamente, el profesor Koskenniemi interpreta este caso como uno donde la *lex generalis* (uso de la fuerza) dota de sentido a la *lex specialis* (el tratado de amistad que le dio competencia al tribunal).¹⁰⁹ Bajo esta concepción, sería necesario indicar cómo los principios del Derecho internacional y del Derecho internacional en materia ambiental en particular, pueden dotar de sentido a las cláusulas del Estatuto, según el argumento de la parte actora.

Como ejemplo de un razonamiento posible bajo este esquema se encuentran los principios precautorio y preventivo. Ya en su decisión sobre el Proyecto Gabcikovo-Nagymaros, la Corte dejó pasar la oportunidad de construir su jurisprudencia en torno de estos

¹⁰⁷ *Plataformas Petroleras* (República Islámica de Irán c. Estados Unidos) (Fondo)[2003] ICJ Rep 161, §41 < <http://www.icj-cij.org/docket/files/90/9715.pdf> > Acceso el 20 de octubre de 2010.

¹⁰⁸ Véase CANNIZZARO, Enzo & BONAFÉ, Beatrice, “Fragmenting International Law through Compromissory Clauses? Some Remarks on the Decision of the ICJ in the Oil Platforms Case”, 2005, 16 EJIL 481.

¹⁰⁹ International Law Commission, “Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International law. Report of the Study Group of the ILC finalized by Martti Koskenniemi”, A/CN.4/L.682, abril 13 de 2006, p. 56.

principio.¹¹⁰ Algunos autores atribuyeron al silencio del Tribunal la llamada “parálisis precautoria”, ya que otros tribunales internacionales siguieron los pasos de la Corte, dejando pasar oportunidades de construir argumentos en torno de este principio.¹¹¹

En *Papeleras*, el gobierno de Uruguay mantuvo la posición de la aplicabilidad de la Convención sobre aguas de 1997, a pesar de que no ha entrado en vigor y a pesar de que ninguno de los dos Estados es parte de la misma, asumiendo la aplicación de sus reglas por virtud del párrafo 3 (c) del artículo 31 de la CVDT, y en función de la decisión de la Corte en el caso de *Gabcikovo Nagymaros*, “reconoció su importancia”.¹¹² Del mismo modo, Uruguay acepta el empleo de la Convención mencionada para interpretar el término “oportunamente” respecto del momento en que la CARU debe recibir la información relevante.¹¹³

Además, la Corte se refirió explícitamente al principio precautorio, pero rechazó la posibilidad de que en estas circunstancias dicho principio pudiese revertir la carga de la prueba. Concedió mayor peso al principio claramente establecido de que la carga de la prueba recae en el actor.¹¹⁴

Cabe preguntarse, a la luz de los argumentos empleados por Argentina y la reacción de la Corte, si habría otros efectos válidos del empleo del principio precautorio en el caso concreto. Dicho principio puede entenderse como una regla sobre la conducta del Estado frente al riesgo. Sin embargo, una caracterización importante del principio es la información disponible para la toma de decisiones. Una posibilidad

¹¹⁰ *Proyecto GabcikovoNagymaros (n92)*. Véase, sin embargo, la opinión del Vicepresidente Weeramantry para una mención del principio.

¹¹¹ Véase, por ejemplo, HOWLEY, Jessica, “The GabcikovoNagymaros Case: The Influence of the International Court of Justice on the Law of Sustainable Development”, 2 *Queensland L St Rev* 1 (2009) p. 13.

¹¹² *Papeleras (n7)* Memorial de la República de Uruguay, Vol. I, p. 62 n48 <<http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15427.pdf>> Acceso el 20 de octubre de 2010.

¹¹³ *Idem.*, §252.

¹¹⁴ *Papeleras (n7)* § 164.

para reconciliar la postura argentina con la decisión de la mayoría de la Corte, sería construir en torno del principio, un argumento que lo acercase a la relación de las obligaciones procesales de Uruguay y no sólo sus obligaciones sustantivas. Como ya se ha visto, el deber violado por Uruguay en el proceso corresponde de manera cercana a los deberes preventivos que la Corte ha descrito en los fallos de *Canal de Corfú* y *Genocidio*.

IV. LA REACCIÓN DE LA CORTE ANTE LA FALTA DE ELEMENTOS PROBATORIOS RELATIVOS A LAS OBLIGACIONES SUSTANTIVAS

Hemos visto que, si bien la Corte concluyó que Uruguay incumplió sus obligaciones de naturaleza procesal, no arribó a la misma conclusión respecto de las obligaciones de naturaleza sustantiva. Según el Tribunal, Argentina no acercó al proceso elementos probatorios suficientes para demostrar de manera convincente el incumplimiento por parte de Uruguay de las obligaciones sustantivas derivadas del Estatuto. En torno a la cuestión probatoria podemos identificar tres problemas: carga, confiabilidad e intensidad de la prueba.

El método que el Tribunal siguió en este caso en lo atinente a las pruebas no fue, en nuestra opinión, el más adecuado. Empleando las reglas tradicionales acerca de la carga de la prueba, hizo recaer sobre Argentina la obligación de probar afirmaciones sobre cuestiones que un tribunal no es capaz de comprender totalmente sin recurrir a una evaluación pericial.¹¹⁵

En particular, la CIJ no reconoce que Argentina se encontraba en una posición de desventaja para obtener pruebas. Sin embargo, a la actora no se le permitió recoger datos científicos en la margen

¹¹⁵ Opinión disidente conjunta de los jueces Al-Khasawneh y Simma, (n77) § 5.

uruguaya del Río Uruguay, ni particularmente en el punto donde tenían lugar los vertidos de la planta Orión ni, menos aún, en la planta misma. Por lo tanto, tal como destaca el juez *ad hoc* Vinuesa, “Argentina no estaba en posición de obtener pruebas de la fuente misma, (...) hecho crítico (que) debió haber sido considerado en el fallo”.¹¹⁶ Como consecuencia de la soberanía del Estado uruguayo sobre su territorio, no era posible que Argentina recabara pruebas en el territorio del país vecino sin contar con el consentimiento de éste. Esto implica, de por sí, una limitación en cuanto al acceso al material probatorio en casos ambientales transfronterizos. Es plausible que, de haber podido Argentina tomar muestras en la margen uruguaya del Río Uruguay, hubiese logrado probar la existencia de un nexo causal entre los daños alegados y la actividad de la planta Orión.

Claro está que la materia objeto del diferendo, más allá de lo estrictamente jurídico, es altamente técnica. No es dable pretender que los jueces de la CIJ tengan conocimientos específicos de ingeniería ambiental, hidrología, ciencias de la atmósfera, etc. Para suplir ese bache en los procesos se puede recurrir al auxilio de expertos. Resulta interesante destacar que en este caso los peritos que intervinieron lo hicieron en carácter de consejeros científicos de cada una de las partes. Es decir, integraban las delegaciones. Y ante informes técnicos que reflejan realidades diferentes, estimamos que la Corte debió haber utilizado las herramientas procesales que están a su alcance para disipar toda incertidumbre sobre cuestiones técnicas. En esto compartimos la opinión disidente conjunta de los jueces Al-Khasawneh y Simma¹¹⁷ y la del juez *ad hoc* Vinuesa.¹¹⁸

No resulta convincente, tal como lo subrayan los jueces Al-Khasawneh y Simma, que en un caso como el presente, que requiere de los medios tecnológicos más avanzados para una acabada comprensión y evaluación de los hechos, “la pericia científica pueda

¹¹⁶ Opinión disidente del juez *ad hoc* Vinuesa (n74) §41.

¹¹⁷ Opinión disidente conjunta de los jueces Al-Khasawneh y Simma (n77) § 2-3.

¹¹⁸ Opinión disidente del juez *ad hoc* Vinuesa (n74) §92.

ser satisfactoriamente proporcionada por expertos que se desempeñan como consejeros de las Partes, ni que la Corte actúe de acuerdo con ella”.¹¹⁹ Así queda seriamente debilitada la confiabilidad de la prueba técnica acercada al proceso.

De haber tomado la iniciativa de encomendar nuevos dictámenes a peritos imparciales, el Tribunal habría tomado su decisión acerca del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones sustantivas a cargo de la demandada con certeza científica. Si las partes no solicitaron la designación de expertos independientes, y la CIJ estimaba que las pruebas presentadas no eran lo suficientemente profundas, tenía la facultad de designarlos. Dicha facultad le es conferida por el artículo 50 de su Estatuto, en virtud del cual: “La Corte Internacional de Justicia podrá, en cualquier momento, comisionar a cualquier individuo, entidad, negociado, comisión u otro organismo que ella escoja, para que haga una investigación o emita un dictamen pericial”, y se complementa con el artículo 67.1 del Reglamento de la CIJ, que dispone: “Si la Corte considera necesario proceder a una investigación o a un peritaje, dictará, una vez oídas las partes, una providencia a ese efecto, en la que se precisará el objeto de la investigación o del peritaje y determinará el número y forma de designación de los investigadores o de los peritos, así como el procedimiento que se ha de seguir. La Corte, cuando proceda, invitará a las personas designadas como investigadores o peritos a hacer una declaración solemne”.

La CIJ ya tiene experiencia práctica en el uso de las herramientas que derivan del artículo 50 de su Estatuto. Lo hizo en dos momentos en el caso del Canal de Corfú: pericial en la decisión de fondo¹²⁰ y en la orden del 19 de diciembre de 1949, relativa a la fijación del monto de las reparaciones debidas por la República Popular de Albania, mediante la designación de expertos en materia

¹¹⁹ *Idem*, §6.

¹²⁰ Canal de Corfú (n90).

de construcción naval y navíos de guerra.¹²¹ También lo hizo en el caso relativo a la delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo de Maine, Canadá c. Estados Unidos de América (orden del 30 de marzo de 1984: designación de experto)¹²², donde nombró un perito en descripción de fronteras marítimas y cartografía.

No puede sino llamarnos la atención que en un tema tan delicado como la contaminación transfronteriza, el Tribunal no haya dado continuidad a esa práctica¹²³ y, por el contrario, haya omitido el ejercicio de la facultad de designar peritos (que además puede nombrar en cualquier momento del proceso) como medio para acercarse a la verdad de los hechos. Tratándose de cuestiones ambientales, se requiere información científica más específica para poder emitir un fallo con el mayor grado de certeza que sea posible alcanzar. No obstante, la Corte da la impresión de haberse quedado a mitad de camino.

Es insatisfactorio que la CIJ concluya sin más que Argentina no ha logrado demostrar convincentemente que Uruguay ha incumplido sus obligaciones sustanciales porque deja entrever que queda un margen de duda¹²⁴ y debería haber procurado disipar esa duda. Especialmente, considerando que existe el riesgo de que durante la vida útil de la planta se afecten derechos difusos de la población y del medio ambiente, a lo que se suma el posible carácter irreparable del daño ambiental producido y del que es susceptible de producirse en el futuro.

¹²¹ *Caso del Canal de Corfu* (Reino Unido c. Albania) (*Orden del 19 de diciembre de 1949*) [1949] ICJ Reports 237 <<http://www.icj-cij.org/docket/files/1/1904.pdf>> Acceso el 20 de octubre de 2010.

¹²² *Delimitación de la frontera marítima en el área del Golfo de Maine* (Canadá / Estados Unidos) [1984] ICJ Reports 246 <<http://www.icj-cij.org/docket/files/67/6366.pdf>> Acceso el 20 de octubre de 2010.

¹²³ Opinión disidente del juez *ad hoc* Vinuesa (n74) §95.

¹²⁴ *Idem.*, §96.

V. CONCLUSIONES

Consideramos que la CIJ dejó pasar ante sí una valiosa oportunidad de echar mano de todas las herramientas de las que dispone para acercarse a la verdad. En este sentido, el fallo emitido por la Corte en el caso de las papeleras sobre el Río Uruguay genera un precedente negativo para el desarrollo del Derecho ambiental internacional. Hacemos votos por que, en futuros casos de contaminación transfronteriza, se agoten todos los medios de prueba científica que posibilitan el acceso a la verdad y, en consecuencia, permiten la adopción de decisiones más ajustadas aún a los principios preventivo y precautorio que rigen esta materia.

LA REHABILITACIÓN DE ARISTÓTELES EN LA ÉTICA CONTEMPORÁNEA

Jacob Buganza Torio *

SUMARIO: *Introducción; 1. Aristóteles y la rehabilitación de su filosofía práctica; 2. Rehabilitación de la Φρόνησις (Prudencia) a través de la Hermenéutica Filosófica; 3. Rehabilitación de la virtud: el vínculo entre ella y la comunidad; 4. Rehabilitación de la variabilidad del método: el razonamiento práctico y la retórica; 5. Conclusiones: apuntes finales; Bibliografía.*

INTRODUCCIÓN

En este trabajo, el autor tiene la intención de exponer y dar sus propios puntos de vista sobre la rehabilitación de la filosofía práctica de Aristóteles. Considera que hay tres vertientes por las cuales cabe ver esta rehabilitación, iniciada ya hace algunos decenios por la filosofía alemana. Estos senderos son la recuperación de la prudencia a través de la hermenéutica filosófica de Gadamer, la rehabilitación del concepto de virtud moral a través del comunitarismo y, finalmente, lo propio con respecto al razonamiento práctico, que vincula estrechamente con la retórica.

* Profesor-investigador del Instituto de Filosofía de la Universidad Veracruzana, así como profesor en la Facultad de Filosofía de la misma institución. El Doctor Buganza es miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT. Actualmente se encuentra como investigador visitante en el Centro Internazionale di Studi Rosminiani, en Stresa, Italia. Sus libros más recientes son: *Panorama de los sistemas éticos de los siglos XIX y XX* (RIHE, México, 2011) y *El ser y el bien* (Edizioni Rosminiane Sodalitas, Stresa, 2010). Correo electrónico: jbuganza@uv.mx

1. ARISTÓTELES Y LA REHABILITACIÓN DE SU FILOSOFÍA PRÁCTICA

Como bien ha redactado y documentado Franco Volpi, a partir de los años sesenta en Alemania se ha asistido a una “rehabilitación de la filosofía práctica” (*Rehabilitierung der praktischen Philosophie*). Varios filósofos alemanes han dedicado sus esfuerzos intelectuales a redescubrir los modelos de filosofía práctica clásicos, especialmente los provenientes de Aristóteles y Kant, y que derivan, en un segundo momento, a estructuraciones de carácter teórico-sistemático en donde desfilan nombres célebres, desde Hans Albert y Jürgen Habermas, pasando por Theodor Adorno, hasta Hanna Arendt y Hans-Georg Gadamer. La filosofía iberoamericana e italiana también ha estado presente, de una u otra forma, en dicha rehabilitación; cabe recordar nombres como los de Mauricio Beuchot, Victoria Camps, Jesús Conill, Adela Cortina, Enrico Berti y Giovanni Reale, entre otros. Tal parece que los motivos para esta rehabilitación han sido variados, y el propio Volpi los condensa magistralmente. Se asiste a una suerte de crisis generalizada, la cual seguramente es causada por la modernidad y su excesivo individualismo. Esta crisis se traduce en la polémica sobre el método (*Methodenstreit*) sociológico, en el debate acerca de los juicios de valor (*Werturteilstreit*), así como en la disputa sobre el método positivista en sociología (*Positivismusstreit*). La vía aristotélica, o neo-aristotélica, como se le ha llamado, ha sido vista con nuevos bríos debido a esta serie de debates, de tal suerte que,

La reasunción de la filosofía práctica de la tradición aristotélica se propuso como una solución alterna, en la medida en que fue reasumida en su valor paradigmático de modelo de saber alternativo a la modernidad y a la idea unitaria de ciencia que la caracteriza. En efecto, la tradición de la *philosophia practica*, que se puede hacer remontar a Aristóteles y, precisamente, a la estructuración aristotélica de las ἐπιστῆμαι, designa el campo del saber cuyo objeto es el obrar humano, campo delimitado tanto respecto de la *philosophia theoretica*

como de la *philosophia mecánica* y de las *artes*. De acuerdo con la tradición que se consolida, sobre todo, en las enciclopedias medievales, dicho campo era tripartito: comprendía la *ética*, saber concerniente al obrar individual, la *economía*, saber concerniente al οἶκος, es decir, la casa en su conjunto, y la *política*, saber concerniente al obrar en la comunidad política (*κοινωνία πολιτική, communitas civilis*).¹

Ciertamente la tripartición de la que habla Volpi es común en la filosofía medieval, aunque en Aristóteles se puede hablar, más bien, de ética y filosofía política, dependiente la primera de la segunda debido a la preeminencia del bien común sobre el individual. Como veremos más adelante, en Aristóteles lo político o social tiene una preeminencia indiscutible. El aspecto económico es, en cierto modo, intermedio entre lo individual y lo propiamente comunitario, pues se trata de la correcta administración del primer núcleo social que le viene dado al individuo por naturaleza.

Para ahondar más en la rehabilitación de Aristóteles, también cabe destacar que el desencanto que produce la ética moderna y su consecuente ética contemporánea, ha sido uno de los motivos más poderosos para volver la mirada a las éticas antiguas y medievales. La ética moderna, sumamente centrada en el “yo” desvinculado de su situación y comunidad históricas, y remitido única y exclusivamente a la luz de la razón, como si la razón humana estuviera a su vez alejada de su contexto, no puede dar cuenta de la complejidad del comportamiento moral humano ni tampoco puede erigirse como una guía u orientación del antedicho comportamiento. Por su parte, la filosofía moral contemporánea, especialmente la llamada “posmoderna”, tiene más parecido a la sociología o a los estudios que se enfocan al actuar fáctico del hombre. No buscan la fundamentación característica de la filosofía, sino que se limitan a constatar la

¹ VOLPI, Franco, “Rehabilitación de la filosofía práctica y neo-aristotelismo”, en *Anuario filosófico*, 32, 1999, p. 320.

multiplicidad de formas de vida que se cultivan en la actualidad. Por otro lado, la ética centrada en el análisis del lenguaje, aunque cada vez más en desuso, había eliminado de la consideración ética las aspiraciones a determinar la meta del hombre. La metaética, centrada en el análisis del lenguaje de la moralidad, no considera los contenidos morales, sino a lo sumo la forma de la moralidad. Se le escapa el contenido de la teleología humana.

Por lo anterior, varios filósofos han vuelto la mirada a las éticas antiguas y medievales, y es el caso precisamente de los nuevos neo-aristotelismos y neo-tomismos que se encuentran en la escena académica internacional.² Se trata de dos vertientes que tienen como meta recuperar la denominada “ética de la virtud”, en cuyo centro se encuentra la noción de desarrollo humano a través de los conceptos precisamente de virtud y carácter.³ En otras palabras, la recuperación de los conceptos clásicos de la ética de la virtud se lleva a cabo en vistas a superar la insatisfacción provocada por las éticas modernas y contemporáneas. Empero, Volpi nos pone en guardia con mucho tino ante la denominación “neo-aristotelismo”, pues tal designación debe tomarse, dice, en términos bastante generales, pues muchos de quienes se inscribirían en tal corriente se limitan a retomar solo “ciertos aspectos” o “determinaciones particulares” de la filosofía de Aristóteles. En consecuencia, es posible afirmar, nos parece, neo-aristotelismos más o menos puros, de acuerdo a si suscriben más o menos tesis de inspiración aristotélica. Lo que los une es, seguramente, lo que el propio filósofo italiano considera, a saber, que los distintos neo-aristotelismos se oponen a la modernidad y su afán

² Por supuesto que Tomás de Aquino no es solamente un aristotélico, sino el fundador de una nueva corriente filosófica, a la cual, por cierto, se llama actualmente “tomismo” o “neo-tomismo”.

³ No se trata del “reemplazo” de otros conceptos, como pueden ser los de ley u obligación, como se sugiere en: STONE, M. W. F., “The Angelic Doctor and the Stagirite: Thomas Aquinas and Contemporary Aristotelian Ethics”, en, *Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol. 101, 2001, p. 99. Nos parece que es, más que nada, una complementación.

unificador del saber y del método a través de la comprensión de la “racionalidad práctica”.⁴ Esto puede apreciarse, a nuestro juicio, en la ética de inspiración aristotélica, aunque también en la medieval, especialmente en la tomista.

Pero antes de centrarnos en la ética como parte de la filosofía práctica y, por tanto, susceptible de una racionalidad práctica al modo aristotélico, es conveniente retomar los elementos característicos que Volpi suscribe a los neo-aristotelismos. Estos elementos se reducen a tres tesis “fundamentales”, que son las siguientes. En primer término, hay una diferencia notable entre la *θεωρία* (teoría) y la *πρᾶξις* (praxis), pues mientras la primera persigue la *ἀλήθεια* (verdad), considera al ente estable, busca un saber preciso o necesario y sigue un razonamiento apodíctico, la segunda persigue el éxito de la *πρᾶξις* (praxis) misma, es decir, el ente considerado se sitúa entre lo necesario y lo accidental, busca lo verosímil y se estructura lógicamente a partir de la tópica-dialéctica.⁵ En segundo lugar, hay también una fuerte diferencia entre la *πρᾶξις* (praxis) y la *ποίησις* (póiesis), pues mientras la primera tiene un efecto no constatable fuera de la misma *πρᾶξις* (praxis), el éxito de la *ποίησις* (póiesis) se mide de acuerdo con el producto o *ἔργον*. Finalmente, la *πρᾶξις* (praxis) posee un saber específico o especial; la *πρᾶξις* (praxis) implica una racionalidad que no es necesariamente equivalente a una racionalidad meramente descriptiva y neutra.⁶ Como se desprende de lo expuesto, resulta consecuente la rehabilitación de la *φρόνησις* o prudencia, pues es precisamente la virtud relacionada con la *πρᾶξις* (praxis), como se verá en lo sucesivo.

Ahora bien, cabe apuntar, aunque sea de manera sintética, que, en general, las éticas antigua y medieval consideran, al menos, tres

⁴ Cf. VOLPI, Franco, “Rehabilitación de la filosofía práctica y neo-aristotelismo”, art. cit., p. 320.

⁵ Cf. ARISTÓTELES, *Ética nicomáquea*, I, 3.

⁶ VOLPI, Franco, “Hermenéutica y filosofía práctica”, en *Éndoxa. Series filosóficas*, 20, 2005, p. 292.

conceptos fundamentales en torno a los cuales gira su reflexión. Se trata de los conceptos de virtud, felicidad y comunidad. El bien, que abarca a los tres conceptos, es una noción mucho más general instalada en el ser, pero que se concretiza en esa triple dirección, esto es, el bien moral se instala no solo en los actos del agente, sino en su índole moral, en su carácter, a lo cual suele llamarse “virtud moral”. Por otra parte, estas éticas proponen que la felicidad es el bien final al cual se enfoca el actuar moral, y los actos a través de los cuales se logra aquélla se efectúan en el seno de la comunidad. En otras palabras, el bien moral se desdobra, en consecuencia, en los actos y hábitos morales que se direccionan a la felicidad humana en el contexto de la comunidad. A nuestro juicio, esta propuesta surgida de la ética clásica de la virtud puede coadyuvar a resolver la crisis que atinadamente señala Volpi. En efecto, en una lúcida constatación, el filósofo de Vincenza aprecia que no es suficiente con estudiar la *φρόνησις* (prudencia). Es necesario algo más. Si la *φρόνησις* (prudencia) es el saber concerniente a los medios adecuados o idóneos para alcanzar el fin, hace falta aclarar previamente cuál es el fin, pues así se estaría proponiendo el objeto al cual se dirige la *φρόνησις* (prudencia). “Y si lo que le hace falta al mundo moderno, en toda su ‘imprudencia’, no son precisamente los medios, que la ciencia pone, efectivamente, cada vez más a disposición, ¿cómo se puede esperar obtener indicaciones sobre los fines a través de una rehabilitación de la *φρόνησις* (prudencia)?”.⁷ Nos parece que esta pregunta se resuelve en alguna medida diciendo: comprendiendo precisamente qué es la *φρόνησις* (prudencia), pues esta virtud, como las otras virtudes morales, no se concibe al margen de la *εὐδαιμονία* o realización, de la *πόλις* o ciudad y su *κοινωνία* o comunidad.

Veamos, primero, en qué consiste la rehabilitación de la *φρόνησις* (prudencia) en la hermenéutica filosófica, especialmente en la gadamereana, a quien leemos mediados por Volpi y Beuchot. En

⁷ VOLPI, Franco, “Rehabilitación de la filosofía práctica y neo-aristotelismo”, art. cit., p. 341.

segundo lugar efectuaremos algunas anotaciones que conciernen a la virtud moral, vinculada estrechamente con la comunidad. Inmediatamente, haremos lo propio con respecto al razonamiento práctico, que consideramos muy vinculado con la retórica. Por último, intentaremos alcanzar algunas conclusiones de lo expuesto, con vistas a seguir transitando por los senderos hallados.

2. REHABILITACIÓN DE LA *ΦΡΟΝΗΣΙΣ* (PRUDENCIA) A TRAVÉS DE LA HERMENÉUTICA FILOSÓFICA

La hermenéutica filosófica se ha erigido en una alternativa continental a la filosofía analítica, a veces muy de la mano con el cientificismo. Empero, aún con todo, la filosofía analítica ha recuperado también algunas nociones provenientes del aristotelismo, por lo cual se apreciaría un acercamiento tanto de la hermenéutica y de la filosofía analítica en Aristóteles, al que podría visualizarse como punto de encuentro. En la hermenéutica filosófica, el representante más insigne es Hans-Georg Gadamer, quien eleva a existenciarlo a la “comprensión” (*Verstehen*), en seguimiento de Heidegger. En otros términos, la hermenéutica, al ser filosófica, afirma que la “comprensión” es la estructura universal de nuestro modo de estar en el mundo.

Ahora bien, Volpi encuentra que la hermenéutica filosófica ha ejercido una “influencia” imprescindible en dos temas primordiales, a saber: (i) el redescubrimiento de la filosofía práctica; (ii) la teorización de la importancia metodológica de la “historia de los conceptos” (*Begriffsgeschichte*), la “historia de las ciencias” (*Wissenschaftsgeschichte*) y la “historia social” (*Sozialgeschichte*).⁸ Con respecto a (i), la hermenéutica, elevada ya existenciarlo con Heidegger, y acentuada esta universalidad con Gadamer,⁹ deja de ser

⁸ VOLPI, Franco, “Hermenéutica y filosofía práctica”, art. cit., p. 268.

⁹ Apréciase, en esta perspectiva, el juicio siguiente: “En todos los casos, la hermenéutica despliega su capacidad de diálogo y apertura a nuevas problemáticas

un conjunto de técnicas para la interpretación (como sucede con la hermenéutica bíblica) y pasa a ser un constitutivo ontológico del *Dasein*, esto es, pasa a ser estructural al hombre¹⁰. Sin embargo, a pesar de todo, nos parece que la hermenéutica no deja de lado por completo el conjunto de reglas que permiten efectuar una interpretación más o menos adecuada al texto, como se revela en algunos puntos centrales de *Verdad y método*, tales como la revitalización del prejuicio, de la autoridad y de la tradición. Empero, sí debe aceptarse que hay un paso, ya dado, que va de una concepción de la hermenéutica como reglas para la interpretación, hasta alcanzar con Heidegger y, en definitiva, con Gadamer, a la hermenéutica como constitutivo de la vida humana histórico-temporalmente¹¹.

En este contexto, ha sido Gadamer, como se reconoce ampliamente en la escena filosófica internacional, uno de los precursores más animosos de la recuperación de la *φρόνησις* (prudencia). Teniendo presente que la propia hermenéutica antigua distingue entre la *subtilitas intelligendi*, la *subtilitas explicandi* y la *subtilitas applicandi*, es forzoso volver la mirada a esta última por ser imprescindible para el hombre, pues el *Dasein*, más que estar dedicado a la labor especulativa pura, está volcado a la *πρᾶξις* (praxis), complemento, por decirlo así, cuasi-necesario, del conocimiento directo. Aristóteles, como se lee en el libro VI de la

que se relacionan con ella; en algunos momentos, Gadamer indica la posibilidad de desarrollar el trabajo hermenéutico en ámbitos aún no explorados. No obstante, es necesario hacer resaltar que el hecho de que la hermenéutica se mantenga en diálogo con tan diversos interlocutores, no conduce al abandono de sus rasgos fundamentales, entre los cuales cabe destacar su universalidad [...] No se trata de afirmar una aceptación dogmática de la universalidad, sino, más bien, de reconocer que este aspecto cruza de lado a lado la hermenéutica filosófica”, ARIAS, Marcelino, *La universalidad de la hermenéutica. ¿Pretensión o rasgo fundamental?*, Fontamara, México, 2010, p. 137.

¹⁰ Para una visión general sobre este asunto, Cf. DOMINGO MORATALLA, Agustín, *Ciudadanía activa y religión*, Encuentro, Madrid, 2011 (2a. ed.), cap. “La edad hermenéutica de la moral”.

¹¹ Cf. VOLPI, Franco, “Hermenéutica y filosofía práctica”, art. cit., p. 268.

Ética nicomáquea, vincula el saber *phronético* a la *πρᾶξις* (praxis), por lo cual Gadamer se lanza a su rehabilitación. Es más, la hermenéutica es análoga al saber práctico aristotélico desde esta perspectiva. Por ello puede afirmarse, en el espíritu de la filosofía hermenéutica gadamereana, que su postura puede resultar un asidero adecuado para la filosofía práctica y su recuperación desde el neo-aristotelismo y el neo-tomismo.¹² ¿Por qué la *φρόνησις* (prudencia) y no, por ejemplo, la *σοφία* (sabiduría) o la *ἐπιστέμη* (ciencia) o la *τεχνή* (técnica)? Con su peculiar buen estimo, Volpi da pautas para responder a esta pregunta en el siguiente pasaje, que vale retomar por entero, pues no posee desperdicio alguno:

[La *φρόνησις* (prudencia)] Proporciona un paradigma orientativo para evitar el malentendido objetivista propio de la hermenéutica romántica e historicista, la cual habría transferido indebidamente a las ciencias del espíritu el ideal moderno de *ciencia* como saber objetivo y universal, metódicamente obtenible y controlable. Si de hecho la hermenéutica filosófica se pone la tarea de caracterizar la comprensión como un saber intrínsecamente determinado por la situación histórica concreta, pero no en el sentido de que en él se ponga simplemente en relación un universal dado con la particularidad de la situación mediante una “aplicación” técnica *a posteriori*, entonces la configuración aristotélica del saber práctico-moral de la *phronesis*, ya sea en su distinción respecto del saber teórico de la *episteme*, o bien respecto al técnico-práctico de la *techné*, tiene en perspectiva una solución ejemplar para los problemas con los que debe enfrentarse la hermenéutica.¹³

Se desprende de lo transcrito que la filosofía práctica, con su consecuente conocimiento práctico, no se rige por los cánones de las

¹² Cf. BUGANZA, Jacob, “Algunas consecuencias de los conceptos de prejuicio, tradición y método de Gadamer para la reflexión moral”, en CÚNSULO, Rafael (ed.), *A cincuenta años de verdad y método. Balance y perspectivas*, UNSTA, Tucumán (Argentina), 2011.

¹³ VOLPI, Franco, “Hermenéutica y filosofía práctica”, art. cit., p. 281.

ciencias objetivas y universales, a la usanza de las *Naturwissenschaften*, sino por un saber más intermedio o movedizo y que resulta ser menos “controlable”. Tampoco es un saber meramente técnico, es decir, en donde se siguen unas reglas preestablecidas con la intención de adquirir, de la misma manera, el mismo fin. La *φρόνησις* (prudencia) no es ni *ἐπιστέμη* (ciencia) ni *τεχνή* (técnica). Mientras que la *ἐπιστέμη* (ciencia) se orienta al conocimiento de lo que siempre es, la *φρόνησις* (prudencia) tiende más bien a la verosimilitud, aunque no por ello renuncia a alguna suerte de universalidad. Pero ello no vuelve equivalentes a la *φρόνησις* (prudencia) y la *τεχνή* (técnica). Como se adelantó más atrás, hay diferencias importantes entre una y otra, y que resultan esenciales para apreciar este importante descubrimiento de Aristóteles. Quien posee la *τεχνή* (técnica) para hacer jarrones, eventualmente puede llegar a olvidarla, mientras que quien posee la virtud de la *φρόνησις* (prudencia) no olvida, más que por causas muy extremas, como el deterioro mental, por ejemplo, cómo hacer uso de ella. Pero hay algo más fundamental, a saber, que hay una distinta relación entre medios-fines en ambos tipos de virtud. Con mucha exactitud lo dice Gadamer: “El saber moral no está restringido a objetivos particulares, sino que afecta al vivir correctamente en general; el saber técnico, en cambio, es siempre particular y sirve a fines particulares”.¹⁴

Sobre este segundo aspecto hay que profundizar más. El vínculo debe establecerse entre el bien al cual responde la virtud en general, y en su caso la *φρόνησις* (prudencia), con el hombre. No debe perderse de vista que la *φρόνησις* (prudencia) es tratada por Aristóteles en la *Ética nicomáquea*, por lo cual su consideración tiene un vínculo estrecho con el saber y el comportamiento moral. Aristóteles sitúa a esta virtud tanto en la parte teórica como en la práctica del hombre, de tal suerte que hay un vínculo entre el entendimiento y la voluntad, debido precisamente a este saber tan especial. Si la *φρόνησις* (prudencia) tiene sentido al interior de la

¹⁴ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método*, t. I, p. 392.

ética, entonces debe interpretarse a la luz del bien que reporta el comportamiento ético, a saber, el bien moral. A diferencia de otros bienes, el bien moral no es un bien restringido, sino absoluto. Los bienes restringidos se refieren solo a un tipo de objetos, cuyos actos se cualifican como “virtuosos” o “viciosos” de acuerdo con la manera en que el objeto es llevado a cabo. En este sentido, solo perfeccionan al agente en tanto artífice de tal objeto, y nada más. Es precisamente el caso de la *τεχνή* (técnica). En cambio, quien ejercita la *φρόνησις* (prudencia) lo hace desde una perspectiva absoluta, en cuanto el objeto de ésta es la perfección del hombre *qua* hombre, pues si hay algún punto en común en el cual pueden perfeccionarse los seres humanos, ese es el moral. De ahí que el éxito que reporta la *φρόνησις* (prudencia) tenga que ver con la vida en su conjunto.¹⁵

El propio Gadamer es quien ha señalado el vínculo entre la *φρόνησις* (prudencia) y la ética, pues a propósito de Vico y Aristóteles, asegura que esta virtud dianoética no es una mera habilidad, sino que presupone una orientación de la voluntad, es decir, un ser ético. Se trata de “Una manera de estar determinado el ser ético que no es posible sin el conjunto de las ‘virtudes éticas’, como a la inversa tampoco éstas pueden ser sin aquélla [la *φρόνησις* (prudencia)]”.¹⁶ Y además agrega: la *φρόνησις* (prudencia) “No es

¹⁵ Hemos trabajado con mayor detalle este asunto en BUGANZA, Jacob, “La analogicidad del bien y su relación con el valor moral”, en ÁLVAREZ, Luis (ed.), *La hermenéutica en el cambio de siglo*, Ducere, México, 2011, pp. 335-360.

¹⁶ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método*, t. I, p. 51. Para ilustrar más este caso, téngase en cuenta la siguiente interpretación: “Recordemos que, para Gadamer, la aplicación es un aspecto fundamental de la interpretación. Toda interpretación lleva una aplicación, y por ello toda interpretación es, también, una auto-interpretación. Se requiere para poder encontrar el lugar de uno mismo ante el texto y su contexto. Con esto la *phrónesis* entra en lo más íntimo y hondo de la hermenéutica. En efecto, ella tiene mucho parecido con la decisión moral, de las opciones éticas que se nos presentan; y esto tiene una gran semejanza con el saber para decidir si las interpretaciones diversas que se nos presentan como posibles para un texto”, BEUCHOT, Mauricio, *Phrónesis, hermenéutica y analogía*, UNAM, México, 2007, pp. 25-26.

simplemente una astucia práctica ni una capacidad general de adaptarse. Su distinción entre lo conveniente y lo inconveniente implica siempre una distinción entre lo que está bien y lo que está mal, y presupone con ello una actitud ética que a su vez mantiene y continúa”.¹⁷ En otro trabajo suyo, titulado “Razón y filosofía práctica”, explica Gadamer: “La enseñanza de la frónesis está en la *Ética*, y la ética es la enseñanza del ‘*ethos*’, y el *ethos* es una ‘*hexis*’, y la *hexis* es la actitud que se mantiene firme frente al ‘*pathe*’ [...] El libro seis de la *Ética a Nicómaco* no es otra cosa, como dice Aristóteles expresamente, que la interpretación de lo que significa eso que vivamos como sociedad humana bajo un *ethos*, es decir, bajo un acuerdo vinculante”.¹⁸

¿Cómo es que este saber tan particular como lo es el *phronético* puede servir de base para una hermenéutica filosófica como la gadamereana? Volpi considera que aún con todo, Gadamer es un tanto ambiguo en su recuperación del aristotelismo, pues no aclara qué cosa es el saber práctico (*praktisches Wissen*); asimismo, tampoco se aclara hasta qué punto el modelo *phronético* de Aristóteles puede tener injerencia en la hermenéutica filosófica. Mas inmediatamente se apresura a apuntar que no es ocasional el interés de Gadamer por el Aristóteles de la *Ética nicomáquea*, porque viene inspirada desde antaño por las lecciones del joven Heidegger en Friburgo y Marburgo. En efecto, parece que es Heidegger quien señala que el carácter originario de la vida humana es la *πρᾶξις* (*praxis*), y no la *θεωρία* (teoría) o la *ποίησις* (*póiesis*): “Fue Heidegger el que mostró cómo el privilegio otorgado por la tradición metafísica a la teoría y el correspondiente primado de la presencia había convertido a la *praxis* humana en un objeto ahí presente, en una cosa entre las cosas, que había que observar y describir”¹⁹. Aunque se trate de una causalidad

¹⁷ *Ibid.*, p. 52.

¹⁸ GADAMER, Hans-Georg, *El giro hermenéutico* (traducción de Arturo Parada), Cátedra, 1998, Madrid, p. 215.

¹⁹ VOLPI, Franco, “Hermenéutica y filosofía práctica”, art. cit., p. 289.

meramente historiográfica, parece dar con el punto inicial de la preocupación de Gadamer por la *πρᾶξις* (praxis) y, en consecuencia, por la *φρόνησις* (prudencia). La vida puede autointerpretarse, y se autointerpreta mediante la prudencia, cuya conclusión es una elección, una libre decisión. Así, la realidad vital, la experiencia hermenéutica, tiene que ver con lo que se efectúa, y de manera más preeminente con la *πρᾶξις* (praxis). Nos parece, en este sentido, que es posible sostener que el hombre se halla inevitablemente actuando, tanto en el sentido de la *ποίησις* (póiesis) pero, sobre todo, y de manera más radical, en el sentido de la *πρᾶξις* (praxis) El hombre no puede dejar de decidir quién ser y, por tanto, de auto-construirse. Y este es precisamente el sentido de la *πρᾶξις* (*praxis*): hacerse, construirse o configurarse uno mismo.

¿Qué tanta relación tiene nuestra visión aristotélica de la *πρᾶξις* (praxis) o acción con lo que sostiene Gadamer? Nos parece que en alguna medida la tesis que sostiene el filósofo alemán es que la hermenéutica es, ante todo, una suerte de saber-hacer; no es un método como lo entienden las *Naturwissenschaften*. La comprensión del texto exige, de una u otra forma, una aplicación de éste. Y la aplicación no puede ser sino a nosotros mismos, al *hic et nunc* de cada intérprete. En el sentido de la *subtilitas applicandi*, esto resuena en las propias palabras de Gadamer cuando afirma que “La aplicación es un momento del proceso hermenéutico tan esencial e integral como la comprensión y la interpretación”²⁰ o bien “Comprender es siempre también aplicar”.²¹ En este sentido hay que tomar la actualidad hermenéutica de Aristóteles que Gadamer sostiene, pues el texto, tomado como lo general, ha de aplicarse al caso particular del intérprete, con lo cual se revela uno de los problemas fundamentales de la hermenéutica, a saber, el de la relación entre lo general y lo particular. La ética aristotélica, para Gadamer, resulta ser un modelo de esta *subtilitas applicandi*. Es evidente que el filósofo alemán no

²⁰ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método*, t. I, p. 379.

²¹ *Ibid.*, p. 380.

confunde el modelo desarrollado por Aristóteles en la *Ética nicomáquea* en relación a las virtudes dianoéticas y su vinculación con las éticas, sino que ve en él un modelo de la hermenéutica, esto es, de la manera en que la razón se “desempeña” en la actuación moral. A diferencia de Platón, a quien critica en el libro primero de tal *Ética*, Aristóteles busca “humanizar” de algún modo al bien, que para los platónicos permanece fuera de este mundo.²² Es el hombre concreto quien se esfuerza por adquirir la *ἀρετή* (virtud), y lo hace repitiendo actos que lo conducen a ello, actos que terminan constituyendo su propio *ethos*. Siendo así, lo que Gadamer establece tiene mucha resonancia: “El hombre se convierte en tal solo a través de lo que hace y como se comporta, y llega a ser el que es en el sentido de que siendo así se comporta de una manera determinada [...] El que actúa debe ver la situación concreta a la luz de lo que se exige de él en general”.²³

El saber que Aristóteles propone como modelo para evitar la excesiva objetivación (o matematización) del estudio de la moral, cuyo objeto es siempre mutable y contingente, aunque no por ello inapresable de manera absoluta, es el que explicita justamente la virtud de la *φρόνησις* (prudencia). En efecto, la distinción ya aludida entre *ἐπιστέμη* (ciencia) y *φρόνησις* (prudencia) pone en claro este asunto y echa luz sobre las palabras de Gadamer, quien encuentra en la segunda el “modelo” de la hermenéutica, que es propia de las *Geisteswissenschaften* o *Moral sciences*, las cuales tienen por objeto al hombre y lo que él sabe de sí mismo: “Este se sabe a sí mismo como ser que actúa, y el saber que tiene de sí mismo no pretende comprobar lo que es. El que actúa trata más bien con cosas que no siempre son como son, sino que pueden ser también distintas. En ellas descubre en qué punto puede intervenir su actuación; su saber debe dirigir su hacer”.²⁴

²² Cf. ARISTÓTELES, *Ética nicomáquea*, I, 6.

²³ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método*, t. I, p. 384.

²⁴ *Ibid.*, p. 386.

Trasladado esto a la hermenéutica, y aun sin separarse del *modus applicandi*, el hermeneuta es quien comprende lo que el texto le otorga, en el contexto en que está efectuándose la comprensión, es decir, en la historia en la cual el intérprete lleva a cabo la experiencia hermenéutica. De esta forma, es capaz de brindar un “buen juicio” que exprese lo que comprende en tal experiencia. Pero esta labor, expresada en el juicio recto propio de la *φρόνησις* (prudencia) en el ámbito moral, es una aplicación a sí mismo; el intérprete se aplica a sí mismo lo que interpreta, pues la aplicación no es una tarea marginal de la hermenéutica, sino, al contrario, “determina a ésta desde el principio y en su conjunto”. Como dice enseguida Gadamer: “El intérprete no pretende otra cosa que comprender este asunto general, el texto, esto es, comprender lo que dice la tradición y lo que hace el sentido y el significado del texto. Y para comprender esto no le es dado querer ignorarse a sí mismo y a la situación hermenéutica concreta en la que se encuentra. Está obligado a relacionar el texto con esta situación, si es que quiere entender algo de él”.²⁵

3. REHABILITACIÓN DE LA VIRTUD: EL VÍNCULO ENTRE ELLA Y LA COMUNIDAD

Además de la rehabilitación de la *φρόνησις* (prudencia) a través de la hermenéutica filosófica, las virtudes en general (en sentido aristotélico) asisten a una recuperación; en otras palabras, las virtudes aristotélicas han sido retomadas en la ética y la política contemporáneas.

En algunos pasajes a los que poco se recurre en comparación con los textos clásicos de la *Ética nicomáquea*, Aristóteles brinda unas pinceladas que ayudan a penetrar en la naturaleza de la virtud. A

²⁵ *Ibid.*, p. 396. Para una visión histórico-crítica de la rehabilitación del Aristóteles de Gadamer, Cf. JIMÉNEZ REDONDO, Manuel, “Gadamer sobre el concepto aristotélico de *phrónesis*”, art. cit., pp. 295-323.

propósito del hombre liberal o *ἐλευθεριοτης*, asegura que, en efecto, lo característico de la virtud (τῆς γὰρ ἀρετῆς μᾶλλον) es el hacer el bien (τὸ εὖ ποιεῖν) y el realizar bellas acciones (τὰ καλὰ πράτειν)²⁶. Un poco más abajo, Aristóteles asegura que las acciones virtuosas (ἀρετῆν πράξεις) se efectúan por su nobleza (καλός)²⁷; de ahí que la virtud consista en orientarse hacia una vida noble (πρὸς τὸ καλὸν ζῆν).²⁸ La virtud es, además, una posesión, una disposición, un modo de ser, un modo de ser ético,²⁹ pues es lo que implica la riqueza semántica de *ἔξις* (existencia), y ésta se determina (ὀρίζεται) por la acción o actividad (ἐνέργεια).³⁰ Ahora bien, si la virtud es un modo de ser o una tenencia, y ésta se debe diferenciar de otros modos de ser o “habencias”, y si Aristóteles está en lo correcto, entonces se define en relación a lo noble y bello.

El aristotelismo ha subrayado, en sus distintas versiones, un punto que hace pertenecer a las virtudes a la misma tradición epistemológica. Se trata de la fuerte tesis que afirma la unión y hasta en cierto modo dependencia tanto de la virtud con respecto a la comunidad como viceversa.³¹ Aristóteles en la *Política* ha afirmado ya que el hombre es un animal social o político, pues para él tanto lo social como lo político equivalen; en palabras llanas, se identifican, pues no puede haber algo social que no tenga que ver con la *πόλις* (ciudad) como no puede haber algo político que no tenga repercusiones sociales. Ahora bien, la virtud tiene un carácter teleológico, esto es, la virtud tiene una finalidad desde el punto de vista social o político. La *πόλις* (ciudad) está constituida naturalmente debido a que es la única instancia que permite

²⁶ Aristóteles, *Ética nicomáquea*, IV, 1, 1120a11-13.

²⁷ *Ibid.*, IV, 1, 1120a23-24.

²⁸ *Ibid.*, IV, 1, 1121b9-10.

²⁹ Cf. GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método*, t. I, p. 51.

³⁰ Cf. ARISTÓTELES, *Ética nicomáquea*, IV, 2, 1122b1-2.

³¹ Nos parece que está muy bien expuesta esta concepción, incluyendo conceptos como amistad y comunicatividad, en CORTÉS, Carmen, “El hombre más que gregario: amigo de otro hombre”, en *Espíritu*, LX/141, 2011, pp. 91-106.

al hombre alcanzar el estado perfecto; en otras palabras, la comunidad es aquella instancia que constituye el suelo común a partir del cual es posible no solo sobrevivir, sino εὖ ζῆν (bienestar). La naturaleza humana se completa o perfecciona, esto es, se hace virtuosa, a través de acciones. Pero las acciones no se dan al margen de la comunidad, sino en su seno. Por tanto, es necesario que la virtud haga referencia la comunidad en la cual se llevan a cabo las acciones. Por eso es que estudiosos del aristotelismo, como Salvador Rus, de la Universidad de León, han subrayado que no hay virtud sin convivencia, lo cual quiere decir que una “naturaleza autoperfectible” es “naturalmente social”. Para que el hombre sea virtuoso requiere de los demás, pues “La convivencia con los demás pertenece a la naturaleza humana”.³² Esta vinculación entre virtud y πόλις (ciudad) encaja con el concepto de obra o ἔργον (producto) en común. Aristóteles reitera que no es suficiente estar en el mismo momento y en el mismo lugar para lograr constituir una πόλις (ciudad), sino que es necesario que haya una obra en común. Para que se dé la comunidad o κοινωνία (sociedad), es necesario que haya un proyecto que unifique a sus miembros. Tal proyecto común es político, en el sentido de que significa construcción de la πόλις (ciudad). Salvador Rus nuevamente atina cuando explica que la diferencia entre estar juntos llevando a cabo un ἔργον (producto) común y convivir o coexistir sin más, es la diferencia entre la πόλις (ciudad) y su pérdida. “Para que haya ciudad se precisa un *ergon* común. Si ese *ergon* común es la simple coexistencia, el convivir, la *pólis* no surge como tal. Se precisa un *ergon* mayor, una verdadera *koinonía*”.³³ El ἔργον (producto) común, para que sea tal que constituya a la πόλις (ciudad), es necesario que se traduzca en virtudes. Si el hombre se constituye en comunidad es para ser virtuoso, ni más ni menos. Por eso es que Aristóteles, al discutir el verdadero fin de la ciudad con los oligárquicos, asegura que la comunidad no se ha instaurado por la riqueza, ni tan solo para vivir,

³² RUS, Salvador, “La propuesta de una ciencia de la felicidad”, en *Persona y derecho*, 40, 1999, p. 245.

³³ *Ibid.*, p. 250.

sino para “vivir bien”, lo cual implica, a su vez, que quienes viven en comunidad lo hacen por la felicidad y para elegir una forma de vida (ζῆν κατὰ προαίρεσιν).³⁴ De ahí que más adelante afirme: “Para la ciudad que verdaderamente sea considerada tal, y no solo de nombre, debe ser objeto de preocupación la virtud (δεῖ περὶ ἀρετῆς ἐπιμελεῖς εἶναι), pues si no la comunidad se reduce a una alianza militar”.³⁵ Una verdadera πόλις (ciudad), más allá de la mera agregación de individuos, es una “comunidad para vivir bien” (εὔ ζῆν κοινωνία); los individuos se unen para tener una vida “agradable” o “bienaventurada” (χάρις) y autárquica. Se unen para alcanzar τὸ ζῆν εὐδαιμόνως καὶ καλῶς.³⁶

El espíritu de la filosofía aristotélica afirma que todo individuo se construye al interior de una cierta comunidad, esto es, en relación con otros seres humanos. En la comunidad, el individuo lleva a cabo su vida o, como se ha dicho en filosofía contemporánea, su “narración”. En cierta forma, aunque sea través de las limitaciones que implica la expresión metafórica que usamos, la vida de cada hombre puede ser vista en términos narrativos. Así como todo personaje literario requiere para desenvolverse un contexto, y es a través de éste que se comprenden buena parte de los actos que efectúa aquél, así el hombre se desenvuelve en una comunidad, y buena parte de los actos que realiza poseen inteligibilidad a partir de aquélla.

Quien recupera el concepto de narración es Alasdair MacIntyre. En su *After Virtue*, para unificar al hombre que encuentra disgregado en la modernidad, hace uso de la noción de narración. La narración es la que brinda la unicidad al yo, pues precisamente es la que permite hablar de un “yo unitario” y, por tanto, es soporte para las virtudes. El yo que propone MacIntyre es un “yo narrativo”, distinto al “yo disgregado” o

³⁴ ARISTÓTELES, *Política*, III, 9, 1280a34.

³⁵ *Ibid.*, III, 9, 1280b7.

³⁶ *Ibid.*, III, 9, 1281a2.

“emotivista” de la modernidad.³⁷ Se trata de vincular al yo en un todo, esto es, evitar disgregarlo en un yo que por un lado se enfoque a lo público (política), y por otro a lo privado (moral), pues narrar permite dar cuenta de la identidad en el tiempo que, a su vez, posibilita sostener la responsabilidad. “La búsqueda de un *ethos* no abstracto y formal (como el de la Modernidad), sino enraizado en un suelo substantivo que adopta la forma de tradición nutricia. La vida colectiva (comunitaria) que para el punto de vista Moderno era secundaria, pasa ahora a primer plano, pues es esta vida colectiva, coagulada en tradiciones (A. MacIntyre) y/o instituciones (Ritter), la que permite el ejercicio y desarrollo de las virtudes”.³⁸ Mientras que para Ritter es en la *πόλις* (ciudad) donde el hombre adquiere su realidad ontológica, para MacIntyre esto sucede en la tradición. Es la tradición una precondition práctica en la cual el individuo o yo se mueve, de la cual aprende y en la cual se proyecta. La búsqueda de la vida buena se da en este contexto; fuera de él, es impensable, y es precisamente lo que la modernidad intenta realizar por distintas vías. Por ello, Mas explica con tino este asunto al escribir: “La relación entre virtudes y tradición es circular, pues, por una parte, las virtudes mantienen tradiciones, pero, por otra, son las tradiciones las que proporcionan el contexto en el que se ubican las virtudes”.³⁹

Por nuestra parte, nos parece que la tradición no puede darse al margen precisamente de la *πόλις* (ciudad). En efecto, toda tradición se cultiva en el seno de una comunidad. No es posible lo contrario, pues entonces se trataría de una mera recreación individual en vez de propiamente una tradición. Es la *πόλις* (ciudad) la que recibe, mantiene y proyecta a la tradición, de tal suerte que sin ella perdería

³⁷ Cf. GONZÁLEZ, Oscar, “Reflexión historiográfica y tradiciones filosóficas: un conflicto sin resolver”, en: *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, No. 16, 1999, p. 48.

³⁸ MAS, Salvador, “El tema de la virtud: A. MacIntyre, lector de Aristóteles”, en *Revista de filosofía*, IX/16, 1996, p. 166.

³⁹ *Ibid.*, p. 171.

cohesión, dado que en parte la tradición conserva las costumbres y las formas de vida que en su seno pueden seguirse manteniendo. La racionalidad de la tradición es la que brinda el sustento para la virtud, pues es en el seno de la tradición donde el *τέλος* (final) se revela, aunque no se discuta propiamente sobre él. Se delibera, más bien, acerca de los medios prudentes que conllevan al *τέλος* (final). Es la tradición, pues, la que brinda la unidad a la narratividad del yo (aunque cabe siempre la posibilidad de la reflexión ética en torno a cuál de las narratividades es la correcta). Siendo así, la *πόλις* (ciudad) y la tradición no están reñidas, sino que son conceptos que se implican mutuamente, pues no hay verdadera *πόλις* (ciudad), en el sentido aristotélico del término, a saber, como aquello que da origen a la *κοινωνία* (sociedad) y cohesionada la búsqueda del bien común como un bien “bello” y “divino”, sin que se construyan estos lazos mediante algo que aglutine a los individuos, a los distintos “yoes”, y esos lazos nos parece que son lo que MacIntyre llama “tradición”.

En este contexto, hay un fragmento de Gadamer sobre el que se pasa casi siempre de largo. Se trata de un pasaje fundamental y que debe revalorarse: “Aristóteles reconoce que también el profesor de ética —y en su opinión esto vale para todo hombre como tal— se encuentra siempre en una determinada vinculación moral y política desde la cual gana su imagen de las cosas”.⁴⁰ Tal parece que el filósofo de Marburgo da en el blanco. El hombre práctico no está al margen de lo que le circunda, pues esto último, que es la tradición que se instala en la *πόλις* (ciudad), le brinda la “imagen” de lo que las cosas son y han de ser. Tal parece que así puede interpretarse este texto gadamereano, pues lo emite mientras dilucida qué es la *πρᾶξις* (praxis).

De lo anterior se sigue que las virtudes no se comprenden al margen de la comunidad. Por el contrario, es en el *plexus* de la comunidad y, por tanto, de la tradición, donde hallan tanto concreción como sentido. De esta manera, en y a través de la comunidad, el

⁴⁰ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método*, t. I, p. 392.

individuo se va construyendo como ser humano; se construye ontológicamente en perspectiva moral, pues esta dimensión justamente es la más representativa y característica del hombre; es en dirección moral donde irremediamente debe perfeccionarse. El hombre podrá ser o no pintor, músico, escultor o científico, pero no podrá evitar la carga moral que sus acciones implican. Éste es, tal vez, el perenne acierto de Aristóteles: haber visualizado que el hombre necesaria e irremediamente ha de perfeccionarse moralmente para alcanzar la εὐδαιμονία (realización), y que esta perfección se efectúa en la πόλις (ciudad). Empero, no hay que llevar al extremo la tesis aristotélica, a nuestro juicio, pues sería capaz de llevar a una suerte de relativismo. Por el contrario, aún cuando la virtud adquiere su concreción en la comunidad, y aún cuando la comunidad es ininteligible si no es en razón de la perfección moral de quienes la constituyen, a lo sumo la comunidad lo que hace es mostrar los tipos universales de virtud concretizados en papeles o narratividades particulares. Por ejemplo, la virtud universal de la templanza adquiere su concreción en distintos tipos de modelos que fungen como guía para la comunidad, mas en tales modelos la virtud moral no se agota; se limita simplemente a representarla. Lo que sí es cierto, y en esto el aristotelismo ha sido al parecer certero, es que las representaciones del virtuosismo son comunitarias y, por tanto, dependientes de la tradición, lo cual no cancela, por otra parte, la universalidad de la virtud moral, que adquiere imágenes distintas para representarse en la πόλις (ciudad).

Por otra parte, y complementando lo antedicho, la concepción aristotélica sobre la κοινωνία (sociedad) también ha tenido su rehabilitación en la economía contemporánea, en especial en dos frentes. El primero, con relación a la vinculación entre ética y economía; el segundo, en el contexto de la discusión sobre la *chrematística*. Con respecto al segundo asunto, Aristóteles distingue entre dos tipos de crematística, una que podría denominarse natural y otra anti-natural. La crematística no equivale a la economía, pues esta

última se ocupa de la utilización de los bienes (en sentido aristotélico, de los bienes domésticos), mientras que la primera de la adquisición de tales bienes.⁴¹ Si se ocupa de la adquisición de los bienes, entonces resulta que es necesaria y natural la crematística, pues consiste en el arte de proveerse de los bienes que la economía tiene como objeto administrar. Pero en este contexto Aristóteles establece una cláusula. Si ningún arte es ilimitado, se sigue que la crematística no es ilimitada. Y no es ilimitada tanto en cantidad como en magnitud, apunta el estagirita. Siendo así, se sigue que la riqueza tiene sus límites. Pero hay otra manera de entender este arte, para el cual no existe límite alguno de riqueza y propiedad.⁴² Aristóteles pone como criterio de diferenciación la naturalidad de uno y la anti-naturalidad del otro: “Uno es por naturaleza [el limitado, ciertamente] y el otro no, sino que resulta más bien de una cierta experiencia y técnica”.⁴³

Esta segunda crematística, entendida como técnica, tiene su origen con la creación del dinero, pues así surgió el comercio de compra-venta. “Al principio tal vez se dio de un modo sencillo, y luego ya se hizo, con la experiencia, más técnico, según dónde y cómo se hiciese el cambio para obtener máximo lucro. Por eso la crematística parece tratar sobre todo de la moneda, y su función es el poder considerar dónde obtendrá abundancia de recursos, pues es un arte productivo de riqueza y recursos”.⁴⁴ En último análisis, la moneda no tiene más que un valor convencional, pues no tiene como objeto, en primera instancia, lo necesario; de ahí que Aristóteles recuerde el mito de Midas, cuyo deseo insaciable hacía que todo se convirtiera en oro y, finalmente, muriera de hambre. “Ciertamente extraña es esta riqueza en cuya abundancia se muere de hambre”. Esta segunda crematística no tiene límites, pues es posible seguir acumulando moneda, que es precisamente su fin. He aquí, pues, el núcleo de la

⁴¹ ARISTÓTELES, *Política*, I, 8 1256a2.

⁴² *Ibid.*, I, 8 1256b15-1257a1.

⁴³ *Ibid.*, I, 9 1257a1.

⁴⁴ *Ibid.*, I, 9 1257b9.

tesis de Aristóteles: la primera crematística, enfocada a la economía o administración doméstica, difiere de la segunda crematística, dedicada al incremento del dinero. Se trata de un “deseo sin límites”, por lo cual “desean también sin límites los medios producidos”.⁴⁵ A este respecto, las consideraciones de Jesús Conill son muy acertadas: “Además de insertar su pensamiento económico en un marco *naturalista* (basado en una concepción de la naturaleza, de la *physis*), Aristóteles tiene una concepción *comunitaria* (basada en una concepción de la *koinonía*) y, por tanto, le preocupa el sentido que tiene la actividad económica en el conjunto de la comunidad política”.⁴⁶ En efecto, la actividad económica, entendida en el doble sentido crematístico, tiene como marco a la *πόλις* (ciudad), y esto dependerá de la concepción comunitaria que se tenga. Ahora bien, en Aristóteles la *πόλις* (ciudad) se establece, como dijimos, no solo para vivir, sino para “vivir bien”. De ahí que Conill tenga razón al asentar que “Lo que en el fondo está en juego, también a través de la actividad económica y crematística, es una forma de entender y orientar la *vida humana*”.⁴⁷

En efecto, y en seguimiento de Günther Bien, Conill asegura que la actualidad de Aristóteles no consiste en retornar al modo de producción natural que describe el estagirita, sino en pensar (y repensar) la teoría aristotélica de la *πρᾶξις* (práctica) y la existencia humana⁴⁸. En Aristóteles hay una ordenación jerárquica, en donde el fin último de la *πόλις* (ciudad) es vivir bien, lo cual implica la armonía entre medios y fines, esto es, entre los productos, el dinero y el objeto de la ciudad. Así pues, la virtud también se aprecia en cuestiones tan prácticas como la economía y la crematística; y lo son porque todas ellas, en el espíritu del aristotelismo, son parte de la *πρᾶξις* (práctica), y por ello son objeto de la filosofía práctica. No en balde durante mucho tiempo estuvo la Economía bajo el marco de la filosofía

⁴⁵ *Ibid.*, I, 9 1258a16.

⁴⁶ CONILL, Jesús, *Horizontes de economía ética*, Tecnos, Madrid, 2006 (2a. ed.), p. 86.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 93.

práctica, pues la actividad que ella estudia no solo tiene efectos externos al agente, sino que lo constituye y cualifica en cuanto hombre.

4. REHABILITACIÓN DE LA VARIABILIDAD DEL MÉTODO: EL RAZONAMIENTO PRÁCTICO Y LA RETÓRICA

La modernidad, en cierto modo, pretende que el método a través del cual se alcancen los resultados de la investigación sea uniforme. En algunos casos se prefiere un método apodíctico o demostrativo, de tal suerte que, aceptando la premisa suprema o principal, y siguiendo con orden una serie de razonamientos, el resultado que se alcance sea siempre el mismo. En el campo de la ética, tal ideal se ve plasmado en la ética racionalista, especialmente en la de corte spinocista. En efecto, Spinoza, en su magna *Ethica*, tiene como propósito una demostración pulcra y definitiva con aplicaciones en el campo de la filosofía práctica, especialmente en la moral. Pero es en la filosofía contemporánea donde se cuestiona la genuinidad del conocimiento práctico, pues al querer reducir de manera funcionalista los procesos mentales, tal parece que desaparece sin más lo característico del conocimiento intelectual y de la volición que puede acompañarle.

El conocimiento práctico quiere ser reducido a un hecho observable. Podría tratarse como un evento público y, en definitiva, por las ciencias empíricas, incluyendo a la psicología. Las neurociencias representan un nuevo reto para los defensores del conocimiento humano genuino, así como de su apetencia volitiva. De ahí que algunas vertientes al interior de la filosofía han rechazado que tales conocimientos puedan reducirse a hechos observables, por ejemplo, neurológicamente. El conocimiento práctico, y su antecedente razonamiento, nos parece que no son hechos empíricos y, por tanto, públicos, y que no son susceptibles de una demostración apodíctica. Esto no está en contra, empero, con la idea de que un conocimiento

práctico requiere, de una u otra manera, dar razones de su preferencia, lo cual es obra precisamente del razonamiento práctico.

Nos parece que el conocimiento práctico solo puede comprenderse si se capta antes qué es el razonamiento práctico, cuyo cuño ha sido señalado ya desde Aristóteles.⁴⁹ El razonamiento práctico tiene por objeto dilucidar y justificar el conocimiento que el agente tiene de su acción.⁵⁰ Este razonamiento no parece ser apodíctico; posee, por el contrario, elementos que no siempre son susceptibles de una demostración matemática. Aunque el razonamiento práctico posea en esencia la estructura del argumento especulativo, trabaja con materiales contingentes, por lo cual es necesario que su formulación sea de igual suerte contingente. Es seguramente ésta la idea a la que se acerca Anscombe cuando escribe: “*We may accept from Aristotle that practical reasoning is essentially concerned with ‘what is capable of turning out variously’, without thinking that this subject matter is enough to make reasoning about it practical*”.⁵¹ En efecto, no es suficiente con ello, por lo cual Anscombe distingue entre tres tipos de silogismo: (i) uno teórico, (ii) otro práctico-ocioso (*idle*), que se refiere al “*classroom example*”, y (iii) el propiamente práctico, cuya conclusión es una acción. Precisamente porque la acción está a medio camino entre la necesidad y el azar, es que el silogismo práctico, expresión del conocimiento del mismo cuño, está igualmente a medio camino entre el silogismo necesario y el azar.

⁴⁹ ANSCOMBE, Elizabeth, *Intention*, Harvard University Press, Cambridge/London, 1963 (2a. ed.), §33 (pp. 57-58).

⁵⁰ Cf. TORRALBA, José M., y Llano, Alejandro, “Representación y conocimiento práctico”, en: *Thémata. Revista de filosofía*, 43, (2010), pp. 436-437. En este mismo artículo, los autores informan que Müller distingue al menos otros cinco sentidos de “conocimiento práctico” (*praktisches Wissen*), dos de los cuales retomamos: “(b) la descripción de la acción que sirve como respuesta adecuada a la pregunta “¿Por qué?” y (c) el conocimiento de la conclusión del silogismo práctico, que mueve al agente a actuar” (p. 438). Ciertamente, son acepciones inspiradas en Anscombe.

⁵¹ ANSCOMBE, Elizabeth, *Intention*, §33 (p. 60).

Varios autores contemporáneos han enlazado el conocimiento práctico y, por tanto, al razonamiento práctico, con la intención, tan revitalizada por la filosofía del lenguaje del siglo XX, aunque ya adelantada por la fenomenología que se inicia desde Brentano y tiene como a su máximo representante a Husserl. La razón de tal enlace, de acuerdo con Torralba y Llano, es que al conocer la intención se conoce la forma de la acción. Pero además el conocimiento de la intención implica *ipso facto* a la causa eficiente, como asientan ambos: “La intención es causa formal de la acción, y que, al formar parte de un proceso desiderativo ya iniciado —el silogismo práctico—, forma también parte de su causa eficiente”.⁵²

Para establecer esta tesis, Torralba y Llano retoman la distinción de Anscombe entre “causa mental” e “intención”, siendo la primera el “origen” de la acción, la cual tiene su asidero en una representación de la acción misma; en cambio, la intención es un “principio” o “motivo” de la acción. Por ejemplo, ante un evento en el cual el agente responde agresivamente ante un estímulo, la explicación intencional del acto se hallaría en el mal que el agente considera le han infligido, y no en la representación o recuerdo del enfado.⁵³ Pero se trata, en el fondo, del mismo evento, es decir, del mismo objeto cognoscitivo, solo que vislumbrado desde dos perspectivas distintas, a saber, uno desde el punto de vista práctico y el otro desde el punto de vista teórico. Desde este segundo punto de vista, lo conocido es un evento infligido al agente; desde el punto de vista práctico, es un mal, lo cual implica, como se aprecia, una valoración a diferencia del punto de vista teórico. Pero esta valoración es algo que acaece solo en el sujeto, esto es, solo puede llevarse a cabo en primera persona (que es lo que Anscombe llama “conocimiento sin observación”, siendo “la observación” el conocimiento de la tercera persona). Ante esto, Torralba y Llano se preguntan qué se conoce a través del conocimiento práctico, esto es, cuál es su objeto, y afirman: “El agente

⁵² TORRALBA, José M., y Llano, Alejandro, art. cit., p. 439.

⁵³ *Ibid*, p. 440.

no conoce algo distinto de lo que se puede observar exteriormente, pero sí de un modo distinto. El objeto al que se refieren ambos conocimientos es el mismo, pero desde perspectivas opuestas. En el conocimiento observacional, se ‘contemplan’ los sucesos del mundo, mientras que en el conocimiento práctico, esos sucesos son el objeto de la propia acción”.⁵⁴

Por eso, desde la perspectiva de Anscombe, es posible sostener que la “intención” implica una nueva dimensión del conocimiento frente a la pura observación; en otras palabras, la intención caracteriza al conocimiento práctico, que solo puede captarse con profundidad desde la perspectiva del agente, lo cual equivale a decir que se capta desde la visión de primera persona. La intención revela, así, un resquicio que no puede agotar el conocimiento empírico, entendido como conocimiento de lo observable en su sentido público. De ahí que Torralba y Llano concluyan: “El conocimiento práctico no es el conocimiento de algo distinto de lo que se conoce teóricamente, sino un modo diferente de conocer lo mismo, puede afirmarse que no hay dos objetos de conocimiento, sino dos conocimientos distintos acerca del mismo objeto”.⁵⁵

En efecto, el conocimiento práctico es una nueva dimensión del mismo conocimiento teórico. Nos parece que esta nueva dimensión del conocimiento, denominado práctico, tiene su asidero en la voluntad⁵⁶. El conocimiento teórico, que en cierto modo es directo, recae sobre aquello que es la cosa conocida. El conocimiento práctico, por su parte, y desde el punto de vista ético, consiste en un reconocimiento o deformación del conocimiento teórico original y directo; el conocimiento práctico consiste en un conocimiento reflejo

⁵⁴ *Ibid.*, p. 451.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 456.

⁵⁶ En esto seguimos, más que otro, a Antonio Rosmini, filósofo roveretano del siglo XIX, cuyas obras sobre filosofía moral han sido poco estudiadas por la filosofía iberoamericana. Empero, podemos recomendar como la obra que contiene *in nuce* su sistema el siguiente: ROSMINI, Antonio, *Principios de la ciencia moral* (traducción de J. Buganza), Universidad Veracruzana/Plaza y Valdés, México, 2010.

sobre lo ya conocido. En consecuencia, se trata de un nuevo modo de conocer lo ya conocido. Pero como el conocimiento práctico es causado por el sujeto voluntariamente, es que se trata de un conocimiento que engendra responsabilidad y, por tanto, moralidad.⁵⁷ La dimensión moral tiene su origen, en consecuencia, en el conocimiento práctico y, por tanto, en la voluntad, sede de la intencionalidad en el sentido expuesto por Anscombe y, también a menos en primera instancia, por Ackrill.⁵⁸ Nos parece que esta tesis concuerda con lo que escriben los profesores de la Universidad de Navarra: “Desde el punto de vista gnoseológico, la diferencia [entre el conocimiento teórico y práctico] no reside en la representación de los elementos conocidos –la bomba de agua, la manguera que llega hasta el edificio, los efectos del veneno sobre las personas humanas, etc.—, sino en la relación que se establece entre ellos. Ya no se trata de representar la realidad tal y como es ahora, sino de formar una representación de la realidad tal y como puede llegar a ser (o está siendo ya) por medio de mi acción”.⁵⁹ En lo que estos autores no insisten suficientemente es en la fuerza que posee la voluntad para adecuarse o deformar su objeto, pues ciertamente el entendimiento conoce un objeto, y como la voluntad es incapaz de formarse uno sin concurso del entendimiento, sino que requiere de éste para conformarlo, resulta que, si es libre, es capaz de re-constituirlo en distintas modalidades. De no ser por la fuerza de la voluntad para conformarse o no al objeto que le presenta el entendimiento, la

⁵⁷ Con esto también se explica que los actos voluntarios sean objeto de la filosofía moral, como dice el Aquinate: “*Ordo autem actionum voluntariorum pertinet ad considerationem moralis philosophiae*”, Aquinatis, Thomae, *In decem libros Ethicorum Aristotelis ad Nicomachum expositio*, l. 1, n. 2.

⁵⁸ Ackrill pretende distinguir entre las acciones que se realizan por sí mismas (*for itself*) de las que se realizan *hekousios* (ἐκούσιος), a lo cual traduce por “*intentionally*”. ACKRILL, John L., “Aristotle on Action”, en *Mind*, 87/348, 1978, p. 596, y cuya proveniencia en griego, a saber ἐκόν, significa “voluntario” o “producido voluntariamente”.

⁵⁹ TORRALBA, José M., y Llano, Alejandro, art. cit., p. 456.

responsabilidad y, por tanto, la moralidad, se diluirían. Pero como *de facto* posee tal fuerza, es capaz de conformarse o no a lo que le indica el entendimiento.

Para reforzar esta exposición, vale decir que la intencionalidad, como su mismo nombre indica, consiste en apuntar, en dirigir. Y es que la acción, la *πρᾶξις* (*praxis*), tiene una finalidad. Esta finalidad es equivalente a la intención, pues esta última tiene la característica de “ordenar” la acción. Los medios o “sub-acciones” se agrupan de tal suerte que pueden llamarse efectivos si consiguen la acción primordial o principal, la cual es precisamente la “intención”. De ahí que Beuchot haga equivaler la intención a la causalidad final.⁶⁰ De acuerdo con Torralba y Llano, en seguimiento nuevamente de Anscombe, el razonamiento práctico también posee dicha ordenación. El razonamiento práctico revela el orden de las “sub-acciones” en vistas a lograr la finalidad de la acción, esto es, la intención. De ahí que afirmen que “La intencionalidad reside precisamente en ese orden interno de los elementos de la acción o sucesos que tienen lugar en el mundo”.⁶¹ Por ello es que, en cierto sentido, puede concebirse la intención como una cierta causalidad. Siendo así, la intención estructura a la acción, por lo cual la constituiría, es decir, le daría forma. La forma del conocimiento práctico puede captarse, como se viene apuntando, a partir del razonamiento práctico, o sea, del razonamiento que se ordena a la acción. A diferencia del razonamiento teórico, destinado a la contemplación de un nuevo conocimiento, el razonamiento práctico presupone el apetito de alcanzar un determinado fin y, en consecuencia, la ordenación de las sub-acciones en orden a que la acción logre su cometido, su intención. Por ello es que puede sostenerse, además de la causalidad formal de la intención, una causalidad final de ésta, pues el apetito ejerce una causalidad de este cuño en vistas a mover al agente a actuar.⁶²

⁶⁰ Cf. BEUCHOT, Mauricio, *Hermenéutica analógica, símbolo y ontología*, Universidad Autónoma del Estado de México, 2010, p. 157.

⁶¹ TORRALBA, José M., y LLANO, Alejandro, art. cit., p. 454.

⁶² Cf. *Ibid.*, p. 461.

Ahora bien, en este contexto cabe hacer al menos un apunte acerca del antiesencialismo. Esta postura, expuesta de manera preclara por Richard Rorty, consiste en resumidas cuentas en querer destruir la distinción entre conocer y usar. En efecto, asegura que los pragmatistas quieren acabar con la distinción entre conocer algo y usarlo. Conocer algo sería una relación intrínseca, mientras que usarlo equivaldría a una relación extrínseca. Por ello, no queda otro camino que diluir esta distinción entre una relación intrínseca y otra extrínseca. Querer destruir esta distinción es que él llama antiesencialismo.⁶³ ¿Es posible efectuar tal distinción o, en definitiva, habría que sostener el antiesencialismo? Tal parece que la solución a esta dificultad va en la línea de la antropología filosófica y la gnoseología. El hombre, ¿usa todo lo que conoce, o posee conocimientos que no tienen ninguna utilidad? En otras palabras, ¿todo conocimiento humano es práctico? Para poder negar la postura de Rorty, habría que afirmar que el hombre posee conocimientos que no tienen una utilidad. Desde Aristóteles, el conocimiento de los principios, objeto de la metafísica, resulta claro que no tienen una utilidad, sino que se conocen por sí mismos. Si esto es verdad, entonces la postura de Rorty es falsa. El principio de contradicción, ¿es *per se* útil? No cabe duda en que puede aplicarse, pero no es necesario hacerlo, porque es posible conocerlo sin aplicarlo. De ahí que sean dos modos de conocer diferentes, a saber, tanto el conocimiento *per se* y el conocimiento para ser utilizado.

Pasemos ahora a tratar de manera más puntual el asunto concerniente al conocimiento y razonamiento prácticos. Debido a que el razonamiento práctico implica la formulación de principios universales, el objetivo de tal razonamiento es aplicarlo a casos cada vez más particulares. En el caso del aristotelismo, el razonamiento práctico nos parece que se vincula con la retórica, y aunque el asunto de los principios morales no es del todo claro, en su cultivador más

⁶³ RORTY, Richard, *¿Esperanza o conocimiento? Una introducción al pragmatismo*, Fondo de Cultura Económica, 1997, Cap. 2.

célebre, Tomás de Aquino, el problema adquiere nuevos bríos. En efecto, el Aquinate propone que el principio práctico supremo, que se desprende del apetito universal por el bien, es la llamada *sindéresis* (*bonum est faciendum et malum vitandum*). La *sindéresis* juega un papel análogo a los primeros principios del entendimiento teórico. Para comprender con cabalidad esta postura, es necesario retener que el hombre solo posee un entendimiento o *intellectus*, y que este último se desdobra de manera bifronte, por lo cual el antiesencialismo nos ha parecido criticable. El entendimiento, cuando considera asuntos de índole puramente especulativos, entonces puede concebirse como entendimiento y razón teórica; cuando considera asuntos que tienen que ver con el ámbito de la operación, entonces se desdobra como entendimiento y razón práctica. Empero, ambos modos de desdoblarse que posee el entendimiento tienen en común que no es posible que una cosa sea y no sea al mismo y bajo el mismo aspecto. Bajo este principio supremo, que es el principio del ser, se sustenta el principio que afirma la apetencia universal al bien y, a su vez, la *sindéresis*, que es principio del entendimiento práctico. Por ello es que, en este contexto, cuando se utilizan términos éticos como “virtud” y “vicio” se implica que hay, al menos virtualmente, conocimiento práctico.⁶⁴

Como bien destaca Stone, en la concepción tomista de la *lex naturalis* hay una suerte de preceptos de primer y segundo orden. En la I-IIae, q. 94, aa. 4-6, Santo Tomás se dedica a dilucidar en qué consisten estos preceptos, unos más generales y otros cada vez más particulares. No vamos a entrar aquí a exponer la rica postura tomista; basta con tener presente que la noción de ente es el sustento supremo de todo otro conocimiento, el cual, a su vez, sustenta la noción de bien, que es lo apetecido; de inmediato, la *sindéresis*, como rectora del conocimiento práctico, al asentar que *bonum est faciendum*, implica necesariamente a la noción de bien y, en consecuencia, a la de ente. Empero, todavía la *sindéresis* requiere aplicarse; de lo contrario, permanece indeterminada. De aquí surge la pregunta por la diversidad

⁶⁴ Cf. STONE, M. W. F., art. cit., p. 107.

de concepciones sobre el bien moral que hay y ha habido a lo largo de la historia. El tomismo, pues, no es ajeno a esta visión pluralista. De ahí que Stone escriba, en seguimiento del Aquinate, que “*What is thus evident to one with a particular kind of education and cultural background may not be so at all to one with a different background*”.⁶⁵

En efecto, por encima de las pasiones y del desigual desarrollo de la razón, la tesis de Stone es que la circunstancia es el elemento o factor que provoca la diversidad de interpretaciones acerca del comportamiento moral. Él mismo destaca como los elementos más importantes de la circunstancia el por qué se ha efectuado un acto y qué acto es el llevado a cabo⁶⁶. Asimismo, como bien ha documentado Stone, algunos han considerado que la teoría de la *lex naturalis* es poco flexible y que su visión de la naturaleza humana es estática. Pero no hay algo más falso que afirmar lo anterior. Por el contrario, la teoría de la ley natural y de la naturaleza humana es flexible y cambiante. Solo no cambian unos aspectos. En el caso de la naturaleza humana, el hecho de ser un animal racional; en el caso de la ley natural, los primeros preceptos de ley natural, cuyo principio es precisamente la sindéresis. Como bien remite Stone, el propio Aquinate asegura que *natura humana mutabilis est* (II-IIae, q. 57, a. 2). “*Since the nature of human action is variable, it is obvious that the universality and immutability of morality—the province of the natural law— can only be understood in light of the realisation that some general rules derived from the secondary precepts of natural law are defeasible in their application*”.⁶⁷

A pesar de la penetración tan clara que posee Stone sobre el tema de la *lex naturalis* y la ética de la virtud, llega a dudar que Tomás de Aquino sea representante de este tipo de ética. Para ello brinda dos argumentos, de los cuales el principal nos parece que es el

⁶⁵ *Ibid.*, p. 115.

⁶⁶ Cf. *Ibid.*, p. 118 y 120.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 125.

siguiente. Recuerda que para el napolitano hay una relación entre la ley natural y la ley eterna. Se trata de una relación de participación, pues la ley natural es la participación de la razón en la ley eterna. Stone considera problemática esta relación, pero nebulosamente deja inacabado su argumento.⁶⁸ Ahora bien, que la ley natural participe de la ley eterna no invalida que Tomás sea representante de la ética de la virtud, pues la virtud es el ejercicio constante por concordar el acto moral externo, que es siempre particular, con la ley general.

Por último, aunque adelantado al inicio de este apartado, hace falta recalcar la relación entre ética y retórica. En este contexto, la siguiente observación de Victoria Camps no da sino en la médula del asunto, aunque es necesario repararlo en un punto: “El discurso ético es retórico y no lógico, ha de adaptarse a las necesidades y carencias de los tiempos y las sensibilidades. Es un discurso racional, puesto que es humano, pero también porque es humano, no ha de prescindir de los sentimientos”.⁶⁹ El reparo consiste en disentir en la primera afirmación: no hay oposición entre lo retórico y lo lógico. Tan es así, que la retórica no está separada de la dialéctica, tal y como Aristóteles la concibe⁷⁰. Más ininteligible se vuelve tal afirmación cuando es ella una de las máximas representantes de la rehabilitación en Iberoamérica de Aristóteles y la ética de la virtud. En lo que sí nos parece concorde es en que el discurso ético es fundamentalmente retórico, mas no apodíctico; es lógico, pero se trata de una lógica-tópica. En este sentido es que nos parece que Camps sí destaca con tino inmejorable que el discurso ético recurre a la razonabilidad, pero también a la apetibilidad. Mas esta apetibilidad es apetencia tanto del bien mostrado en el discurso, como del retórico y de la congruencia de su discurso, pues el retórico no está eximido bajo ninguna circunstancia de la responsabilidad moral, tanto la de su persona como de sus palabras.

⁶⁸ Cf. *Ibid.*, p. 126.

⁶⁹ CAMPS, Victoria, *Virtudes públicas*, Espasa-Calpe, Madrid, 1996 (3a. ed.), p. 11.

⁷⁰ Cf. ARISTÓTELES, *Retórica*, I, 1, 1354a1ss.

La retórica ha de entenderse como la deliberación sobre lo inmediato, sobre lo opinable, sobre lo verosímil. Pero no tiene por qué no ser lógico, como quiere Camps. Aunque la retórica puede comprenderse como justificación de lo que no es demostrable, desde el punto de vista de la razón práctica, lo hace mediante las reglas lógicas, pero restringiendo el punto a un tópico. Por ello nos parece que Camps no está en lo correcto cuando concibe que la retórica es argumentativa, pero no lógica, a pesar de que escribe certeramente: “Razonar no es solo demostrar, sino también deliberar, criticar, dar razones en pro y en contra de un enunciado”.⁷¹ Pero esto es razonar, precisamente. En consecuencia, la lógica está inmiscuida irremediabilmente en la retórica. De ahí que el discurso moral, y también en general el discurrir de la razón práctica, no sea ajeno a la lógica, sino solo diverso a la apodíctica. Y como bien se sabe, la conclusión del razonamiento práctico como vimos con Anscombe es una acción la cual sucede al juicio práctico (el cual, a su vez, puede ser moral).

Es en el razonamiento práctico en donde la *φρόνησις* (prudencia) entra en juego, como bien lo ha señalado Gadamer, pues esta virtud tiene parece más retórica que apodíctica. A propósito de Gadamer, Mauricio Beuchot escribe que la hermenéutica y la *φρόνησις* (prudencia) tienen una estructura parecida. Veamos cómo lo dice el filósofo mexicano:

No es que hagan lo mismo, pero hacen algo semejante. Lo que en la moral hace la *phrónesis* se parece mucho a lo que el acto interpretativo hace en la hermenéutica. Tienen un proceso semejante, constan de un momento deliberativo, que conduce al planteamiento de un juicio, o de una hipótesis; y por la misma deliberación se dan argumentos para apoyar un juicio o hipótesis, quedando las demás relegadas o desechadas. Y esa argumentación es de tipo retórico en ambas; no alcanza la perfecta demostración, sino solamente lo verosímil, que es lo propio del conocimiento de lo singular,

⁷¹ CAMPS, Victoria, *op. cit.*, p. 184.

contingente y movedizo... Y es que la interpretación se parece más a la filosofía práctica que a la filosofía teórica y, en ese sentido, más a la *phrónesis* que a la *episteme*. La filosofía práctica siempre se da como situada, frente a una circunstancia concreta que exige algún tipo de acción. Esa acción se da de manera libre, por eso implica una elección, la cual depende de una deliberación, por la cual se sopesan las razones a favor o en contra de la acción que se va a poner en práctica. Ciertamente la deliberación aprovecha principios universales de la razón teórica, pero sobre todo los de la razón práctica, y aun tiene que hacerlos aterrizar en el caso de que se trata, para buscarles la adaptación. Aun cuando muchas veces se ha llamado '*techne*' o 'arte' (como conjunto de reglas generales) a la hermenéutica, al modo como se ha llamado así a la retórica, ha quedado siempre más del lado de la *phrónesis*, o saber práctico moral, que implica libertad y riesgo de errar. Más bien es un sacar de la propia experiencia interpretativa algunas constantes que sirvan de guía metodológica, sin llegar a constituir propiamente un método.⁷²

El juicio moral corresponde a un enunciado en donde, tanto de manera implícita como explícita, el deber práctico o una expresión de valor está presente gramaticalmente de manera absoluta.⁷³ Y es que como Tugendhat apunta, el deber es tanto teórico como práctico. En efecto, el deber teórico apunta a que algo necesariamente es así y, por tanto, debe ser de una cierta forma. Por ejemplo, es necesario que todos los cuerpos caigan al piso. Pero el deber práctico es diferente. No se trata de un deber necesario que se cumpla en el plano real. Es necesario, en el sentido de que debería-ser; es necesario desde el punto de vista de la acción. Pero ello no implica que *de facto* se dé en el plano real. Una sub-especie de deber práctico es el deber moral, cuya diferencia con respecto a otros deberes prácticos es más que patente. En este sentido hay que tomar en cuenta su propuesta de una

⁷² BEUCHOT, Mauricio, *Phrónesis, hermenéutica y analogía*, UNAM, México, 2007, p. 94.

⁷³ Cf. TUGENDHAT, Ernst, *Lecciones de ética* (traducción de Luis Román), Gedisa, Barcelona, 1997, p. 37.

“habilidad central para la socialización”. En efecto, el filósofo checoslovaco escribe: “En los juicios en los que decimos que los hombres y sus acciones son buenos o malos no los juzgamos con respecto a habilidades especiales, sino respecto a esa habilidad central”.⁷⁴ Es precisamente esta “habilidad central” la que es medular para la vida humana, la cual no puede renunciar a su perfeccionamiento moral. De ahí, pues, su centralidad.

Siendo así, no cabe dudar en la centralidad del bien moral, objeto presente irremediabilmente en la vida humana, lo cual nos remite, de nuevo, a su insoslayable importancia y a la búsqueda de la “vida buena”. Lo cierto es que en las cuestiones que tienen que ver con lo que puede ser de una manera o de otra, pues en ello radica la libertad, la conclusión de lo que debe hacerse depende del razonamiento práctico, el cual, a diferencia del razonamiento teórico, es variable, aunque no por ello de manera ilimitada. La razonabilidad sigue estando presente, pues de lo contrario dejaría de ser “razón” práctica. La filosofía contemporánea se ha percatado nuevamente de este fenómeno, por lo cual ha recurrido a Aristóteles y su escuela para aclararlo en la medida de lo posible. Lo cierto es que se trata de un terreno claroscuro; aunque la luz escasee en él, al menos algo de luz resulta provechosa.

5. CONCLUSIONES: APUNTES FINALES

La historia de la filosofía sería francamente ininteligible sin la presencia de Aristóteles y su escuela. Su pensamiento influye a las generaciones que le sucedieron, y lo sigue haciendo actualmente, como resulta patente a partir de lo expuesto. Por ello no ha sido rara una *rehabilitierung der praktischen Philosophie* a partir del estagirita. El potencial de su filosofía práctica, pero también de su filosofía teórica, es más que patente; no gratuitamente la totalidad de los

⁷⁴ *Ibid.*, p. 56.

expositores principales en las VIII Jornadas de Diálogo Filosófico, celebradas en la Universidad Pontificia de Salamanca, España, los días 12 al 14 de septiembre de 2011 hicieron referencia explícita a él.

Como hemos visto en este trabajo, la rehabilitación de la filosofía de Aristóteles se ha dado principalmente por la filosofía práctica. Al menos tres vertientes logran descubrirse, a saber, la reahabilitación filosófica de la prudencia, en donde la hermenéutica de Gadamer ha jugado un papel protagónico; la recuperación de la noción de virtud moral, estrechamente ligada a la comunidad y a la tradición (MacIntyre); y, finalmente, la recuperación del razonamiento práctico aristotélico, donde son muchos quienes apuestan por su revalorización. La filosofía de Aristóteles parece indicar algunos senderos transitables para la filosofía contemporánea, a veces enfrascada en problemas sin fin, y sin avances siempre constatables. Tal vez la mirada a las teorías antiguas y medievales pueda representar echar una cierta luz sobre la situación actual, pues ésta, sin duda, ha dependido en muchos aspectos del pasado.

BIBLIOGRAFÍA

- ACKRILL, John L., “Aristotle on Action”, en *Mind*, 87/348, 1978, pp. 595-601.
- ANSCOMBE, Elizabeth, *Intention*, Harvard University Press, Cambridge/London, 1963 (2a. ed.), 94 pp.
- AQUINATIS, Thomae, *In decem libros Ethicorum Aristotelis ad Nicomachum expositio*, Marietti, Taurini, 1934, 747 pp.
- ARIAS, Marcelino, *La universalidad de la hermenéutica. ¿Pretensión o rasgo fundamental?*, Fontamara, México, 2010, 151 pp.
- ARISTÓTELES, *Política* (traducción de Manuela García), Gredos, Madrid, 2000. Para la versión griega: Aristotelis, *Opera* (edición de Immanuel Bekker), t. II, Königliche Akademie der Wissenschaften, Berlin, 1831.

- ARISTÓTELES, *Ética nicomáquea* (traducción de Julio Pallí), Gredos, Madrid, 2000.
- BEUCHOT, Mauricio, *Phrónesis, hermenéutica y analogía*, UNAM, México, 2007, 116 pp.
- , *Temas de ética aplicada*, Torres Asociados, México, 2007, 144 pp.
- , *Hermenéutica analógica, símbolo y ontología*, Universidad Autónoma del Estado de México, 2010, 166 pp.
- CAMPS, Victoria, *Virtudes públicas*, Espasa-Calpe, Madrid, 1996 (3a. ed.), 204pp.
- CONILL, Jesús, *Horizontes de economía ética*, Tecnos, Madrid, 2006 (2a. ed.), 282pp.
- CORTÉS, Carmen, “El hombre más que gregario: amigo de otro hombre”, en *Espíritu*, LX/141, 2011, pp. 91-106.
- DOMINGO MORATALLA, Agustín, *Ciudadanía activa y religión*, Encuentro, Madrid, 2011 (2a. ed.), XXX pp.
- GADAMER, *El giro hermenéutico* (traducción de Arturo Parada), Cátedra, 1998, Madrid, 238 pp.
- GONZÁLEZ, Oscar, “Reflexión historiográfica y tradiciones filosóficas: un conflicto sin resolver”, en *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, No. 16, 1999, pp. 35-56.
- MACINTYRE, Alasdair, *Tras la virtud* (traducción de Amelia Valcárcel), Crítica, Barcelona, 2004 (2a. ed.), 350 pp.
- MAS, Salvador, “El tema de la virtud: A. MacIntyre, lector de Aristóteles”, en *Revista de filosofía*, IX/16, 1996, pp. 159-181.
- REALE, Giovanni, “*Paideia y humanitas*: en el pasado, las raíces del futuro”, en *Estudios. Filosofía, historia, letras*, No. 67, ITAM, 2003, pp. 7-24.
- JIMÉNEZ REDONDO, Manuel, “Gadamer sobre el concepto aristotélico de *phrónesis*”, en: *Éndoxa. Series filosófica*, 20, 2005, pp. 295-323.
- RORTY, Richard, *¿Esperanza o conocimiento? Una introducción al pragmatismo*, Fondo de Cultura Económica, 1997, 104 pp.

- ROSMINI, Antonio, *Principios de la ciencia moral* (traducción de J. Buganza), Universidad Veracruzana/Plaza y Valdés, México, 2010.
- RUS, Salvador, “La propuesta de una ciencia de la felicidad. La relación entre política y ética en Aristóteles”, en *Persona y derecho*, 40, 1999, pp. 231-256.
- STONE, M. W. F., “The Angelic Doctor and the Stagirite: Thomas Aquinas and Contemporary Aristotelian Ethics”, en *Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol. 101, 2001, pp. 97-128.
- TORRALBA, José M., y LLANO, Alejandro, “Representación y conocimiento práctico”, en *Thémata. Revista de filosofía*, 43, 2010, pp. 435-461.
- TUGENDHAT, Ernst, *Lecciones de ética* (traducción de Luis Román), Gedisa, Barcelona, 1997, 374 pp.
- VOLPI, Franco, “Hermenéutica y filosofía práctica”, en *Éndoxa. Series filosóficas*, 20, 2005, pp. 265-294.
- , “Rehabilitación de la filosofía práctica y neo-aristotelismo”, en *Anuario filosófico*, 32, 1999, pp. 315-342.

ESTUDIO COMPARADO SOBRE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS PROGRAMAS DE ORDENADOR, ¿DERECHOS DE AUTOR O PATENTE? DIVERSOS ENFOQUES, DIFERENCIAS Y NIVEL DE PROTECCIÓN*

Roberto Garza Barbosa**

SUMARIO. I. Nota introductoria; II. Características Generales del Mercado de los Programas de Ordenador; III. Derecho de Autor y Programas de Ordenador. Protección más allá de Elementos Literales; IV. Patentabilidad de los Programas de Ordenador, A) Inicios. Análisis comparado copyright v. patente, B) Nacimiento, evolución y término del concepto trasplantado Gottschalk v. Benson, C) Europa, D) México; V. Tratados Internacionales y Tendencias de Protección; VI. Conclusiones.

I. NOTA INTRODUCTORIA

El presente ensayo cubre la protección jurídica de los programas de ordenador desde una perspectiva de Derecho internacional y

* Artículo publicado originalmente en el volumen 30 de Actas de Derecho Industrial y Derechos de Autor (2009-2010), anuario publicado por Instituto de Derecho Industrial de la Universidad de Santiago de Compostela (España), pp. 245- 271.

** Profesor titular de la Cátedra de Investigación Estado de Derecho de la EGAP, del Tecnológico de Monterrey, Campus Monterrey. Es licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Nuevo León (1997); tiene una maestría en Derecho Comercial Internacional por el Tecnológico de Monterrey, Campus Monterrey (1999); obtuvo una maestría en Derecho Internacional y Comparado por la Universidad de Tulane (Nueva Orleans, EE.UU., 2001). Además, es Doctor en Derecho Internacional y Comparado por la Universidad de Tulane (Nueva Orleans, EE.UU., 2006). Pertenece al Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT, Nivel 1.

comparado, protección que, aunque generalmente se establece en tratados y legislaciones nacionales por medio del derecho de autor, también puede ser obtenida por medio de la patente.

La existencia de tratados en materia de propiedad intelectual nos llevaría a concluir que la protección jurídica a los programas de ordenador es básicamente igual en México, en los Estados Unidos o en la Unión Europea. Sin embargo, éste no es el caso. Si bien es cierto que la copia textual de un programa de ordenador constituirá una infracción en la mayoría de los sistemas legales, existen diferencias que deben ser consideradas.

La mayoría de los acuerdos internacionales sobre propiedad intelectual establecen el principio de trato nacional, determinan definiciones mínimas de las figuras jurídicas en cuestión e implementan algunos principios básicos a las figuras jurídicas que regulan principios propios del tratado. Es decir, definen la rueda y establecen que la misma girará igual para todos los nacionales de los países contratantes; sin embargo, esto no significa que los países no puedan otorgar mayor protección que la requerida por un tratado determinado. La rueda no tiene que ser necesariamente de un material o de un tamaño establecido, ni girar a determinada velocidad. Es decir, son más los temas que no se incluyen que los temas que se incluyen, aunque claro, lo que se incluye se podría concebir como lo más importante, algo sin lo cual lo demás no funcionaría.

Siempre que se cumpla con los requisitos mínimos establecidos por el tratado, los países miembros pueden legislar sobrepasando los mismos. Incluso, diversos desarrollos jurisprudenciales o precedentes judiciales pueden contener diversos enfoques e interpretaciones del mismo concepto. El tema del presente artículo es el análisis de la protección que los sistemas jurídicos europeo, mexicano y norteamericano otorgan a los programas de ordenador. La protección puede variar, por ejemplo, en el nivel de originalidad requerido para obtener protección por medio del derecho de autor; o bien, en la posibilidad de que un programa de ordenador

esté protegido incluso por medio de la patente. Es decir, aunque los tratados internacionales señalen al derecho de autor como medio idóneo para proteger los programas de ordenador, existe la marcada tendencia de otorgar protección, además, por medio de la patente.

El tema del nivel de protección otorgado a los programas de ordenador por los derechos de autor no es un tema nuevo. En el presente artículo analizaré los diversos enfoques norteamericanos, que en algunos casos llegan a proteger, tanto elementos literales del programa de ordenador, como su estructura, secuencia y organización. Esta situación, como se expondrá más adelante, deriva de algunos precedentes judiciales y no de alguna ley surgida de algún proceso legislativo. Lo mismo se presentó en la Unión Europea, aunque las causas y la solución fueron diferentes. Estos desarrollos jurídicos pueden afectar al desarrollador de programas de ordenador en ciertos casos, ya sea que pretenda entrar al mercado estadounidense, o si su capital social fuera adquirido por una empresa extranjera. En el primer caso, podría, aun sin saberlo, estar infringiendo derechos de terceros y ser sujeto al pago de daños y perjuicios; en el segundo caso, la valuación de sus activos estaría erróneamente determinada.

Por otro lado, analizaré la protección jurídica a los programas de ordenador por medio de la patente, comparando los desarrollos jurídicos del tema en varias jurisdicciones, dígase en los Estados Unidos, en la Unión Europea, y en México. Las implicaciones sobre la posibilidad de patentar programas de ordenador son sumamente importantes, ya que la patente no solamente protege la expresión de la idea, sino que, además protege la propia idea tal como se describe en las reivindicaciones de la propia patente. Además, se analiza por qué las legislaciones de diversos países comenzaron a negar protección por medio de patente a los programas de ordenador. Más interesante aún, se presenta cómo se ha ido abandonando dicha negativa, que en algunos casos, incluso, continúa estando expresamente señalada en la ley.

A fin de abordar el tema, el segundo apartado de este artículo expondrá ciertas características de mercado, presentes en los

programas de ordenador, que no se encuentran en el resto de las obras protegidas por medio del derecho de autor. El tercer capítulo abordará lo relacionado con el nivel de protección que los derechos de autor otorgan a los programas de ordenador, en los diversos sistemas jurídicos. La protección puede ir desde cubrir solamente la copia textual hasta, en algunos casos, proteger más allá de los elementos literales de manera que se considera infracción algo que sea substancialmente similar al original. El cuarto capítulo estudia específicamente la patentabilidad de los programas de ordenador, desde los inicios del principio de no patentabilidad a los mismos hasta su evolución y su trasplante en diversos sistemas jurídicos. Por último, se analiza lo que dicen los tratados internacionales sobre la protección a los programas de ordenador, tanto por medio de los derechos de autor, como de patente. El análisis de todos los temas se hace desde una perspectiva de Derecho comparado, por ello se analizan los sistemas jurídicos de la Unión Europea, de los Estados Unidos de América, y de México, ya que constituye un ejemplo representativo de lo que ocurre en América Latina en cuanto al tema.

II. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL MERCADO DE LOS PROGRAMAS DE ORDENADOR

El desarrollo de los programas de ordenador ha seguido un dinamismo vertiginoso desde los años cincuenta. En un inicio, los desarrolladores de los mismos comprendían solamente empresas dedicadas al desarrollo de *hardware*.¹ Entre sus clientes, se encontraban grandes empresas, la administración pública o grandes universidades. Dichos distribuidores de *hardware* incluían programas de ordenador para hacer funcionar sus máquinas sin cargo adicional para sus grandes

¹ MERGES, Robert P. et al., *Intellectual Property in the Technological Age*, 4a. ed., Estados Unidos de América, Aspen Publishers, 2007, p. 973.

clientes.² Por lo tanto, no existía el desarrollo independiente del *software*. Aun a finales de los años setenta, cuando apenas aparecen en la escena desarrolladores independientes de *software*, su mercado eran grandes clientes comerciales. En los años ochenta, se comenzaron a producir las llamadas microcomputadoras, cuyo costo al consumidor fue menor; por lo tanto, dichas máquinas comenzaron a ser accesibles a las masas. Ello trajo como consecuencia un mayor desarrollo en la industria de los ordenadores, así como la aparición de grandes programadores de *software*.

El mercado de los programas de ordenador es diferente al de otro tipo de obras protegidas por derechos de autor. La estandarización, los costos de cambio y los efectos de red en los programas de ordenador, son fenómenos de mercado únicos, fenómenos que ocurren en sentido contrario al resto de las obras protegidas por los derechos de autor.³ La estandarización y los costos de cambio se relacionan con el costo que representa para el usuario el cambio de un programa a otro. Por otra parte, los efectos de red tienen que ver con la ventaja de utilizar el programa de ordenador que la mayoría de la gente usa. Por ejemplo, al momento de editar una revista o de someter un artículo a dictamen, conviene tanto al autor, como al editor y a la imprenta tener el mismo procesador de palabras. Ello facilita enormemente la operación.⁴

Por otra parte, el alcance de la protección jurídica a un programa de ordenador es determinante para los desarrolladores del mismo. Si la protección a un programa desarrollado previamente se extiende solamente a los elementos literales, entonces el desarrollador de un programa nuevo puede tomar las ideas, algoritmos y diagramas de programación para realizar un programa de ordenador que básicamente tenga las mismas funciones o las mismas ventajas. Todo

² *Idem*.

³ *Ibidem*, p. 975.

⁴ MAGGS, Peter B. et al., *Internet and Computer Law*, 2da. Ed., Estados Unidos de América, West Group, 2005, p. 25.

ello sin infringir. Por el contrario, entre mayor sea la protección, que vaya más allá de aquella que se otorga en contra de la copia literal, entonces la resultante será que el programador podrá tomar menos de las ideas de los programas desarrollados previamente. Por lo tanto, habrá menor oferta de ese tipo de programa. Visto desde la perspectiva de otras obras protegidas por derechos de autor, no habría corrientes literarias, de pensamiento, artísticas o incluso arquitectónicas.

III. Derecho de Autor y Programas de Ordenador. Protección más allá de Elementos Literales

En cuanto al derecho de autor, el estudio comparado sobre los enfoques desarrollados en diversos sistemas legales versará sobre el nivel de originalidad requerido para obtener protección. O bien, visto de otra manera, el nivel de protección otorgada. Conforme al sistema legal mexicano, el derecho patrimonial de reproducción de un programa de ordenador no va más allá de la protección en contra de la copia textual del mismo, ya sea en su código fuente, en su código objeto o en sus interfaces. Es decir, un programador puede copiar la estructura, secuencia y organización del programa de ordenador, sus algoritmos e ideas, y plasmar todo aquello conforme a su propio código, su propio lenguaje de programación y sus propias gráficas visuales.⁵ Es lo normal; se supone que en eso consisten los derechos

⁵ En sentido contrario, se podría argumentar que un individuo que programa basándose en las ideas de un programa previo, está realizando una obra derivada, protegida por el artículo 78 y la fracción II del artículo 106 de la Ley Federal del Derecho de Autor, México. Sin embargo, la línea que divide una obra derivada de una idea resulta contundente, ya que el artículo 14 establece que no serán protegibles, entre otras cosas: “las ideas en sí mismas, fórmulas, soluciones, conceptos, sistemas, procesos e invenciones de cualquier tipo...aprovechamiento industrial o comercial de las ideas contenidas en las obras...esquemas, planes o reglas para realizar...juegos o negocios.” Esta aparente contradicción queda

de autor, en otorgar protección a la manera en la que se plasman las ideas y no a las ideas en sí mismas. De otra manera, se estaría dando un monopolio sobre una idea que impediría a nuevos programadores utilizar las ideas de programas de ordenador anteriores, otorgando así, una protección más parecida a una patente en lugar de la protección que se obtiene de los derechos de autor.

Resulta tan obvio y evidente este razonamiento en cuanto a los derechos de autor sobre programas de ordenador, que se podría provocar un entendimiento equivocado sobre el nivel de protección en la legislación de algún otro país. Lo anterior podría conducir a desarrolladores de *software* nacionales a algún tipo de responsabilidad derivada de alguna infracción a los derechos de un programa de ordenador en el extranjero. Inclusive, se podrían valorar erróneamente los activos de ciertas sociedades mercantiles dedicadas al desarrollo de los programas de ordenador, al considerar que sus derechos sobre ciertos programas no solamente no existen en otros países, sino que, además, dichos programas podrían constituir una infracción.

Comenzaremos con la legislación norteamericana, en la que el párrafo b de la sección 102 del *Copyright Act* establece de manera expresa que la protección otorgada por el copyright no abarca las ideas; sin embargo, en diversos casos y precedentes, la protección se extiende más allá de la simple expresión de las ideas. Esto se debe, no a una cuestión sustantiva, sino procedimental. La manera de probar en un juicio que el demandado copió una obra es mediante pruebas directas, como por ejemplo una prueba testimonial que demuestre que se vio al demandado copiando, o tal vez una prueba confesional. Obviamente, probar una infracción así es imposible, de manera que, para demostrar la infracción, los jueces, a través de sus precedentes

claramente resuelta al determinar que una obra derivada no es aquella que proviene de las ideas de la obra primigenia, sino la que se deriva de la misma en los términos exactos del artículo 78 y la fracción II del artículo 106; en ambos conceptos siempre está presente el trabajo sobre la expresión original de la obra primigenia y no el trabajo propio u original que se haga tomando esas ideas.

han creado un test que se denomina *substantial similarity test*, es decir “test de similitud substancial.”⁶ De acuerdo al mismo, lo primero que se debe demostrar es que el demandado tuvo acceso a la obra original y que el objeto de la infracción es substancialmente similar al original. En *Roth Greetings Cards v. United Card Co.*, se demostró que el demandado había mandado comprar las tarjetas del actor de la demanda para ver qué estaba haciendo la competencia y, posteriormente, desarrolló unas tarjetas que eran substancialmente similares a las del actor de la demanda, por lo que se determinó que las mismas constituían una infracción.⁷ Por lo tanto, podemos concluir que, para que sea una reproducción que constituya infracción, la misma no tiene que ser textualmente igual al original sino substancialmente similar, pero se debe probar que el demandado tuvo acceso a la obra original.

En *Whelan Associates, Inc. v. Jaslow Dental Laboratory*, el Tercer Circuito de aquel país sostuvo que la protección del derecho de autor no solamente se extiende a los elementos literales del programa de ordenador, sino que también abarca su estructura, secuencia y organización.⁸ En contraste, en ese mismo país, el Segundo Circuito en *Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc.*, rechazó el razonamiento de *Jaslow* y estableció un análisis especial de similitud substancial para programas de ordenador llamado abstracción, filtración y comparación, que consiste en dividir el programa por partes funcionales para su posterior análisis.⁹ En la abstracción, se divide el programa de acuerdo a funciones específicas. En la filtración, se excluyen del análisis los elementos relacionados con decisiones comerciales o con la arquitectura de los circuitos de los ordenadores. De manera que, al hacer la comparación se comparan los elementos sobrantes, módulo por módulo y sin tomar en cuenta el

⁶ *Roth Greetings Cards v. United Card Co.*, 429 F.2d 1106, 1110 (9th Cir. 1970).

⁷ *Idem.*

⁸ *Cfr.* 797 F.2d 1222, 1248 (3d Cir. 1986).

⁹ *Cfr.* 126 F. 3d 365 (2d Cir. 1997).

parecido que pudieran tener debido a decisiones comerciales o cuestiones técnicas de los ordenadores. Como lo muestran ambos casos, el nivel de creatividad requerido puede variar, incluso dentro de un solo sistema legal. Mientras que *Jaslow* requiere un nivel de creatividad más alto al proteger prácticamente las ideas de un programa de ordenador, *Altai* ofrece un enfoque más razonable, que se acerca más a los enfoques tradicionales de derechos de autor, evitando así una protección parecida a la que otorga la patente.

La contradicción de razonamientos de estos dos circuitos continúa hasta el día de hoy; sin embargo, la decisión más aceptada en el resto de los circuitos es la de *Altai*, ya que por obvias razones, el enfoque de *Jaslow* ha sido muy criticado.

Veamos el caso europeo. La determinación del nivel de protección otorgado por los derechos de autor para programas de ordenador, también parece ser un asunto complicado en Alemania. Sin embargo, el análisis no se centra en el programa infractor en relación con el original, sino, más bien, en el análisis de la originalidad de una obra para ser protegida. Las dos cosas son lo mismo, pero vistas desde fases distintas, ya que si el programa no infringe, entonces es original sujeto de protección. En *Inkassoprogramm*,¹⁰ el estándar de protección estaba basado en la comparación de la versión del programa con todas las expresiones previas.¹¹ Para satisfacer el requisito de originalidad y lograr proteger un programa de ordenador, el tribunal requirió algo más que simplemente ligar una serie de algoritmos u otras teorías matemáticas.¹² Es decir, el test consistía en dos partes, en la primera se comparaba al programa con otros

¹⁰Cfr. Bundesgerichtshof [BGF] [Corte Federal de Justicia], mayo 9 de 1985, 52 Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen [BGHZ] 83 (F.R.G.) (traducción en 17 *Int'l Rev. Indus. Prop. Copyright L.* 681 (1986); comentado por ARENAS, Paul Bruno, "Implementation, Compliance and Enforcement: The European Community Directive for the Legal Protection of Computer Software," *Journal of Transnational Law*, Estados Unidos de América, 1992, Vol. 5, p. 803, 822.

¹¹ *Idem.*

¹² *Idem.*

programas desarrollados previamente; en la segunda se determinaba si el programa estaba por encima del promedio de elecciones que los programadores previos habían elegido.¹³ De manera que, no se estaba simplemente ante un requerimiento de una obra original de autoría, sino que el requerimiento se acercaba más a la novedad, cual si se tratase de una patente. Bajo estos requerimientos de originalidad, solamente una tercera parte de los programas de ordenador recibieron protección de derechos de autor.¹⁴

El nivel de protección o de originalidad concerniente a los programas de ordenador no ha sido abordado por tratado internacional alguno a nivel global. Ni el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC o TRIPs por sus siglas en Inglés), o el Acuerdo de la OMPI sobre Derechos de Autor, que son los que establecen protección por medio del derecho de autor a los programas de ordenador, especifican el nivel de protección o la originalidad requerida. Por lo tanto, los países firmantes pueden tener desarrollos jurídicos totalmente divergentes en cuanto al tema. Estos desarrollos jurídicos pueden estar expresamente establecidos por el legislador en la ley, o bien, pueden derivarse de las sentencias de sus tribunales. A nivel regional, el único ordenamiento que resuelve el tema es la Directiva Europea sobre la Protección Jurídica de Programas de Ordenador,¹⁵ a pesar de que la fecha de adopción de su primera versión fue anterior a los ya

¹³ Cfr. DE COCK BUNING, Madeleine, “The History of Copyright Protection of Computer Software”, en Karl de Leeuw y Jan Bergstra (comps.), *The History of Information Security*, Holanda, Elsevier, 2007, p. 128.

¹⁴ Cfr. ARENAS, Paul Bruno, *op.cit.*, nota 10, p. 820.

¹⁵ Directiva sobre la Protección Jurídica de Programas de Ordenador [Directiva sobre Programas de Ordenador], Directiva del Consejo 2009/24/CE, 2009 D.O. (L111), misma que deroga y sustituye a la Directiva del Consejo 91/250/EEC, 1991 D.O. (L122). Para una explicación completa sobre el tema de las directivas sobre derechos de autor en la Unión Europea, cfr. GARZA BARBOSA, Roberto, *Derechos de Autor y Derechos Conexos. Marco Jurídico Internacional, Aspectos Filosóficos, Sustantivos y de Litigio Internacional*, México, Editorial Porrúa, 2009, p. 95.

mencionados tratados internacionales. Es decir, no solamente se ofrece protección expresa, sino que se adelantó al tema del nivel de protección.

Al momento en que la primera versión de la directiva fue adoptada, pocos países de la Unión Europea establecían expresamente protección jurídica por medio del derecho de autor a los programas de ordenador. Estos países eran Alemania, España, el Reino Unido, Francia y Dinamarca.¹⁶ La misma fue adoptada por el Consejo de Ministros en mayo de 1991, y los estados miembros tuvieron que implementarla para enero de 1993.¹⁷ En su parte considerativa, la directiva enumera algunas de las razones para su adopción. En cuanto al criterio que debe ser aplicado para determinar la originalidad de un programa de ordenador, el considerando octavo establece que, en ningún caso, deberá aplicarse un criterio cualitativo o de valor estético del programa. Es decir, no se aplicará el criterio alemán o alguno parecido.

El TRIPs deja abierta la puerta a una gran diversidad de criterios que se pueden ilustrar al comparar el nivel de protección otorgado en el caso norteamericano *Jaslow*, que casi protege la propia idea, con la protección otorgada por el Derecho mexicano, que solamente se extiende a la copia literal, tanto del código fuente, como del código objeto, o los elementos audiovisuales del programa.¹⁸

Gracias a la directiva, esta diferencia en cuanto al nivel de protección, ya ha sido superada en la Unión Europea. En este sentido, a fin de evitar criterios diferentes de originalidad, especialmente criterios restrictivos como el criterio alemán cualitativo o de estética, el artículo 1(3) de la directiva objeto del comentario establece que: “el programa de ordenador quedará protegido si fuere original en el sentido de que sea una creación intelectual propia de su autor. No se aplicará ningún otro criterio para conceder la protección.” Como lo

¹⁶ Cfr. ARENAS, Paul Bruno, *op.cit.*, nota 10, p. 820.

¹⁷ Cfr. Directiva sobre Programas de Ordenador, art. 10(1).

¹⁸ Ley Federal del Derecho de Autor, México, arts. 14, 102 y 106.

mencioné, esta fórmula estaba dirigida a la jurisprudencia alemana derivada del caso *Inkassoprogramm*,¹⁹ cuyo razonamiento sobre la originalidad tuvo que ser relajado por la Suprema Corte de Justicia alemana en *Buchhaltungsprogramm*, en julio de 1993, apenas unos meses después de la fecha debida de implementación de la directiva.²⁰

Algunos académicos han sugerido que el lenguaje de la exclusión expresa de protección de “algoritmos,” “lógica” y “lenguajes de programación” en borradores previos, difiere con el lenguaje de exclusión de las “ideas” o “principios” en el borrador final.²¹ Se atribuye esta diferencia en el lenguaje a negociaciones que, al final de cuentas, resultaron en la determinación de otorgar un mayor nivel de protección a los programas de ordenador. Es decir, que se pretendía dar protección mayor que la simple protección a los elementos literales de programa. Incluso, en esta misma línea se argumenta que, si se interpretan de manera minimalista los términos excluyentes de “ideas” y “principios,” entonces la protección otorgada por la Unión Europea sería parecida a la otorgada en el sistema legal norteamericano bajo *Altai* o *Jaslow*.²² Sin embargo, dicha argumentación languidece y se destruye si consideramos el claro y lapidario lenguaje del considerando décimo primero de la directiva objeto de comentario: “... debe establecerse claramente que sólo se protege la expresión del programa de ordenador y que las ideas y principios... no pueden acogerse a la protección de los derechos de autor....”

Y es que los procesos de negociación no solamente abarcaron directamente al alcance del nivel de protección, sino que también

¹⁹ Cfr. GASTER Jens L., “The New EU Directive Concerning the Legal Protection of Databases”, *Fordham International Law Journal*, Estados Unidos de América, 1997, Vol. 20, p. 1129, 1136.

²⁰ Cfr. DE COCK BUNING, Madeleine, *op. cit.*, nota 13, pp. 129, 130.

²¹ Cfr. SAMUELSON, Pamela, “Comparing U.S. and EC Copyright Protection for Computer Programs”, *Journal of Law and Commerce*, Estados Unidos de América, 1994, Vol. 13, p. 295.

²² *Idem*.

fueron al ámbito de la definición y alcances de la ingeniería inversa.²³ En este sentido, las excepciones contenidas en el artículo 5 de la directiva, así como el artículo 6 relativo a la descompilación, la permiten bajo determinadas circunstancias. Es decir, quienes pretendían una mayor protección a los programas de ordenador por medio del derecho de autor, hubieran preferido que la directiva cubriera elementos no literales, así como en los Estados Unidos, hubieran preferido que no se permitiera la ingeniería inversa, ni siquiera en los términos de los artículos 5 o 6. El primero faculta a los usuarios a realizar las acciones necesarias para utilizar el programa e, incluso, corregir los errores del mismo; también expresa el derecho irrenunciable a una copia de salvaguarda y otorga la autorización para observar, estudiar y verificar el funcionamiento del programa y sus ideas o principios, durante su operación normal. En tanto que, el artículo 6 permite la ingeniería inversa a efectos de que el usuario logre la inter operatividad del programa de ordenador, con ciertas prohibiciones, como por ejemplo, comunicarla a terceros o realizarla con propósitos distintos.

Como conclusión, entonces, de la comparación entre México, los Estados Unidos y la Unión Europea, podríamos determinar que el único sistema jurídico que ofrece una protección de derechos de autor más allá de los elementos literales es el de Estados Unidos. En México, como ya se ha analizado, la ley es clara en este sentido y no veo posibilidades de que la misma vaya a ser interpretada en sentido contrario posteriormente por algún tribunal que pueda generar precedentes o jurisprudencia; por lo tanto, la protección solamente

²³ Cfr. GUILLOU, Celine M., "The Reverse Engineering of Computer Software in Europe and the United States: A Comparative Approach", *Columbia – VLA Journal of Law & the Arts*, Estados Unidos de América, Vol. 22, pp. 533, 539. Aunque la misma autora critica a la directiva por no abordar claramente la dicotomía entre idea y expresión, así como el alcance de protección, argumentando que la línea entre una cosa y la otra no es tan simple; dicha distinción y el enfoque tomados quedan claramente señalados por la propia directiva de la que se desprende que solamente se protege la copia literal de la expresión de la idea y no la idea en sí misma. Cfr., p. 542.

abarca elementos literales. En tanto que, en la Unión Europea, el asunto fue resuelto hace tiempo en el sentido de que la protección solamente abarcará los elementos literales del programa.²⁴ Además, a diferencia de la legislación norteamericana o la mexicana, los artículos 5 y 6 de la Directiva Europea sobre la Protección Jurídica de Programas de Ordenador, expresamente regulan y permiten la ingeniería inversa en determinadas circunstancias.²⁵

IV. PATENTABILIDAD DE LOS PROGRAMAS DE ORDENADOR

A) Inicios. Análisis Comparado Copyright v. Patente

La mayoría de las obras protegidas por los derechos de autor encuadran, por decirlo de alguna forma, de manera natural en el catálogo de objetos protegidos por los derechos de autor. Se trata de obras artísticas que generalmente no tienen características utilitarias, aunque sí comerciales, como por ejemplo una obra literaria, una obra pictórica, una obra escultórica o una obra cinematográfica. Por el contrario, los programas de ordenador, a diferencia del resto de las obras protegidas por derechos de autor, se encuentran protegidos por medio de derechos de autor debido a circunstancias históricas que determinaron que los mismos fueran así protegidos en lugar de ser protegidos por medio de una patente, u otra figura *sui generis* de propiedad intelectual destinada a protegerlos específicamente.²⁶ Si el

²⁴ Cfr. STERLING, J.A.L., *World Copyright Law*, 2a. ed., Reino Unido, Sweet & Maxwell, 2003, p. 800, sosteniendo que la protección otorgada por la directiva objeto de comentario excluye las ideas y principios fundamentales de los programas de ordenador.

²⁵ Cfr. SPOOR, Jaap H., "Copyright Protection and Reverse Engineering of Software: Implementation and Effects of the EC Directive," *University of Dayton Law Review*, Estados Unidos de América, 1994, Vol. 19, p. 1063.

²⁶ GRIEM, Jr., John M., "Against a Sui Generis System of Intellectual Property for Computer Software," *Hofstra Law Review*, Estados Unidos de América, 1993, Vol. 22, p. 145. El autor de este artículo argumenta que aunque pueda ser problemática

programa de ordenador se asemeja más a una invención que a una obra literaria, entonces habría que determinar la razón por la cual se le protege por medio de derechos de autor en lugar de una patente. Más que un cauce natural o una decisión reflexionada, esto se debe a los criterios preponderantes y las decisiones judiciales que se desarrollaron en un sistema legal, decisiones que luego influyeron lo suficiente y que fueron trasplantadas en otros sistemas legales primero y, posteriormente, en los tratados internacionales sobre la materia. Es decir, más que una decisión planeada, la protección del programa por medio del derecho de autor en lugar de una patente, se debió a problemas que sobre la marcha del litigio tuvieron los abogados de los primeros desarrolladores.

Esto nos lleva al sistema jurídico norteamericano. La razón histórica surge en ese país; allí comenzó el desarrollo de los programas de ordenador, con el subsecuente litigio relacionado con la patentabilidad de los mismos. Obviamente, los desarrolladores de programas de ordenador primero intentaron protegerlos por medio de la patente; pero, como de inicio se obtuvo un precedente judicial adverso en este sentido, entonces el camino a seguir fue buscar su protección por medio del derecho de autor, o *copyright*. Consecuentemente, a fin de estudiar los programas de ordenador y los derechos de autor como su medio de protección, el Congreso de los Estados Unidos de América creó en 1974 la Comisión sobre Nuevos Usos Tecnológicos de las Obras Protegidas por el Copyright,²⁷ esta comisión emitió su reporte final el 31 de julio de 1978.²⁸ La principal

la determinación de protección a los programas de ordenador y aunque de primera impresión pueda ser atractivo otorgarles un nuevo derecho *sui generis*, la base de esta idea ha sido la conceptualización errónea hecha por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América en *Gottshalk v. Benson* 409 U.S. 63, 71 (1972).

²⁷ La denominación oficial de esta Comisión, en inglés, es *Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works (CONTU)*.

²⁸ GORMAN, Robert A. y GINSBURG, Jane C., *Copyright: Cases and Materials*, 5a. ed., Estados Unidos de América, Lexis Law Publishing, 2000, p. 197.

conclusión del reporte fue que los programas de ordenador eran y debían seguir siendo protegibles por medio del derecho de autor. Lo anterior derivó, entre otras cosas, en la reforma a la sección 101 del *Copyright Act* norteamericano, incluyendo al programa de ordenador como objeto de protección. La propia sección 101 define al programa de ordenador. Esta influencia inicial, permeó después en los sistemas legales de otros países y en diversos tratados internacionales.

Sin embargo, paralelamente al cambio legislativo que reconoció la protección del programa de ordenador por medio del derecho de autor, siguieron evolucionando los precedentes judiciales acerca de la protección del programa de ordenador por medio de la patente. Ello, pese a que en un comienzo el sistema legal norteamericano negó la protección del programa de ordenador por medio de la patente; sin embargo, tiempo después, este enfoque se revirtió. Es decir, se protege principalmente por medio del derecho de autor, pero en determinados casos también se protege por medio de patente. En cuanto a su internacionalización, evidentemente el nuevo enfoque no ha tenido tanta suerte como el inicial, ya que en la mayoría de los países, y aún en los tratados internacionales más importantes sobre la materia, predomina la protección por medio del derecho de autor.

B) Nacimiento, Evolución y Término del Concepto Trasplantado Gottschalk v. Benson

En las siguientes líneas, se describe brevemente la evolución de la patentabilidad del *software* en el sistema jurídico norteamericano. En el siglo diecinueve, no existían las computadoras y todas las operaciones matemáticas eran realizadas por humanos, no por máquinas. La Oficina de Patentes y Marcas norteamericana había negado la protección de patente a tal actividad humana.²⁹ Es decir, no se otorgaba la patente a un simple proceso mental. De ello se deriva el tradicional principio que establece que las operaciones matemáticas,

²⁹ *Ibidem*, p. 201.

fórmulas o algoritmos y, por lo tanto, programas de ordenador, no son patentables.

Este principio ha sido trasplantado en otros sistemas legales, como por ejemplo la Ley Mexicana de la Propiedad Industrial, que, en su artículo 19, fracción III, establece que no se consideran invenciones las operaciones matemáticas, los esquemas mentales o métodos de negocios. En este sentido, la fracción IV del mismo ordenamiento legal establece que los programas de ordenador tampoco se consideran invenciones. De igual manera, la sección 1 de la Ley de Patentes del Reino Unido establece que, entre otras cosas, los programas de ordenador no serán considerados como invenciones.³⁰ Lo mismo establece el segundo párrafo del artículo L 611-10 del Código de Propiedad Industrial Francés.³¹ Ambos ejemplos de leyes nacionales, se derivan del Convenio de Munich sobre Concesión de Patentes Europeas, que en su artículo 52, establece que los programas de ordenador no son patentables. Sin embargo, como se analizará más adelante, actualmente se otorgan patentes a los programas de ordenador o a “las invenciones implementadas por ordenador.”

La decisión norteamericana que tanto influyó y cuyo resultado, en un principio, fue trasplantado a otros países, fue *Gottschalk v. Benson*.³² La historia del caso es la siguiente. Como se ha mencionado, el criterio que prevalecía en la Oficina de Patentes y Marcas norteamericana era rechazar las solicitudes de patente sobre programas de ordenador debido a que los mismos hacían algo más que una simple ecuación matemática. Sin embargo, el entonces llamado Tribunal de Apelaciones de Aduanas y Patentes,³³ competente para

³⁰ United Kingdom Patents, Act (Ch. 37), 29/07/1977, sección 1. Visible en: <http://www.wipo.int/clea/en/text_pdf.jsp?lang=EN&id=1623>, (visitado el 21 de agosto de 2008).

³¹ Código de Propiedad Industrial Francés, 1/07/1992, artículo L 611-10 (versión en inglés). Visible en: <http://www.wipo.int/clea/en/text_pdf.jsp?lang=EN&id=1560>, (visitado el 21 de agosto de 2008).

³² 409 U.S. 63 (1972).

³³ Su denominación en inglés es *Court of Customs and Patent Appeals (C.C.P.A.)*.

revisar las decisiones de la Oficina de Patentes y Marcas, comenzó a revocar estas decisiones y a ordenar la emisión de las patentes.³⁴ No conforme con esta situación, la Oficina de Patentes y Marcas solicitó la revisión de la Suprema Corte de Justicia norteamericana, quien en *Gottschalk v. Benson* revocó el criterio del Tribunal de Apelaciones.

Antes de la decisión de *Gottschalk v. Benson*, el Tribunal de Apelaciones de Aduanas y Patentes de los Estados Unidos, emitió alrededor de ocho sentencias en las cuales ordenaba se protegieran esta clase de procesos mentales, como lo son las ecuaciones matemáticas, si los mismos eran realizados por una máquina.³⁵ Es decir, la operación matemática que se realiza en la mente del hombre y que por eso no se consideraba patentable por la Oficina de Patentes y Marcas, sí lo sería, bajo el criterio del tribunal en cuestión, en caso de que la misma fuese realizada por una máquina.

Sin embargo, lo que la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos estableció en *Gottschalk v. Benson*, fue que el algoritmo no era patentable porque era una idea general sin aplicación práctica que solamente funcionaría en una computadora digital. De ser patentable, según la decisión, se otorgaría un derecho sobre la fórmula en sí misma.³⁶ La vaguedad de la propia sentencia hizo que la misma fuera interpretada de manera minimalista por la recién creada Corte de Apelaciones del Circuito Federal, que substituyó al Tribunal de Apelaciones de Aduanas y Patentes, básicamente conformada por los mismos jueces, con los mismos criterios, pero con otro nombre.³⁷

³⁴ MAGGS, Peter B, *op. cit.*, nota 4, p. 201.

³⁵ SAMUELSON, Pamela, "Benson Revisited: The Case Against Patent Protection for Algorithms And Other Computer Program-Related Inventions," *Emory Law Journal*, Estados Unidos de América, 1990, Vol. 39, pp. 1025, 1046. En este artículo se analizan las implicaciones de *Gottschalk v. Benson*, además de criticar la actual tendencia en los Estados Unidos de América de proteger a los programas de ordenador por medio de patentes.

³⁶ *Gottschalk v. Benson* 409 U.S. 63, 71 (1972).

³⁷ MAGGS, Peter B, *op.cit.*, nota 4, p. 202. Mientras que el Tribunal de Apelaciones de Aduanas y Patentes solamente era competente para conocer de la

Interpretación minimalista aceptada, incluso posteriormente, por la propia Suprema Corte de Justicia en *Diamond v. Diehr*, decisión en la que la Suprema Corte de Justicia de aquel país determinó autorizar la patente denominada *software hardware*, abriendo así la puerta para otorgar patentes a programas de ordenador.³⁸ La Suprema Corte en *Diehr*, identificó los procesos dentro de una invención, procesos que bien podrían ser químicos, industriales o de otra naturaleza. Sin importar que estos envolviesen algoritmos, o programas de ordenador, los mismos sí serían patentables, por el hecho de ser procesos que forman parte de una invención.³⁹ Esta decisión concluye de la siguiente manera: “debido a que no vemos las reivindicaciones ... como un intento de patentar una fórmula matemática, sino más bien como parte de un proceso industrial para moldear productos de caucho, afirmamos la sentencia del Tribunal de Apelaciones de Aduanas y Patentes.”⁴⁰ Es decir, sí será patentable el programa de ordenador con sus algoritmos, si el mismo es parte de un proceso físico y no abstracto que sí sea patentable.

La evolución de los precedentes continuó en el sentido liberal de permitir cada vez en más circunstancias el otorgamiento de la patente hacia el programa de ordenador. Para ilustrar lo anterior, en el

revisión de la Oficina de Patentes y Marcas, además de otros organismos de la administración pública; la recién creada Corte de Apelaciones del Circuito Federal, era competente para conocer de todas las apelaciones en materia de patentes de todos los circuitos. Esto para tener criterios uniformes en cuanto a las patentes. Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de aquel país, en *Holmes Group, Inc. v. Vornado Air Circulation Systems, Inc.*, 535 U.S. 826 (2002), determinó que la Corte de Apelaciones del Circuito Federal solamente es competente para conocer apelaciones derivadas de una acción sobre patentes, pero no es competente si la acción sobre la patente se deriva de una contrademanda o reconvencción. Lo anterior generará de nueva cuenta diversidad de criterios, ya que cada apelación irá a la Corte Federal de Apelaciones del circuito en el que el juzgado de distrito en cuestión tenga su asiento.

³⁸ 450 U.S. 175 (1981).

³⁹ SAMUELSON, Pamela, *op. cit.*, nota 35, p. 1096.

⁴⁰ *Diamond v. Diehr*, 450 U.S. 175, 192 (1981).

caso denominado *Re Alappat*, la Corte de Apelaciones del Circuito Federal determinó que las operaciones matemáticas solas, esas que no representan más que ideas abstractas, no serán patentables, pero que las mismas sí lo serán cuando sean reducidas a una aplicación práctica, es decir, a un aparato.⁴¹ Así, un programa de ordenador que ejecuta funciones particulares puede ser patentable. En el caso particular, la reivindicación del solicitante de la patente no era tan amplia como para prohibir que otros usaran la misma fórmula para otro propósito, sino más bien, tanto la fórmula matemática, como el programa de ordenador derivado de la misma, servían, concretamente, para el funcionamiento de una máquina de luces. Posteriormente, se determinó que esas funciones con aplicaciones prácticas no tendrían que consistir en transformaciones físicas.⁴²

Finalmente, en *State Street Bank v. Signature Financial Group* la Corte de Apelaciones del Circuito Federal estableció que un programa de ordenador que utilice un algoritmo matemático produciendo resultados útiles, concretos y tangibles sería patentable.⁴³ En esa misma decisión, la Corte de Apelaciones sostuvo que la excepción para la no patentabilidad de los métodos de negocios es una doctrina mal concebida que se deriva de preceptos legales que ya no son aplicables. Consecuentemente, en los Estados Unidos, la puerta queda abierta para patentar programas de ordenador siempre y cuando los mismos cumplan con los requisitos propios de patentabilidad y produzcan resultados útiles y concretos, además queda la puerta abierta para patentar métodos de negocios.

State Street Bank es considerada como la decisión que pone fin a la pregunta de si los programas de ordenador son patentables en los

⁴¹ 33 F. 3d 1526, 1545 (Fed. Cir. 1994).

⁴² *AT&T v. Excel*, 172 F. 3d 1352 (Fed. Cir. 1999).

⁴³ 149 F.3d 1368 (Fed. Cir. 1998).

Estados Unidos.⁴⁴ La respuesta queda claramente determinada en el caso, en donde se analiza y, por decirlo de alguna manera, se abroga la excepción no formal creada por *Gottshalk v. Benson*; considerada por varios autores como la fuente que originó gran confusión en el tema de patentabilidad de los programas de ordenador.⁴⁵ Aunque el caso no haya sido resuelto por la Suprema Corte de Justicia de aquel país, se puede entender que la misma está de acuerdo con su razonamiento ya que se negó a revisar la sentencia.⁴⁶ Aunque la decisión que niega la revisión no contiene las razones de la negativa, se podría argumentar que es debido a que la Suprema Corte de Estados Unidos está de acuerdo con el criterio de *State Street Bank*. De esta manera, aunque parezca irónico, el sistema legal que crea la regla tan globalizada y trasplantada de no patentabilidad a los programas de ordenador parece ser el primero en abandonarla.

C) Europa

Lo que se puede decir en este sentido en la Unión Europea, es que el problema fue una cuestión decidida de manera aislada por cada país hasta la adopción del Convenio de Múnich sobre Concesión de Patentes Europeas.⁴⁷ Se ha llegado, incluso, a determinar que el Reino Unido antes de la celebración del convenio era extremadamente liberal, con casos que asemejaban mucho el razonamiento del caso norteamericano de *State Street Bank*.⁴⁸ Sin embargo, en 1973, el Convenio de Múnich sobre Concesión de Patentes Europeas estableció la Oficina Europea de Patentes,⁴⁹ con facultades para emitir

⁴⁴ SOMA, John T., *et.al.*, “Software Patents: A U.S. and E.U. Comparison,” *University of Baltimore Intellectual Property Law Journal*, Estados Unidos de América, 2000, Vol. 8, p. 1, 3.

⁴⁵ *Idem.*

⁴⁶ *Cert denied* 525 U.S. 1093 (1999).

⁴⁷ SOMA, John T., *op. cit.*, nota 44, p. 4.

⁴⁸ *Idem.*

⁴⁹ *Ibidem*, p. 40.

una patente que será válida en todos los estados miembros. La última enmienda llevada a cabo el 20 de noviembre de 2000, entró en vigor en diciembre de 2007. Básicamente, mediante este esquema se puede obtener de la Oficina Europea de Patentes una patente que será válida en todos los países miembros del convenio. Se obtiene una patente europea, que en cada país miembro tendrá el mismo efecto y estará sometida al mismo régimen de las patentes nacionales, de manera que esta patente europea parecería constituirse en una serie de patentes nacionales. Sin embargo, una diferencia con el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes, es que en este tratado, las patentes son otorgadas por cada país miembro, mientras que en el caso europeo, la patente es otorgada por la Oficina Europea de Patentes.⁵⁰

El procedimiento para obtener una patente, establecido por el Convenio de Múnich sobre Concesión de Patentes Europeas, comienza con la aplicación ante la Oficina Europea de Patentes y termina con la etapa de oposición. En caso de que la patente sea otorgada, terceras personas tienen nueve meses para presentar objeciones sobre la misma, contados a partir de la publicación del otorgamiento de la patente. Si no se presenta oposición alguna, o si presentada objeción, la misma resulta improcedente, entonces la patente tendrá los efectos plenos que le da el Convenio.⁵¹

El artículo 52, párrafo 1 del Convenio de Munich sobre Concesión de Patentes Europeas establece que las patentes europeas “se concederán para cualquier invención en todos los ámbitos tecnológicos, a condición de que sea nueva, que suponga una actividad inventiva y que sea susceptible de aplicación industrial.”⁵²

⁵⁰ BENDER GRETCHEN, Ann, “Clash of the Titans: The Territoriality of Patent Law v. The European Union,” *IDEA: The Journal of Law and Technology*, Estados Unidos de América, 2000, Vol. 40, p. 49, 52.

⁵¹ ABBOT, Frederick M, et al, *International Intellectual Property in an Integrated World Economy*, Estados Unidos de América, Aspen Publishers, 2007, p. 227.

⁵² Definición tomada de la versión más oficial que se puede encontrar en español, es decir de la Oficina Española de Patentes y Marcas, disponible en: <http://www.oepm.es/cs/Satellite?c=Normativa_C&cid=1150907174302&pagenam

Sin embargo, el párrafo 2, subpárrafo c del mismo precepto legal establece que los esquemas, reglas y métodos para realizar actos mentales, o negocios, además de los programas de ordenador, no serán patentables.⁵³ De entrada, y al leer estos preceptos legales, se podría pensar que los programas de ordenador no son patentables. Sin embargo, en la Unión Europea, también existe la tendencia a patentarlos, aunque en menor medida que en los Estados Unidos.

En este tema interviene la interpretación, tanto de la oficina encargada de otorgar o rechazar la patente europea, como de los tribunales encargados de revisar la decisión. En un documento que describe el derecho, así como la práctica sobre patentabilidad del *software*, emitido por la Oficina Europea de Patentes, se establece que las invenciones implementadas por ordenador serán patentables solamente si las mismas son de carácter técnico o resuelven un problema técnico, son nuevas y constituyen una contribución inventiva técnica al estado del arte.⁵⁴ Una gran diferencia con el enfoque norteamericano es que los métodos de negocios que no constituyen una resolución técnica o no tienen un efecto técnico no son patentables.⁵⁵ Es decir, la patente europea se otorgara si el programa de ordenador o la invención implementada por un ordenador aporta una contribución técnica. En el documento objeto de comentario, la Oficina Europea de Patentes ejemplifica dos casos

e=OEPMsite%2FNormativa_C%2FtplContenidoHTML#afectada>. Lo anterior debido a que no hay versión oficial en español del convenio, que en su propio artículo 177 establece que los idiomas oficiales del mismo son el alemán, inglés y francés. Al referirme al Convenio de Múnich sobre Concesión de Patentes Europeas, me refiero a la última revisión vigente, del 29 de noviembre de 2000. *Cfr.* ILIARI, Alfredo y BLAKENEY, Michael, *International Encyclopedia of Intellectual Property Treaties*, Reino Unido, Oxford University Press, 2004, p. 770.

⁵³ *Idem.*

⁵⁴ European Patent Office, “Patents for Software? European Law and Practice”, disponible en: <<http://www.epo.org/topics/issues/computer-implemented-inventions/software.html>> (visitado el 13 de febrero de 2009).

⁵⁵ *Idem.*

prácticos, sin mencionar nombre o referencia alguna de los solicitantes, para ilustrar el significado del efecto técnico.

El primero de ellos trata de una solicitud de patente cuyas reivindicaciones versaban acerca de un sistema de subastas por Internet; en este caso, la patente fue negada debido a que no existía contribución alguna a la tecnología existente.⁵⁶ Si bien el método de negocios descrito en la aplicación podría significar un avance para los negocios de sus usuarios, no se trataba del tipo de solución técnica requerida por la Oficina Europea de Patentes. El segundo de los casos se trata de la solicitud de patente sobre una invención que, por medio de modificaciones al *software* en determinados teléfonos móviles, resolvía un problema técnico al incrementar la señal de los mismos. La Oficina Europea de Patentes determinó que esa invención sí era patentable debido a que solucionaba una cuestión técnica, además de ser novedosa e inventiva.⁵⁷

Sin embargo, la solución no parece ser tan simple como lo ilustra el documento que sobre la patentabilidad de los programas de ordenador ha emitido la Oficina Europea de Patentes. Dentro de su propia estructura y con independencia en cuanto a sus decisiones, existen las Cámaras de Recursos, además de la Alta Cámara de Recursos, establecida por el artículo 112 del Convenio de Munich sobre Concesión de Patentes Europeas. De acuerdo a este precepto legal, la Alta Cámara de Recursos actuará a fin de lograr la aplicación del derecho de manera uniforme, o bien cuando surjan cuestiones de importancia fundamental.⁵⁸ Le puede ser referida por una Cámara de Recursos una cuestión o pregunta particular surgida de una apelación en concreto; y, si éste es el caso, las partes que estén litigando en esa

⁵⁶ *Idem.*

⁵⁷ *Idem.*

⁵⁸ Convenio de Múnich sobre Concesión de Patentes Europeas, art.112(1), disponible en: <http://www.oepm.es/cs/Satellite?c=Normativa_C&cid=1150907174302&pagename=OEPMSite%2FNormativa_C%2FtplContenidoHTML#afectada>, (visitado el 15 de enero de 2010).

apelación podrán también presentar sus argumentos ante el Alta Cámara de Recursos, ya que la solución a la cuestión referida será obligatoria para la Cámara de Recursos que refirió la pregunta en el caso concreto.⁵⁹ O bien, le puede ser referida una cuestión abstracta en forma de pregunta por el Presidente de la Oficina Europea de Patentes cuando dos Cámaras de Recursos hayan rendido decisiones con criterios contradictorios.⁶⁰ Precisamente sobre esta última circunstancia tenemos que la Presidente Alison Brimelow refirió a la Alta Cámara de Recursos una serie de preguntas abstractas relativas a la patentabilidad de los programas de ordenador.⁶¹ Referencia que, ya ha sido resuelta. A continuación se expondrán brevemente los cuestionamientos planteados.

El primer cuestionamiento presentado es sobre si un programa de ordenador únicamente puede ser excluido de protección cuando la solicitud de patente explícitamente lo describe precisamente como un programa de ordenador. Si éste es el caso, entonces se trata simplemente de semántica en la redacción de la solicitud y sus reivindicaciones. En este cuestionamiento o pregunta, se señala que las solicitudes de patente sobre programas de ordenador, normalmente describen a la invención como un método, sistema, método implementado por computadora, programa de ordenador, o bien, como un producto de programa de ordenador. El primer criterio contradictorio que se menciona es la decisión T 1173/97 (*Computer program product/IBM*).⁶² En este caso, la Oficina Europea de Patentes siguió sus propios criterios internos y negó la patente, ya que

⁵⁹ *Ibidem*, arts.112(1)(a) y 112(3).

⁶⁰ *Ibidem*, 112(1)(b).

⁶¹ *Cfr.* BRIMELOW Alison, Presidente de la Oficina Europea de Patentes, “Escrito de Referencia a la Alta Cámara de Recursos bajo el artículo 112(1)(b),” disponible en:

<[http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/B89D95BB305AAA8DC12574EC002C7CF6/\\$File/G3-08_en.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/B89D95BB305AAA8DC12574EC002C7CF6/$File/G3-08_en.pdf)>, (visitado el 15 de Enero de 2010).

⁶² Disponible en: <<http://legal.european-patent-office.org/dg3/pdf/t971173ex1.pdf>>, (visitado el 6 de febrero de 2010).

independientemente de la descripción de contenido en la solicitud de patente, el artículo 52, párrafos 2 y 3, excluye a los programas de ordenador de patentabilidad. Sin embargo, la Cámara de Recursos que revisó el caso en cuestión no tomó en cuenta los criterios de la Oficina Europea de Patentes. Por el contrario, interpretó el artículo 52, párrafos 2 y 3, como dividiendo a los programas de ordenador en aquellos que el legislador quiso excluir de patentabilidad y aquellos que no son excluidos de patentabilidad. A fin de determinar si los programas de ordenador serán patentables o no lo serán, lo esencial es determinar si el mismo tiene un carácter técnico. Si bien en la decisión T1173/97 se pone énfasis en la función del programa de ordenador, posteriormente la decisión T 424/03 (*Clipboard formats/MICROSOFT*),⁶³ coloca el énfasis en la manera en la que el programa de ordenador es reivindicado. Por ejemplo, bajo este último criterio, una solicitud que denomine a la invención como “programa de ordenador para método x”⁶⁴ no sería patentable, en tanto que si la misma invención fuese denominada “método implementado por computadora x”,⁶⁵ sí lo sería.

La segunda cuestión es si una reivindicación sobre un programa de ordenador puede evadir la exclusión establecida por el artículo 52 solamente mencionando su uso mediante una computadora o un medio de respaldo legible por una computadora, ya que ambos tienen efectos técnicos. En la misma pregunta, la Presidente Brimelow cuestiona si el efecto técnico necesario para evitar la exclusión tiene que ir más allá de aquellos efectos inherentes al uso de una computadora o algún disco duro de la computadora. La divergencia se da entre la decisión T1173/97 ya analizada anteriormente y la decisión T258/03 (*Auction method/HITACHI*).⁶⁶ Según el escrito objeto de comentario, la primera

⁶³ Disponible en: <<http://legal.european-patent-office.org/dg3/pdf/t030424eu1.pdf>>, (visitado el 6 de febrero de 2010).

⁶⁴ Escrito de Referencia a la Alta Cámara de Recursos, *op.cit.*, nota 61, p. 6.

⁶⁵ *Idem*.

⁶⁶ Disponible en: <<http://legal.european-patent-office.org/dg3/pdf/t030258ex1.pdf>>, (visitado el 10 de Febrero de 2010).

de las decisiones establece que una reivindicación sobre un método es un conjunto de instrucciones que se pueden llevar a cabo por una entidad capaz, ya sea persona o computadora; consecuentemente, un método implementado por computadora se lleva a cabo mediante la computadora. Sin embargo, la decisión no distingue entre un programa de ordenador y un método implementado por computadora ya que ambas reivindicaciones lograrán que el método se lleve a cabo. Para la segunda decisión, T 258/03, si lo que se reivindica es un método llevado ejecutado a través de un ordenador, entonces el efecto técnico serán las cuestiones técnicas que normalmente ocurren dentro de una computadora. En cambio, si la reivindicación es sobre un programa de ordenador, entonces se necesitará que el efecto técnico vaya más allá de la propia computadora.

La tercer pregunta es si el efecto técnico debe tener repercusiones en una entidad física del mundo real a fin de aportar el carácter técnico a la reivindicación, o bien, se pregunta si esa entidad física puede estar constreñida a un ordenador. Para redundar, en la misma cuestión se pregunta si es necesario que los efectos de la reivindicación se den en una entidad física independiente del *hardware* que se pudo haber utilizado. En este sentido, la decisión T 163/85 (*Colour television signal/BBC*),⁶⁷ junto con la decisión T 190/94 (no referencia),⁶⁸ sostuvieron que el efecto técnico tendría que darse en una entidad del mundo real, en tanto que las decisiones T 125/01 (*Gerätsteuerung/HENZE*)⁶⁹ y T424/03, confinaron este efecto técnico a la propia computadora.

La cuarta cuestión es sobre si la actividad de programar una computadora necesariamente envuelve consideraciones técnicas. En

⁶⁷ Disponible en: <<http://legal.european-patent-office.org/dg3/biblio/t850163ex1.htm>>, (visitado el 10 de Febrero de 2010).

⁶⁸ Disponible en: <<http://legal.european-patent-office.org/dg3/pdf/t940190eu1.pdf>>, (visitado el 10 de Febrero de 2010).

⁶⁹ Disponible en: <<http://legal.european-patent-office.org/dg3/pdf/t010125du1.pdf>>, (visitado el 10 de Febrero de 2010).

esa misma sección, se razona que, si es así, entonces la programación contribuye al carácter técnico de la reivindicación. O, si es de otra forma, el carácter técnico de la reivindicación tendrá que consistir en el efecto técnico que posteriormente se tenga al ser el programa ejecutado. La divergencia entre las decisiones mencionadas en esta pregunta versa sobre si la simple programación es el carácter técnico del método. Básicamente, la misma pregunta anterior, pero vista desde otra perspectiva.

El tema a resolver por la Alta Cámara de Recursos parece no ser sencillo, si consideramos que, en 2002, la Comisión Europea propuso una directiva sobre la patentabilidad de las invenciones implementadas en ordenador.⁷⁰ De acuerdo al propio escrito de referencia objeto de comentario, esta iniciativa no fue muy extensiva, ya que estaba redactada en términos restringidos en cuanto a la protección, como la redacción de su artículo 4, que definía la “invención implementada por un ordenador,” y que, sin embargo, el Parlamento Europeo rechazó en julio de 2005, ya que pretendía acotarla aún más;⁷¹ es decir, hacer restringir aún más el nivel de protección propuesto por la Comisión Europea.⁷² De acuerdo con la propia exposición de motivos de la propuesta, la misma pretendía tomar un enfoque conservador “evitando a la vez cualquier modificación súbita de la situación jurídica y, en particular, una ampliación de la patentabilidad a los programas de ordenador propiamente dichos.”⁷³

⁷⁰ Comisión de las Comunidades Europeas, “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Patentabilidad de las Invenciones Implementadas por Ordenador”, Bruselas, 20 de febrero de 2002, disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0092:FIN:ES:PDF>> (visitado el 15 de febrero de 2010).

⁷¹ Escrito de Referencia a la Alta Cámara de Recursos, *op.cit.*, nota 61, p. 17.

⁷² *Idem.*

⁷³ *Cfr.* Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Patentabilidad de las Invenciones Implementadas por Ordenador, *op. cit.*, nota 70, p. 12.

Cabe mencionar que otro de los problemas identificados por la propuesta que también es la diversidad de criterios desarrollados en cada uno de los países europeos, cuyos tribunales no están obligados a seguir los criterios la Oficina Europea de Patentes o de sus cámaras de recursos en el procedimiento de otorgamiento de la patente o en los procedimientos de oposición.⁷⁴ Es decir, estas resoluciones que contienen los criterios de interpretación de la Convención Europea sobre Patentes no son vinculantes como precedentes y, por lo tanto, no obligan a los tribunales de cada sistema judicial que en la práctica conservan y aplican sus propios criterios en procedimientos posteriores de infracción o nulidad de la patente. De hecho, la propia referencia remitida a la Alta Cámara de Recursos tampoco sería vinculante para los tribunales de cada país. Así las cosas, aunque existe armonización gracias al Convenio de Múnich sobre Concesión de Patentes Europeas, a cuyos términos los países miembros se obligan, el problema de divergencia se deriva de la interpretación que del mismo hacen los distintos tribunales. Convenio que si bien tiene influencia en el área europea, no forma parte propiamente del derecho comunitario.

La propuesta también ejemplifica la diversidad de los criterios jurisprudenciales desarrollados en Alemania y en el Reino Unido, además establece que la divergencia de criterios puede ocasionar freno en la inversión y libre circulación de mercancías en el mercado europeo, ya que un producto patentado en una jurisdicción podría no estarlo en otro.⁷⁵ El ejemplo referido por la propuesta consiste que de acuerdo a la jurisprudencia del Reino Unido, un programa de ordenador limitado a actividades “económicas o intelectuales”, no es patentable, independientemente de que se hable de una contribución

⁷⁴ PIERA, Fernando, “IPR Protection of Computer Programs and Computer Software in the Global Market”, *Currents International Trade Law Journal*, Estados Unidos de América, 2003, Vol. 12, p. 15, 23.

⁷⁵ *Cfr.* Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Patentabilidad de las Invenciones Implementadas por Ordenador, *op. cit.*, nota 70, p. 10.

técnica; en cambio el criterio alemán sí permitiría la patentabilidad de métodos comerciales, cuya novedad no sea de carácter técnico.⁷⁶

La resolución de la Alta Cámara de Recursos de la referencia hecha el 22 de octubre de 2008 por la Presidente de la Oficina Europea de Patentes fue emitida el 12 de mayo de 2010.⁷⁷ En dicha opinión, la Alta Cámara de Recursos declara inadmisibles todas las cuestiones referidas, es decir, no contiene desarrollos jurídicos nuevos y las cosas se quedan en el estado en que se encuentran. La opinión está dividida básicamente en dos partes, la primera contiene una serie de razonamientos y conclusiones acerca de la admisibilidad de las referencias hechas bajo el artículo 112(1)(b) del Convenio de Múnich sobre Concesión de Patentes Europeas. En la segunda parte, se resuelve cada una de las cuestiones referidas. En la primera parte general, es de llamar la atención la interpretación limitativa que la Alta Cámara de Recursos otorga a sus propias facultades de interpretación y revisión otorgados por el artículo 112(1)(b),⁷⁸ sosteniendo que, la interpretación del Convenio es responsabilidad primaria de las Cámaras de Recursos, reconociéndoles además supremacía interpretativa debido a que, sus decisiones están sujetas a revisión bajo muy pocas condiciones definidas por el propio artículo 112. Definitivamente, no nos encontramos frente a un tribunal que pudiéramos calificar de activista, por el contrario la opinión establece que una referencia no es admisible simplemente por el hecho que el Parlamento Europeo o el Consejo no adoptaron una directiva sobre patentabilidad de invenciones implementadas por ordenador como la

⁷⁶ Cfr. *ibídem.*, p. 12.

⁷⁷ Alta Cámara de Recursos, “Opinión de la Alta Cámara de Recursos en relación al Punto Legal referido por el Presidente de la Oficina Europea de Patentes conforme al artículo 112(1)(b) del Convenio de Múnich sobre Concesión de Patentes Europeas”, disponible en: <[http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/DC6171F182D8B65AC125772100426656/\\$File/G3_08_opinion_en.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/DC6171F182D8B65AC125772100426656/$File/G3_08_opinion_en.pdf)>, (visitado el 4 de Junio de 2010).

⁷⁸ *Ibídem.*, p. 15, párrafo 7.2.5.

descrita en anteriores líneas.⁷⁹ Más aún, la opinión llama a la acción del proceso legislativo, indicando que cuando los tribunales a través de sus desarrollos legales se sujetan a sus propios límites, es el tiempo para actuar de los legisladores.⁸⁰ Además, la opinión establece que el propósito de la referencia hecha por el Presidente de la Oficina Europea de Patentes, no es formar un desarrollo legal o intervenir en su formación, sino más bien limitarse a velar por la uniformidad de criterios.

En la segunda parte, se puede encontrar el análisis de cada una de las preguntas. A todas se les declara inadmisibles. En la primer cuestión encuentran que más que una contradicción se trata de una evolución en los criterios, de un legítimo desarrollo legal.⁸¹ En el resto de las cuestiones la Alta Cámara de Recursos no encuentra contradicción alguna entre los criterios de las Cámaras de Recursos. Consecuentemente, desechó la referencia hecha por el Presidente de la Oficina Europea de Patentes.

Parece ser que la evolución legal de los principios se quedará tal como está, lo siguiente sería un desarrollo legislativo a nivel Unión Europea, pero al parecer esto permanecerá detenido debido a la fuerte oposición que existe en cuanto a la patentabilidad de los programas de ordenador, o por llamarlo de otra manera sutil, la patentabilidad de invenciones implementadas mediante ordenador.

D) México

El caso mexicano respecto a la patentabilidad de los programas de ordenador va en su fase inicial. Si bien la fracción IV del artículo 19, de la Ley de la Propiedad Industrial, establece que “no se considerarán invenciones para los efectos de esta Ley:...IV.- Los programas de computación...” No obstante lo anterior, en el sistema electrónico

⁷⁹ *Ibidem*, p. 16, párrafo 7.2.7.

⁸⁰ *Idem*.

⁸¹ *Ibidem*, p. 40, párrafo 10.12.

visor de documentos del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI), organismo público descentralizado con diversas facultades, entre ellas otorgar patentes y marcas, se pueden encontrar un buen número de patentes sobre programas de ordenador.⁸²

⁸² Algunos ejemplos son: *Método y Sistema para Procesar Pagos por Internet Utilizando la Red Electrónica de Transferencia de Fondos*, patente número MX 226517, titular: *The Chase Manhattan Bank*, solicitada el 24/10/2001, con fecha de prioridad de 03/02/2000, concedida por el IMPI el 02/03/2005; *Método, Dispositivo y Producto de Programa de Ordenador para Demultiplexar Imágenes de Video*, patente número MX 247557, titular: *Intergraph Software Technologies Company*, solicitada el 08/03/2004, con fecha de prioridad de 07/09/2001, concedida por el IMPI el 27/07/2007; *Radio Programa de ordenador de Múltiples Formas de Onda*, patente número MX 235721, titular: *Motorola, Inc*, solicitada el 08/11/2000, con fecha de prioridad 29/05/1998, concedida por el IMPI el 10/04/2006; *Sistema de Validación de Tiempo*, patente número MX 235721, titular: *Irdeto Access B.V.*, solicitada el 25/07/2002, con fecha de prioridad 26/07/2001, concedida por el IMPI el 15/06/2006; *Actualización de Software sobre una Conexión de Bus Serial Universal*, patente número MX 258664, titular: *Thomson Licensing S.A.*, solicitada el 11/11/2003, con fecha de prioridad de 13/11/2002, concedida por el IMPI el 07/11/2008; *Agente Antivirus para Uso con Bases de Datos y Servidores de Correo*, patente número: MX 218397, titular: *Cheyenne Software International Sales Corp.*, solicitada el 04/03/1999, con fecha de prioridad de 05/09/1996, concedida por el IMPI el 07/01/2004; *Acceso a Diferentes Tipos de Mensajes Electrónicos a Través de una Interface para la Transmisión de Mensajes Común*, patente número MX 261336, titular: *Microsoft Corporation*, solicitada el 29/06/2005, con fecha de prioridad de: 23/10/2003, concedida por el IMPI el 14/10/2008; *Comando a Base de Servicio de Mensaje Corto (SMS) de Grupo con Receptor de Mensaje Móvil y Servidor*, patente número MX 258081, titular: *Microsoft Corporation*, solicitada el 04/02/2005, con fecha de prioridad de: 04/02/2004, concedida por el IMPI el 26/06/2008; *Acceso a Diferentes Tipos de Mensajes Electrónicos a Través de una Interfase para la Transmisión de Mensajes Común*, patente número MX 261336, titular: *Microsoft Corporation*, solicitada el 29/06/2005, con fecha de prioridad de 23/10/2003, concedida por el IMPI el 14/10/2008; *Ampliación de Redes Telefónicas Móviles*, patente número MX 259481, titular: *Microsoft Corporation*, solicitada el 27/01/2004, con fecha de prioridad de 10/02/2003, concedida por el IMPI el 11/08/2008; *Mecanismo de Transferencia de Transmisión de Contenido de Punto-A-Punto*, patente número MX 248503, titular: *Microsoft Corporation*, solicitada el 28/11/2003, con fecha de prioridad 02/12/2002, concedida por el IMPI el

Algunos de los títulos de patente citados como ejemplo, evitan colocar la palabra programa de ordenador en el título de la invención, otros sin embargo, son más directos aún con la exclusión de la fracción IV del artículo 19. Todas estas patentes corren el riesgo de que un tercero solicite al IMPI la nulidad de las mismas, o que el propio IMPI de oficio comience dicho procedimiento de nulidad. La fracción I del artículo 78 de la Ley de la Propiedad Industrial establece que: “la patente o registro serán nulos en los siguientes casos: I. Cuando se hayan otorgado en contravención a las disposiciones sobre requisitos y condiciones para el otorgamiento de patentes...para efectos de lo dispuesto en esta fracción, se consideran requisitos y condiciones...los establecidos en los artículos 16, 19, 27, 31 y 47....” Más adelante, el propio precepto legal establece que esta acción de nulidad no prescribe, es decir puede ejercitarse en cualquier tiempo. Interpretando literalmente el precepto legal, el silogismo jurídico trae como consecuencia la nulidad de los registros en cuestión. Sin embargo, al momento de la publicación de este ensayo, no se localizó precedente alguno que tratase sobre la nulidad de la patente de un *software*. Tal vez sea porque sus titulares, conscientes de la precariedad de sus títulos, no se han aventurado a demandar a un posible infractor. Y esto es porque una estrategia efectiva en contra de demandas por infringir patentes es, precisamente, pedir la nulidad de la patente objeto de la controversia.

Los argumentos descritos anteriormente, sobre todo aquellos expuestos en el escrito de referencia a la Alta Cámara de Recursos de la Oficina Europea de Patentes, o los esgrimidos en las propias resoluciones de las Cámaras de Recursos, pueden ser muy útiles, ya

29/08/2007. Todas las fechas de prioridad que se mencionan aquí, provienen de solicitudes presentadas en la Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos de América. Los ejemplos se eligieron al azar y son ilustrativos de la patentabilidad del *software* en México. *Cfr.* Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, *Visor de Documentos de Propiedad Industrial*, disponible en: <http://vidoc.impi.gob.mx/impi_vidoc/>, (visitado el 15 de marzo de 2010).

sea para un posicionamiento u otro en cuanto a la patentabilidad de los programas de ordenador en México. Porque ante una posible acción de nulidad, los titulares de estas patentes podrían argumentar, por ejemplo, que se trata de una invención implementada por ordenador y no simplemente de un programa de ordenador, invención que utiliza en una de sus partes, un programa de ordenador y que el efecto técnico o tangible se da en la propia computadora o es más externo. Argumentos –todos- que se han descrito a lo largo de la presente investigación. O bien, los desarrollos jurídicos pueden estar inspirados en la resolución norteamericana *State Street Bank*, donde no es necesario el efecto técnico o tangible.

Con el transcurso del tiempo, se pondrán a prueba estos títulos, entonces veremos los criterios de la Sala Especializada del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa,⁸³ y sobre todo, de los Tribunales Colegiados del Primer Circuito del Poder Judicial Federal; la primera resolviendo la nulidad administrativa de la resolución;⁸⁴ los segundos, el Amparo Directo o la revisión administrativa.⁸⁵ Pero ello cuando comiencen los litigios sobre la validez de estas patentes.

Suponiendo que en los precedentes determinan que las patentes sobre los programas de ordenador son válidas, la segunda fase será determinar el alcance de estas patentes. Es para analizar profundamente si es conveniente que los desarrolladores de estos

⁸³ Creada por el Acuerdo G/17/2008 del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de marzo de 2008.

⁸⁴ *Cfr.* art. 14, frac. XI de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, México, y art. 2 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, México.

⁸⁵ *Cfr.* art. 158 de la Ley de Amparo, México. Además del juicio de amparo que pueden interponer los particulares, las resoluciones del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa pueden ser impugnadas por las autoridades a través de un recurso de revisión, establecido por el art. 63 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo. Dicho recurso se lleva a cabo por los mismos tribunales colegiados y con el mismo procedimiento que un Amparo Directo interpuesto por un particular, la diferencia es que éste lo puede interponer una autoridad administrativa que ha actuado con imperio.

programas de ordenador tengan el monopolio sobre la idea en la que está basado su programa de ordenador. ¿Qué ocurrirá con los nuevos desarrolladores? Sobre todo, si consideramos que la creencia más generalizada en México es que los programas de ordenador están protegidos por medio de los derechos de autor y que un programador que esté desarrollando un programa de ordenador solamente debe cuidar de no copiar literalmente el código fuente, el código objeto, así como las interfaces. Con estos títulos otorgados, ahora tiene que cuidar de no copiar literalmente algún programa previo, sino que además, tiene que cuidarse de no copiar las ideas.

Sin embargo, el tema está tan poco desarrollado y el público en general junto con los pequeños y medianos desarrolladores de programas de cómputo tan poco informados, que probablemente en este momento, podría darse un proceso legislativo más directo y agresivo que la mesurada y rechazada propuesta europea sobre la patentabilidad de las invenciones implementadas por ordenador, que incluso se llame patentabilidad de los programas de ordenador. Dadas estas condiciones, no me sorprendería que se trasplantara, no algún criterio europeo, sino el propio razonamiento norteamericano expuesto en *State Street Bank*, que protege métodos de negocios sin mayor requerimiento de contribución técnica. En América Latina la tendencia que prevalece sigue siendo la de no otorgar patentes a los programas de ordenador, más aún la tendencia de algunos países latinoamericanos es más conservadora que los criterios aplicables en México.⁸⁶

⁸⁶ Así, por ejemplo, en Argentina, la Ley de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad, establece que los programas de ordenador no se consideran invenciones, *cfr.* Ley de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad N° 24.481, Argentina, disponible en: <http://www.wipo.int/clea/es/text_html.jsp?lang=ES&id=72>, (visitado el 24 de junio de 2010), art 6. Por mencionar un ejemplo, en la base de datos electrónica del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial, se puede observar que su interpretación del precepto legal es mucho más conservadora que en el caso mexicano, *cfr.* Instituto Nacional de Propiedad Industrial, República Argentina, disponible en: <www.inpi.gov.ar>, (visitado el 24 de junio de 2010). De hecho, el ejemplo mencionado en líneas anteriores de la patente mexicana otorgada por el IMPI a *The Chase Manhattan*

V. TRATADOS INTERNACIONALES Y TENDENCIAS DE PROTECCIÓN

En cuanto a la protección de los programas de ordenador a nivel internacional, en los tratados sobre la materia impera la protección de los mismos por medio de los derechos de autor. No existe ningún instrumento internacional que los haya protegido por medio de una patente de invención. Los tratados más representativos, bilaterales y multilaterales, que otorgan protección por medio de derechos de autor son los siguientes: el ADPIC (TRIPs por sus siglas en inglés),⁸⁷ el capítulo XVII del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN),⁸⁸ y el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor.⁸⁹ A nivel regional, si bien no un tratado internacional, sino una fuente de derecho en los países de la Unión Europea, tenemos la Directiva sobre la Protección Jurídica de Programas de Ordenador.

El Convenio de Berna es el más importante y emblemático de los tratados internacionales sobre derechos de autor.⁹⁰ Sin embargo,

Bank, cuyo título es *Método y Sistema para Procesar Pagos por Internet Utilizando la Red Electrónica de Transferencia de Fondos*, cuando se intenta en Argentina resulta infructuoso. Las Directrices sobre Patentamiento emitidas por el INPI en Diciembre de 2003 establecen que las invenciones relacionadas con programas de ordenador serán patentables solamente si son de carácter técnico y resuelven un problema técnico, *cfr.* Instituto Nacional de la Propiedad Industrial “Directrices de Patentamiento,” 10 de diciembre de 2003, disponible en: <<http://www.inpi.gov.ar/pdf/DirectricesPat243.pdf>>, (visitado el 24 de junio de 2010), pp. 235 a 237. Además, tales directrices señalan claramente que el procesamiento de la información por parte del ordenador no confiere el carácter técnico de la invención. Podríamos decir que en Argentina se toman los criterios de la Oficina Europea de Patentes, con la salvedad de que la cuestión del carácter técnico siempre tiene que ir más allá del ordenador.

⁸⁷ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 4 de agosto de 1994.

⁸⁸ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 1993.

⁸⁹ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 1 de marzo de 2000.

⁹⁰ GARZA BARBOSA, Roberto, “Revisiting International Copyright Law”, *Barry Law Review*, Estados Unidos de América, 2007, Vol. 8, p. 43. Este artículo puede ser útil para mayor información sobre tratados internacionales de derechos de autor y derechos conexos, ya que los aborda desde su evolución hasta sus aspectos

no incluye protección expresa para los programas de ordenador. Esto se debe a que, en 1971, época de negociación de su última versión, el Acta de París, no surgió el tema sobre la mesa, quizá por el incipiente desarrollo de programas de ordenador de la época. Sin embargo, el más reciente ADPIC los protege en su código fuente y en su código objeto, como obras literarias en los términos del Convenio de Berna.⁹¹ Prevalece la opinión en el sentido de que proteger los programas de ordenador en los términos del Convenio de Berna presenta al menos dos ventajas. La primera, que se establece un principio más certero en cuanto al trato nacional, y la segunda que al proteger por medio del derecho de autor y no por medio de la patente, se deja que entren nuevos actores al mercado al evitar un monopolio completo sobre la idea que encierra al programa de ordenador.⁹² Por otro lado, existe la opinión contraria que establece que proteger dichos programas por medio del derecho de autor relega el valor comercial del saber cómo resolver determinada situación (*know how*) al lanzar al limbo las ideas contenidas en los programas de ordenador distribuidos al público.⁹³

El debate entre proteger solamente la expresión textual o proteger más allá de la misma, siempre ha existido. Incluso aún en los Estados Unidos, sistema legal en el que la protección del programa de ordenador puede darse por medio de la patente, se encuentran varias desventajas en la protección por medio de la misma.⁹⁴ Como por ejemplo: que muchos programas de ordenador no pasarían los requisitos de novedad y no obviedad establecidos por el derecho de

substantivos. La actual Acta de París del Convenio de Berna, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de enero de 1975.

⁹¹ *Cfr.* ADPIC, art 10(1).

⁹² LEHMANN, Michael, "TRIPs, The Berne Convention and Legal Hybrids", *Columbia Law Review*, Estados Unidos de América, 1994, Vol. 94, p. 2626.

⁹³ REICHMAN, J.H., "Legal Hybrids between the Patent and Copyright Paradigms", *Columbia Law Review*, Estados Unidos de América, 1994, Vol. 94, p. 2432, 2487.

⁹⁴ AMIN, Himanshu S., "The Lack of Protection Afforded Software under Current Intellectual Property Laws," *Cleveland State Law Review*, Estados Unidos de América, 1995, volumen 43, pp. 19, 22.

aquel país para ser patentables; además, el costo de obtener una patente puede ser caro, excediendo en casi todos los casos los diez mil dólares americanos; por otra parte, la revelación detallada de todos los códigos del programa; e incluso, el tiempo que tarda la Oficina de Patentes y Marcas en emitir el título.⁹⁵ Es decir, una protección más allá de la literalidad del programa, una protección que incluya las ideas inherentes al programa no se obtendrá igual de fácil que la protección otorgada por el derecho de autor que, en todos los países miembros del Convenio de Berna, nace desde el momento en que se plasma en el soporte material, es decir no se requiere formalidad alguna para obtener la protección.

Al igual que el artículo 4 del Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor de 1996, el artículo 10(1) del ADPIC protege a los programas de ordenador como obras literarias en los términos del artículo 2 del Convenio de Berna. El significado de protegerlos como obras literarias significa que los mismos serán asimilados al término de protección de las mismas que es de cincuenta años, en lugar del término de protección de obras de arte aplicado que es de veinticinco años.⁹⁶ Hasta aquí no hay ningún problema o contradicción.

Asimismo, el artículo 9(2) del mismo ordenamiento establece que el nivel de protección se extiende solamente a la expresión y no a

⁹⁵ *Idem.*

⁹⁶ *Cfr.* ADPIC, arts. 10(1), 12, y Convenio de Berna arts. 7(1), 7(4). *Cfr.* también CAVIEDES, Alexander A., "International Copyright Law: Should the European Union Dictate its Development", *Boston University International Law Journal*, Estados Unidos de América, 1998, Vol. 16, p.165,191; citando a OPPERMAN, Thomas, "Die Europäische Gemeinschaft und Union", en *Der Welthandelsorganization (WTO)*, 1995 RIW 919, 922., p. 201. Pero también ver BERCOVITZ, Alberto, *Copyright and Related Rights*, en CORREA, Carlos M. y YUSUF Abdulqawi A. (comps.), *Intellectual Property and International Trade: The TRIPs Agreement*, Estados Unidos de América, Kluwer Law International, 1998, p. 149; citando a OMPI/WIPO, *Implicaciones del Acuerdo*, p. 105, nota 34, sosteniendo que el término de protección bajo el acuerdo TRIPs para programas de ordenador es de veinticinco años, término otorgado a obras de arte aplicado. Sin embargo, el acuerdo TRIPs expresamente establece lo contrario.

las ideas, procesos, métodos de operación o conceptos matemáticos. Si bien la opinión que prevalece sobre el alcance de tal precepto legal es que el nivel de protección del programa de ordenador se extiende en contra de la copia textual, pero que esta protección no resultará en la monopolización de las funciones propias del programa,⁹⁷ como lo hemos visto anteriormente, no siempre es interpretado así, y se ha pretendido interpretar este concepto de una manera minimalista.

Sin embargo, la principal cuestión en cuanto al programa de ordenador es si el mismo puede ser protegido por medio del derecho de autor, y además por medio de la patente. Idea no tan descabellada si consideramos que el párrafo primero del artículo 27 del propio tratado establece que las patentes estarán disponibles para cualquier invención, ya sea de productos o procesos, “en todos los campos de la tecnología.” Los programas de ordenador son un campo de la tecnología. Además, los párrafos 2 y 3 del mismo precepto legal, al autorizar a los países miembros a excluir ciertas invenciones de recibir protección por medio de patente, no enumeran expresamente a los programas de ordenador. Éste es el mismo problema presentado con la interpretación del párrafo 1 del artículo 52 del Convenio de Munich sobre Concesión de Patentes Europeas, que establece en los mismos términos todos los campos de la tecnología, la diferencia es que el propio artículo 52 del mismo convenio sí excluye expresamente a los programas de ordenador de protección por medio de patente, cosa que no ocurre con el TRIPs.

Precisamente, en el escrito de referencia presentado por el Presidente de la Oficina Europea de Patentes a la Alta Cámara de Recursos, en la cuarta pregunta hace la misma distinción, estableciendo que, en el TRIPs, el artículo 27 no excluye al *software* expresamente y que el artículo 52 del convenio objeto de comentario sí lo hace. Luego concluye, preguntando si dicho artículo 52 es violatorio o no del TRIPs, al excluir programas de ordenador de patentabilidad, mientras que el

⁹⁷ RICKETSON, Sam y GINSBURG, Jane C., *International Copyright and Neighbouring Rights, The Berne Convention and Beyond*, Estados Unidos de América, Oxford University Press, Nueva York, 2006, Vol. 1, p. 517.

TRIPS no lo hace.⁹⁸ La respuesta consistirá en determinar si la protección otorgada por el TRIPs expresamente a los programas de ordenador por medio de los derechos de autor, excluye *per se* de patentabilidad de los mismos; también dependerá del alcance que se determine a “todos los campos de la tecnología.”⁹⁹ Interesantes preguntas para ser expuestas bajo el Entendimiento de Solución de Controversias de la Organización Mundial del Comercio (OMC). O tal vez, en un litigio nacional, si los tribunales se ven ante la pregunta de si algún precepto nacional excluyendo de patentabilidad el *software* es contrario al TRIPs y, consecuentemente, inconstitucional o inaplicable.

VI. Conclusiones

El análisis de lo que ocurrió y lo que está ocurriendo en cuanto a la patentabilidad del *software*, lo podemos resumir en dos ideas. La primera de ellas es el cambio de estrategia de quienes solicitaban patentes para programas de ordenador, cambiando el vocabulario de sus reivindicaciones para conseguir la patente.¹⁰⁰ La segunda, lo que viene para el futuro, en algunos sistemas legales antes que en otros. Cuestión que ocurrió después de la primera generación de casos que otorgaban protección a los programas de ordenador por medio del derecho de autor, cuando el tema central ya no era si el programa de ordenador es elegible para obtener protección, sino que consiste en el nivel de protección y las limitaciones de esta protección.¹⁰¹

⁹⁸ Escrito de Referencia a la Alta Cámara de Recursos *op.cit.*, nota 61, p. 16.

⁹⁹ PIERA, Fernando, *op.cit.*, nota 74, p. 21.

¹⁰⁰ COOPER, Rochelle y ROSENTHAL Roberta, *Intellectual Property Cases and Material on Trademark, Copyright and Patent Law*, 2da. ed., Estados Unidos de América, Foundation Press, 2004, p. 609.

¹⁰¹ GOLDSTEIN, Paul y REESE, R. Anthony, *Copyright, Patent, Trademark and Related State Doctrines*, 6a. ed., Estados Unidos de América, Foundation Press, 2008, p. 1027.

EL CONTROL DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS
A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
COSTITUZIONALE ITALIANA.
TÉCNICAS DECISORIAS Y TIPOLOGÍA DE SENTENCIAS

Luis Gerardo Samaniego Santamaría *

SUMARIO: Introducción; 1. El control constitucional de normas ausentes en Italia; 1.2 Breves precisiones sobre el término “omisión del legislador” y el papel de la Corte Costituzionale italiana; 1.3 Las sentencias “manipulativas” como intervención de la Corte Costituzionale frente a las omisiones del legislador, a) Las “sentenze ablative”, b) Las “sentenze sostitutive”, c) Las “sentenze additive o aggiuntive”; 1.4 Los límites de la Corte para emitir pronunciamientos aditivos; 2. La omisión histórica del legislador republicano y el rol de la Corte Costituzionale; 3. El valor reformador de la sentencia constitucional; 4. La inconstitucionalidad por omisión en la elaboración doctrinal; 5. El objeto de la sentencia aditiva, ¿laguna o norma negativa?; 6. Consideraciones de síntesis; Bibliografía.

* Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca, España. Profesor-Investigador de carrera de la Universidad de Quintana Roo. Agradezco infinitamente el apoyo y facilidades que me brindaron para la elaboración del presente artículo, al Dr. Lucio Pegoraro en la Universidad de Bolonia, Italia, así como a mi entrañable amigo el Dr. Pedro Rubén Torres Estrada.

INTRODUCCIÓN

Para la doctrina constitucional contemporánea la problemática de las omisiones legislativas es fundamentalmente una variante de la problemática más general de las relaciones entre el legislador ordinario y los Tribunales Constitucionales, de la que se ha ocupado atendiendo particularmente a la demarcación de los límites de la jurisdicción constitucional, centrándose principalmente en el estudio de la operatividad de las técnicas jurisdiccionales disponibles para la mejor garantía de la efectividad de la Constitución, sin menoscabo de la libertad atribuida al legislador democrático. Tratar de comprender un tema tan complejo no solo ya desde su planteamiento en el ámbito doctrinal, el cual rompe en diversas ocasiones con el clásico esquema kelseniano del control de normas, sino, incluso, en el marco positivo en el que aventuradamente se ha regulado el control constitucional de las omisiones del legislador, es, sin duda alguna, un tema inacabado a la fecha.

La multiplicidad de soluciones a las omisiones legislativas es muy variada no solo en aquellos países que han incorporado en sus textos constitucionales mecanismos de control constitucional *ad hoc*, sino incluso en aquellos como el nuestro, donde no existe un mecanismo específico de control de las omisiones del legislador, aunque recientemente, al reformarse el juicio de amparo y operar frente a omisiones, ese abre la posibilidad de atacar dichas omisiones del legislador, ello sin perjuicio de que a nivel local, al interior de diversas Constituciones estatales ya existe dicho medio de control constitucional, aunque las soluciones son muy variadas e incompatibles en muchos casos. Por otra parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los últimos años, principalmente en la primera década de este siglo, ha comenzado a abordar el control de aquellos vacíos normativos provocados por la inactividad del legislador, a pesar de carecer expresamente de una disposición en la norma suprema para reaccionar ante dichos actos omisivos, haciendo uso de su labor interpretativa y del

control constitucional de normas al resolver diversas controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, construyendo su propia línea de acción, la cual, a veces, es contradictoria consigo misma, lo que la hace, en muchas ocasiones, confusa.

De esta forma, la Corte mexicana ha venido resolviendo diversos casos en los que se advierten omisiones inconstitucionales del legislador a través de técnicas interpretativas de la constitución, tal y como sucede en aquellos países en los que aun sin contar con una mención expresa en sus constituciones han resuelto y corregido las omisiones del legislador cuando éstas vulneran la norma suprema. Uno de esos países cuya tradición es ya de por sí muy conocida en la doctrina es Italia. En efecto, después de Alemania donde se inició a plantear el control de las omisiones del legislador, la Corte *Costituzionale* italiana haciendo uso de diversas técnicas interpretativas y la creación de una variada tipología de sentencias mediante las cuales ha resuelto el problema de las omisiones legislativas.

El paradigmático caso italiano aun y con las críticas a su muy particular forma de resolver las omisiones del legislador cuando éstas vulneran la Constitución, sin duda, nos ofrecen un panorama rico en cuanto a la tipología de sus sentencias en estos casos y, sobre todo, nos permite conocer sus técnicas decisorias y los casos que, tanto en sede jurisprudencial como doctrinal, han abordado el problema de las omisiones del legislador.

En Italia, antes de que en 1948 entrase en vigor la Constitución Republicana, era ampliamente compartida la idea de la inmunidad absoluta del acto legislativo. Por tanto, durante los trabajos de la Asamblea Constituyente, la posibilidad de introducir un órgano competente para controlar la actividad del legislador encontró muchísimas oposiciones y, en consecuencia, la institución de la Corte *Costituzionale*, fue acompañada por notables cautelas, para obtener – por un lado- que el Parlamento no fuese limitado en sus funciones (como había ocurrido en el periodo histórico anterior) y –por otra parte- que la tutela de los derechos fundamentales ocurriese en el

respeto de los principios del constitucionalismo y en particular de la separación de poderes.

La Corte *Costituzionale* nació, entonces, principalmente, como juez de las leyes, con la facultad de controlar la correspondencia entre la ley (que es por regla general, la actividad propia del Parlamento) y la Constitución. Si del control emerge un contraste entre ellas, la Corte anula la fuente subordinada; si al contrario, esto no ocurre, entonces no se puede más que respetar las determinaciones del legislador.

El problema de los límites del control de constitucionalidad sobre las decisiones legislativas se encuentra previsto en el artículo 28 de la ley 11 de marzo de 1953, n. 87, que regula la integración y funcionamiento de la Corte *Costituzionale*, según la cual *“Il controllo di legittimità della Corte.... Su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni controllo sull'uso del potere discrezionale del Parlamento”*. Por el contrario, el ejercicio de tal poder encuentra siempre sus límites derivados de la propia Constitución y dentro de ellos aquel de la razonabilidad; y naturalmente la frontera entre control de razonabilidad y respeto de la libertad del legislador no es fácilmente determinable *a priori* y exige a su vez una gran prudencia.

En este sentido la Corte -sí puede eliminar del ordenamiento solo las disposiciones legislativas contrarias a la Constitución- es por definición, privada de un atributo fundamental del poder de hacer leyes, esto es, de tomar decisiones funcionales de objetivos políticamente apreciable; y por ello su actividad ha estado definida como legislación negativa.

Se comprende entonces por qué en el sistema de justicia constitucional italiano no existe un remedio específico para reaccionar a las omisiones del legislador. Pero el concreto desarrollo de la jurisprudencia constitucional, ha podido admitir posteriormente, con ciertos límites, algunas formas de control sobre tales omisiones.

Ahora bien, si bien es cierto que el diseño de la organización del Estado en Italia, así como el funcionamiento de su Corte *Costituzionale*, son diversos a nuestro país, lo cierto es que tanto en Italia como en México sus Constituciones no establecen expresamente ninguna facultad a ambos Tribunales Constitucionales para reaccionar ante las omisiones lesivas de la Constitución por parte del legislador, sin embargo, ello no ha sido obstáculo para que a través de su función interpretativa ambos Tribunales constitucionales hayan reaccionado ante esta problemática, dando soluciones –en el caso italiano- de muy diversa índole.

Por ello considero que el estudio de la experiencia italiana será de gran utilidad para la construcción de una técnica decisoria propia en nuestro país que por un lado evite la anarquía legislativa en este tema derivada de la autonomía interna de los estados miembros de la federación y por otro, de la construcción de una línea decisoria y jurisprudencial por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Recientemente el pasado 6 de junio de 2011 se publicaron en el Diario Oficial de la Federación las reformas a la Constitución general de la república mexicana, las cuales entraron en vigor ya el pasado 6 de octubre del presente año, en las cuales se reforman entre otros artículos, el 103, por lo que ahora se permite a cualquier persona que se encuentre en nuestro país acudir a través del juicio de amparo a defender sus derechos humanos previstos en la Constitución y en los Tratados Internacionales firmados y ratificados por el Estado Mexicano en aquellos casos en que por un acto de autoridad, normas generales u “omisiones” sean vulnerados. Por lo que ante esta hipótesis ya prevista en el artículo 103 de la Constitución se abre en México la posibilidad de acudir al juicio de amparo en aquellos casos en que la autoridad con sus omisiones vulneren los derechos humanos, de tal forma que si el legislador omite legislar total o parcialmente algo que por la constitución está obligado a realizar o lo hace deficientemente, excluyendo a ciertos grupos a los cuales debió integrar en la normativa,

y con ello vulnera derechos humanos tanto constitucionales como previstos en Tratados Internacionales, es posible acudir al juicio de amparo para resolver dicha omisión legislativa.

Por ello resulta importante conocer cómo se ha resuelto y abordado el tema de las omisiones inconstitucionales del legislador en uno de los países con mayor tradición y experiencia como es el caso italiano y las técnicas decisorias aplicadas por la Corte *Costituzionale Italiana*.

1. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE NORMAS AUSENTES EN ITALIA

Como es bien conocido, en el caso italiano no existe una disposición normativa expresa que faculte a la *Corte Costituzionale* para actuar frente a las omisiones del legislador ordinario. Esta carencia, sin duda, fue originada desde el momento mismo de la creación de la propia *Corte Costituzionale* por parte del Poder Constituyente.¹ Hasta la

¹ BONINI, F., *Storia della Corte Costituzionale*, NIS, Roma, 1996, pp. 13-22 y ss. Previo al debate constituyente, se creó una Comisión encargada del estudio de la reorganización del Estado después de la Segunda Guerra Mundial, la llamada “Commissione Forti”, de la cual se desprendían subcomisiones, entre las que se encontraba aquella encargada de los “Problemas Constitucionales”. De esta Subcomisión formaron parte futuros jueces constitucionales como Gaetano Azzariti, Antonio Papaldo, Vezio Crisafulli, Costantino Mortati y Emanuele Piga, quien posteriormente fuera electo juez de la Corte, pero no podrá participar en el Colegio porque prematuramente desapareció antes del perfeccionamiento del Plenum. Es Vincenzo Gueli jurista designado en la Comisión por el Partido Liberal quien presentó la relación introductiva a la discusión, sobre la base de una confrontación preliminar con Gaetano Azzariti, Presidente de la Sección de la Corte de Casación y Jefe de la Oficina Legislativa del Ministerio de Gracia y Justicia y con el abogado Giovanni Selvaggi, en cuanto al modelo que se debe adoptar en la nueva Constitución para la Corte, si el modelo americano o el modelo francés. Del mismo modo se discutió fuertemente sobre los efectos de las declaraciones de la Corte en cuanto al control de normas de la cual Azzariti afirmó que una acción de anulamiento concebida en términos kelsenianos era peligrosa en cuanto que creaba graves conflictos con el parlamento. Respecto del

entrada en vigor de la Constitución de la República Italiana en 1948,² la historia de Italia estaba caracterizada por muy pocas excepciones, para cumplir con los postulados del acto legislativo.³ La idea de introducir un órgano que controlase los actos del legislador era, en sí misma, una innovación totalmente radical,⁴ que imponía un cierto grado de precaución en su configuración.⁵ El riesgo temido por muchos, era crear un gobierno de los jueces. El regreso a la democracia después de veinte años de dictadura fascista,⁶ estuvo precedida por una lenta e incompleta relación de un Estado que fuera producto de la expresión de la soberanía popular, por lo que no podía prescindirse de la atribución del parlamento, representante directo del cuerpo electoral y de los actos que le comprenden realizar, (la ley, *in primis*), tuvieran preeminencia respecto a los otros actos de los poderes públicos.⁷ De hecho, la

proceso contituyente italiano ver: D'ALESSIO, G., *Alle origini della Costituente italiana. I lavori preparatori della "Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato (1945-1946)*, Il Mulino, Boloña, 1980; D'ORAZIO, G., *La genesi della Corte costituzionale*, Dott. A. Giuffrè, Milán, 1981, entre otros.

² La Constitución italiana entró en vigor el 1 de enero de 1948.

³ MODUGNO, F., *Lineamenti di diritto pubblico*, G. Giappichelli, Turín, 2007, pp. 616 y ss. Señala Modugno que para el ordenamiento jurídico italiano la creación de la Corte Costituzionale constituyó una novedad absoluta introducida en la Constitución Republicana.

⁴ VOLPE, G. *L'accesso alla giustizia costituzionale: le origini di un modello*, en ROMBOLI, R. *L'accesso alla giustizia costituzionale caratteri, limiti, prospettive di un modello. 50 anni, Corte costituzionale, Edizioni Scientifiche Italiane*, Nápoles, 2006, pp. 3 y ss. Volpe señala que, antes de la Constituyente, los estudios y debates políticos y jurídicos en torno al tema de la justicia constitucional en Italia, eran marginales.

⁵ BONINI, F., *Storia della Corte costituzionale, op.cit.*, p. 30.

⁶ RODOTÀ, C., *Storia della Corte costituzionale*, Laterza, Roma, 1999, p. 8. Carla Rodotà señala que la Corte costituzionale representa un perfeccionamiento técnico y un reforzamiento de la democracia para evitar las insuficiencias y las disfunciones de las instituciones del periodo pre-frascista, "*La Corte Costituzionale rappresenta un perfezionamento tecnico e un rafforzamento della democrazia per evitare le insufficienze e le disfunzioni delle istituzioni del periodo pre-fascista...*".

⁷ Al respecto ver ELIA, L., *Studi di diritto costituzionale (1958-1966)*. Giuffrè Editore, Milán, 2005. Pp.3-70. Del mismo modo: VOLPE, G., *L'accesso alla*

experiencia autoritaria apenas vivida era reticente a la adhesión del paradigma parlamentario, no sólo porque era muy conocido que en la época del iuspositivismo jurídico y la observancia estricta del principio de legalidad, la dictadura había sido capaz de establecerse bajo la égida de un (al menos formal) respeto al Estado de Derecho, y que este respeto (formal) había hecho posible gran parte de los cambios ocurridos a la llegada al poder de Mussolini⁸ hasta la derivación de la instauración del totalitarismo, simbólicamente representada por las "leyes raciales" con las que, en 1938, se le dio estatus legal a la discriminación perpetrada contra los ciudadanos judíos.⁹

La experiencia, por lo tanto, imponía la creación de un sistema en el cual el Parlamento no pudiese ser silenciado con facilidad como lo fue durante el fascismo. Pero la experiencia requería, en general, la construcción de un sistema en el que la separación de poderes fuese asegurada, al igual que la protección de los derechos fundamentales, en pocas palabras, un sistema basado en los principios de constitucionalismo.

Si la Constitución es "ley fundamental" y, al mismo tiempo, "ley suprema", debían crearse aquellos mecanismos de protección capaces de reaccionar a las violaciones que contra ella se suscitaban. Es en la perspectiva que concebía el papel del Presidente de la

giustizia costituzionale: le origini di un modello, en ROMBOLI, R. L'accesso alla giustizia costituzionale, op.cit., Pp. 3-34.

⁸ Benito Amilcare Andrea Mussolini, nació el 23 de julio de 1883 y murió el 28 de abril de 1945, instauró el fascismo en Italia, siendo Jefe del Gobierno del Reino de Italia, primero como Presidente del Consejo de Ministros, después como Jefe del Gobierno del 31 de octubre de 1922 asumiendo poderes dictatoriales en enero de 1925, hasta el 25 de julio de 1943, fecha en la que fue depuesto y encarcelado brevemente; y posteriormente como líder de la República Socialista Italiana de septiembre de 1943 al 27 de abril de 1945.

⁹ Una mirada breve a la historia constitucional italiana, se puede ver en: MAZZIOTTI DI CELSO, M., SALERMO, G.M. *Manuale di diritto costituzionale*, CEDAM, Padova, 2010. pp. 53-62.

República como un órgano *súper partes*, en que fue creada la Corte *Costituzionale*.¹⁰

De esta forma, la Corte Constitucional nació¹¹ como un instrumento de reacción contra violaciones (*ergo, acciones posteriores a su publicación*), y principalmente como "juez de la ley", encargado de controlar, de vigilar la correspondencia entre la ley (el producto de la legislatura) y la Constitución,¹² debido a que el pasado reciente había mostrado que la primera, si carecía de límites, podría abandonar el ideal *Rousseauiano* de la voluntad general hasta el punto de ser, el vehículo a través del cual limitase y aniquilase los derechos y las libertades.

Esta configuración de la Corte *Costituzionale* ha tenido un profundo impacto en el modo de su funcionamiento bajo el cual fue creada. La escasa adaptabilidad al modelo de justicia constitucional de los Estados Unidos y la opción a favor de un control concentrado de modelo Kelseniano, sin duda, favoreció la idea de una jurisdicción constitucional de anulación (según el esquema esbozado por Kelsen en su ensayo sobre *juridictionnelle garantie de la Constitución (La justicia constitutionnelle)* de 1928).¹³ La Corte *Costituzionale* estaba llamada (y como tenía que ser) a garantizar el respeto de la Constitución, no podía sobreponerse al legislador de tal manera que lo reemplazara, pero debía limitar su propia acción a la eliminación

¹⁰ CELOTTO, A., *La Corte Costituzionale*, Il Mulino, Boloña, 2004, pp. 46-47 y ss.

¹¹ El sistema de justicia constitucional italiano, como es bien conocido, es un sistema mixto entre el sistema americano difuso y el austriaco concentrado.

¹² RODOTÀ, C., *Storia della Corte costituzionale*, laterza, *op.cit.*, pp. 56-57.

¹³ VOLPE, G. "L'accesso alla giustizia costituzionale..." *op.cit.*, p.4. En la Comisión encargada de ocuparse del Control constitucional de leyes y garantía de la Constitución" creada por el Constituyente en 1946, participaron juristas como Mortati, Crisafulli, Giannini, Ago y Calamandrei, quienes tras un amplio análisis de los modelos norteamericano y austriaco de justicia constitucional, se inclinaron por presentar al Constituyente el modelo concentrado kelseniano que debía de adoptar la Corte *Costituzionale* italiana.

del ordenamiento jurídico de todas aquellas disposiciones de rango legislativo que fuesen incompatibles con la Constitución.

De esta manera, el producto de su actividad era por tanto equiparable por eficacia a los actos del poder legislativo. Así, cuando el legislador actuaba legislando, la Corte *Costituzionale* reaccionaba anulando.¹⁴ Una especie de legislador negativo en términos de Kelsen.

De la función únicamente anulatoria en origen reservada a la Corte *Costituzionale* existen algunas disposiciones específicas en la Constitución Italiana, como por ejemplo, lo dispuesto en el artículo 136, párrafo primero, respecto a la efectividad de sus decisiones, en donde establece que "*cuando la Corte declare la inconstitucionalidad de una ley o un acto con fuerza de ley, esta deja de tener efectos el día siguiente a la publicación de la decisión*".¹⁵ De igual forma, podemos citar algunas otras disposiciones relativas al tema de las decisiones de la Corte *Costituzionale*, como la Ley n. 87 del 11 de marzo de 1953 (que regula integración y funcionamiento de la Corte *Costituzionale*), la cual, en su artículo 23, párrafo primero, establece la exigencia al juez que eleve alguna cuestión de constitucionalidad indicar las disposiciones de la ley o acto con fuerza de ley del Estado o Región, viciados de inconstitucionalidad.¹⁶

En el mismo sentido, la primera parte del artículo 27, dispone que "*la Corte Constitucional, cuando reciba una instancia o un recurso relativo a cuestiones de legitimidad constitucional de una ley o de un acto con fuerza de ley, declara, en los límites de la impugnación,*

¹⁴ MODUGNO, F., *La Corte Costituzionale italiana oggi*, in Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli, Tomo I, CEDAM, Padova, 1985, pp. 527 -529.

¹⁵ PINARDI, R., *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1993. Pp. 7-10.

¹⁶ El artículo 23 de la "Legge 11 marzo 1953, n. 87", publicada en la "G.U. 14 marzo 1953, n. 62", establece que: "...*Nel corso di un giudizio dinanzi ad una autorità giurisdizionale una delle parti o il Pubblico Ministero possono sollevare questione di legittimità costituzionale mediante apposita istanza, indicando: a) le disposizioni della legge o dell'atto avente forza di legge Stato o di una Regione, viziate da illegittimità costituzionale....*"

cuales son las disposiciones legislativas inconstitucionales. Ella declara también, cuales son las otras disposiciones legislativas, donde la inconstitucionalidad deriva como consecuencia de la decisión adoptada".¹⁷ Y, sin embargo, el artículo 30, en su párrafo tercero, continuando con el tema de la eficacia de las decisiones, menciona *que "La norma declarada inconstitucional no puede tener aplicación desde el día siguiente de la publicación de la decisión"*.¹⁸

Evidentemente, todavía el control de la legitimidad constitucional de poder anular las disposiciones legislativas no es, en sí misma, un impedimento para reconocer que, lógicamente, la Corte *Costituzionale* se equipara al legislador, ya que ambos innovan el ordenamiento jurídico, con actos que producen efectos similares.¹⁹ En el plano sistemático, sin embargo, esto no puede llevar a configurar a la Corte como un legislador, ya que a este último le corresponde "innovar", mientras que el primero se limita, simplemente, a revisar las innovaciones (o parte de la innovación) que estén en contradicción con la Constitución.²⁰ Se puede decir, en términos generales, que legisla, se trata de un legislador negativo, que carece por definición de uno de los atributos fundamentales de poder hacer leyes, y que al adoptar una determinación funcional al reasignar un determinado sentido políticamente apreciable.

En este punto, el artículo 28 de la referida Ley n° 87 de 1953, no podría ser más explícito: *"El control de la legitimidad de la Corte Costituzionale sobre una ley o un acto con fuerza de ley, excluye toda valoración de naturaleza política y todo instrumento sobre el uso del poder discrecional del Parlamento"*.²¹ La Corte *Costituzionale* está legitimada para controlar las leyes -y al mismo tiempo se encuentra

¹⁷ Artículo 27 de la Ley 11 marzo 1953, n. 87.

¹⁸ Artículo 30, párrafo tercero, de la Ley 11 marzo 1953, n. 87.

¹⁹ MODUGNO, F., *La Corte costituzionale italiana oggi, op.cit.*, pp. 544-546.

²⁰ ASSINI, N., *Il seguito (legislativo) della Corte costituzionale in Parlamento*, en *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, Vol. I, CEDAM, Padova, 1985, pp. 23 y ss.

²¹ Artículo 28 de la Ley 11 marzo 1953, n. 87.

vinculada- por ser el intérprete de la Constitución, libre de cualquier condicionamiento y de toda militancia política, si del control emerge un contraste entre una ley subordinada a la Constitución y de su examen se advierte que tal contraste no existe (o por lo menos hay espacio para comprobarla), la Corte no puede hacer otra cosa más que respetar las determinaciones del legislador.

En virtud de lo anterior se puede advertir claramente que *in limine*, existe una ausencia en el ordenamiento italiano de alguna disposición constitucional que faculte a la Corte para abordar las omisiones del legislador.

Por otra parte, parece una coincidencia que, en la doctrina relativa a la justicia constitucional, el concepto de la “omisión del legislador” suele ser más evocado en el sentido técnico, con referencia a la función que la Corte *Costituzionale* se ha forjado, desde los primeros años de su actividad. En el período posterior a la entrada en vigor de la Constitución, de hecho, la República Italiana ha experimentado un período en el que los nuevos principios se han esforzado en difundir si en el ordenamiento, como consecuencia de una suerte de congelamiento constitucional (como ha sido definida), debido, por un lado, a la falta de implementación a través de la legislación de muchas de las innovaciones contenidas en la Carta Magna y, por otra, a la escasa inclinación demostrada de buena parte de la magistratura a investigar, entre las diversas posibilidades de interpretar los preceptos legislativos, los que estaban más en consonancia con el cambio del marco constitucional.²²

En este contexto, marcado por una omisión del legislador declinable a una “omisa actuación de la Constitución”, la Corte ha

²² Nótese, sin embargo, que la “congelación constitucional” ha sido víctima de la misma *Corte Costituzionale*, que sólo comenzó a funcionar hasta 1956, es decir, ocho años después de la entrada en vigor de la Constitución. En el período 1948-1956, la garantía judicial de la Constitución, debía de ser asegurada en términos de la VII disposición transitoria final, el trabajo de los jueces que, sin embargo, de acuerdo a la tradición de respeto por el imperio de la ley, han mostrado una cierta reticencia a actuar en una *revisión judicial de la legislación*.

encontrado y ejercitado una función de suplencia, al realizar una serie de declaraciones de inconstitucionalidad y de enunciaciones de interpretación para continuar conformando la correspondencia del derecho legislativo apegada al marco constitucional. Esta suplencia se ha traducido, finalmente, en un nutrido *corpus giurisprudenziale*, que se debe, en particular, a la orientación, adoptada por la propia Corte *Costituzionale* desde su primera decisión (Sentencia n° 1 de 1956),²³ en base a la cual la competencia de su jurisdicción constitucional le está atribuida para controlar la constitucionalidad de las normas con rango de ley, incluso de aquellas que entraron en vigor antes de la Constitución.²⁴

A partir de esta premisa teórica, que culminó en una vasta línea jurisprudencial en la cual el objeto de la cuestión fueron normas elaboradas durante el período fascista (e incluso anteriores), se inspiraron a menudo en principios e ideologías absolutamente incompatibles con aquellas en las que la República había sido edificada.²⁵ Se trata, sin duda, de un control que no tiene nada que ver,

²³ La *sentenza 5 giugno 1956, n. 1*, fue publicada en la *Gazzetta Ufficiale* n. 146, el 14 de junio de 1956. La cuestión medular sobre la que se discutió fue la de poder declarar la constitucionalidad o no de las leyes vigentes antes de la entrada en vigor de la Constitución, concluyendo que la Corte podía controlar tanto las leyes sucesivas como las anteriores. Sobre esta sentencia histórica que marcó el inicio de una rica actividad jurisprudencial de la Corte costituzionale, ver: RODOTÀ, C., *Storia della Corte Costituzionale*, op.cit., pp. 29-32; ZAGREBELSKI, G., *La Giustizia Costituzionale*, Il Mulino, Boloña, 1988, p. 496. Donde afirma que con esta sentencia “...*leggi vecchie nuove vengono messe sullo stesso piano, e che ciò di fatto legittimita la conservazione delle leggi fasciste in blocco...*”.

²⁴ En otras palabras, la Corte sostuvo que las normas eran potencialmente pre-republicanas, adolecen de ilegitimidad constitucional ocurrida y no fueron, por tanto, consideradas derogadas, que son incompatibles con los requisitos constitucionales (solución, la última fue adoptada en otras jurisdicciones, tales como, por ejemplo, alemán y español).

²⁵ MODUGNO, señala que: “... *la Corte inizio subito l'opera di eliminazione di quella parte della vecchia legislazione soprattutto relativa ai rapporti tra cittadini e Stato più direttamente contrastante con la Costituzione e che avrebbe forse potuto essere (ma non era stata) considerata già abrogata...*” (la Corte inició

en sentido técnico, con una “omisión”, ya que el objeto del control de la constitucionalidad continúan siendo las normas legislativas (*ergo*, acciones). Puede hablarse, entonces, de un control de la constitucionalidad que fue provocado por una omisión, ya que, si el legislador se hubiera activado rápidamente para eliminar los residuos legislativos del ordenamiento de épocas anteriores, la Corte no hubiera sido llamada a intervenir.

En cualquier caso, ahora, a partir de estas consideraciones, y refiriéndonos más concretamente a la omisión del legislador entendida en sentido técnico, la afirmación de la ausencia de un control sobre el mismo debe estar puesta más cuidadosamente al escrutinio crítico, teniendo en cuenta que el concepto de “omisión” es susceptible de diversas acepciones, como veremos a continuación.

1.2 Breves precisiones sobre el término “omisión del legislador” y el papel de la Corte *Costituzionale* italiana

Resulta oportuno hacer una aclaración terminológica, en cuanto que con la misma expresión (omisión del legislador) se puede hacer referencia a una realidad diversa, sea por estructura o por consecuencia.

Incluso a la luz de las consideraciones realizadas por la doctrina italiana, podemos aquí proponer dos significados diferentes del concepto "omisión". Omitir no es necesariamente sinónimo de no realizar, sino que bien puede ser el resultado de un no hacer “plenamente”. En otras palabras, la “omisión” no es solamente el resultado de una “inacción”, pues también puede ser el producto de

inmediatamente la operación de eliminar aquella parte de la vieja legislación, sobre todo la relativa a las relaciones entre los ciudadanos y el Estado más contrastantes con la Constitución y que habría podido ser (mas no lo había sido) considerada ya abrogada, en MODUGNO, F. *La Corte costituzionale oggi*, op.cit., p. 552.

una “acción parcial”, que es omisión por la parte en que manifiesta estar incompleta respecto a lo que la acción debió producir.²⁶

Sobre la base de esta consideración, resulta oportuno distinguir, en este momento, entre la omisión como "inactividad" y la omisión como "una acción incompleta." De tal manera que si nos referimos a una o a otra, tendrá consecuencias significativamente diversas en el ámbito del sistema italiano de justicia constitucional.²⁷

En un sentido, la omisión refiere una situación de inactividad: el legislador no toma las medidas necesarias para desarrollar un instituto previsto por la Constitución y entonces el ordenamiento resulta estructurado en forma lagunosa. Al respecto se ha hablado de lagunas de construcción. Un elocuente ejemplo puede encontrarse en la experiencia italiana. La Constitución de 1948 ha atribuido la potestad legislativa tanto al Estado como a las Regiones. Pero las instituciones de las Regiones necesitaban que una ley del Estado estableciese sobre la base de una valoración de política legislativa, la concreta modalidad de actuación de la decisión de fondo hecha por la Constitución. Esta actuación ha sido completada solo hasta 1970 y, por tanto, el ordenamiento constitucional italiano ha estado caracterizado por una verdadera laguna durante un largo periodo de más de veinte años, durante los cuales la inactividad del legislador no habría podido ser colmada por ningún otro órgano, ni por la Corte *Costituzionale*.

En un segundo sentido, la expresión “omisión del legislador” hace pensar en una acción incompleta; así, el legislador regula un instituto previsto por la Constitución, pero deja de contemplar otros aspectos de la materia. En este sentido se habla de laguna normativa.

Con referencia a estos tipos de lagunas, la Corte *Costituzionale* ha considerado poder controlarlas cuando el vacío pueda ser colmado

²⁶ PARODI, G., *La sentenza additiva a dispositivo genérico*, G. Giappichelli Editore, Turín, 1996, pp. 130-136.

²⁷ *Ídem*. pp. 126-136. Ver la distinción realizada por PARODI en relación a los pronunciamientos de inconstitucionalidad a dispositivo genérico como decisiones que declaran la inconstitucionalidad de la inercia legislativa o de la omisión-inactividad y la omisión-producto.

valorando el marco normativo resultante de la intervención del legislador a la luz de los principios de igualdad y razonabilidad.²⁸

La omisión como acción incompleta es controlada por la Corte *Costituzionale* bajo varios perfiles. A finales de la década de los años sesenta, la Corte ha considerado la posibilidad poder manipular los textos normativos puestos bajo su examen, juzgando no ya las disposiciones (o sea los enunciados lingüísticos contenidos en el texto), sino la norma (esto es, los significados deducibles en vía de interpretación de los enunciados) y poder, entonces, no solo anular, sino también modificar las disposiciones impugnadas, para asegurar la conformidad de las normas por ella deducidas del parámetro constitucional evocado.²⁹

1.3 Las sentencias “manipulativas” como intervención de la Corte Costituzionale frente a las omisiones del legislador

A pesar de no contar con la facultad expresa para controlar los vacíos en el ordenamiento provocados por las omisiones del legislador, la Corte *Costituzionale* ha hecho frente a este tipo de cuestiones a través de su función interpretativa del Texto fundamental y de su muy particular estilo para colmar dichos vacíos a través de decisiones que la doctrina italiana ha llamado como “sentencias manipulativas”,³⁰ las

²⁸ FALZEA, P., *Norme, principi, integrazione. Natura, limiti e seguito giurisprudenziale delle sentenze costituzionali a contenuto indeterminato.*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2005, pp. 66 y ss.

²⁹ PEGORARO, L., *La Corte e il Parlamento. Sentenze - indirizzo e attività legislativa*, CEDAM, Padova, 1987, p. 52.

³⁰ BIN, R.; PITRUZZELLA, G., *Diritto costituzionale*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2010, pp. 460 y ss. Las sentencias de “acoglimento”, conocidas también como “manipulative”, “interpretative” o también “normative”, no se limitan solo a realizar la declaración de inconstitucionalidad de la ley o de las singulares disposiciones, sino que declaran la inconstitucionalidad en la parte en la que la disposición significa o no significa algo, o sea la norma por la norma que ella expresa. Al respecto ver: MONTELLA, M., *Tipologia delle sentenze della Corte*

cuales son aquellas decisiones que hacen surgir la inconstitucionalidad de las disposiciones, no su total anulación, de modo que las modifica mediante “*ablazioni*”, “*sostituzioni*” o “*addizioni*”, variando la disciplina prevista por el legislador.

a) Las “*sentenze ablative*”, declaran la inconstitucionalidad de una disposición solo en la parte en la que contiene una previsión contraria a la Constitución; con ella, la Corte elimina no una norma, sino solo un fragmento de ella. De esta forma, continúa en vigor una disciplina diversa de aquella que inicialmente había sido puesta por la ley impugnada.

Uno de los primeros ejemplos de este tipo de pronunciamientos es la Sentencia n. 63 de 1996, que declaró la inconstitucionalidad de algunas disposiciones del Código Civil sobre el Régimen de prescripción del derecho a la retribución por el trabajo asalariado. La inconstitucionalidad afectó la disciplina solo “en la parte en la cual permitía que la prescripción del derecho transcurriese durante las relaciones laborales sin la resistencia propia de las relaciones de empleos públicos”. En estas relaciones menos garantizadas, el temor de despido puede empujar al trabajador a renunciar a un derecho y entonces, de acuerdo con la Corte, la renuncia no puede ser considerada como una libre expresión de voluntad.

b) Las “*sentenze sostitutive*”, combina una declaración de ilegitimidad constitucional parcial (que hace caer una parte de la norma) y una decisión aditiva (que introduce un contenido ahí donde

Costituzionale, Maggioli, Rimini, 1992, pp. 130 y ss; MODUGNO F., *Lineamenti di diritto pubblico*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2007, pp. 660; LAMARQUE, E., *Il seguito delle sentenze manipolative della Corte Costituzionale presso i giudici comuni*, en BIN, R.; BRUNELLI, G.; PUGIOTTO, A. y VERONESI, P., *Effettività e seguito delle tecniche decisorie della Corte Costituzionale. 50 anni, Corte Costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Roma, 2006, pp. 87 y ss.; PEGORARO, L., *La Corte e il Parlamento*, *op.cit.*, pp. 58-59.

la ausencia no implicaba la inconstitucionalidad). Con ellas, la Corte sustituye un fragmento de norma con otro. El dispositivo declara la inconstitucionalidad de la norma impugnada en la parte en la cual prevé una cierta disciplina (parte demolitoria) en lugar de prever una disciplina diversa (parte reconstructiva). De este modo, la Corte crea y colma un vacío, sustituyendo a la norma inconstitucional por aquella conforme a la Constitución.³¹ Un ejemplo de este tipo de pronunciamientos se puede encontrar en la sentencia n. 15 de 1969, que declaró inconstitucional la disposición del Código Penal sobre el poder del Ministro de Justicia de conceder la autorización a proceder por el delito de vilipendio de la Corte *Costituzionale*. La disposición ha sido considerada inconstitucional, en cuanto resulta lesiva de la posición de la Corte, solo en la parte en la que atribuía el poder de dar autorización al Ministro en lugar de otorgárselo a la Corte misma.

c) Las “*sentenze additive o aggiuntive*”, declara la inconstitucionalidad de una disposición en la parte en la que no contiene una previsión necesaria para su conformidad con la constitución.³² Con ellas, la Corte añade a la norma un fragmento omitido por el legislador. Entre los primeros ejemplos se encuentra la sentencia n. 190 de 1970, que declaró inconstitucional la disposición sobre la presencia del Ministerio Publico al interrogatorio del

³¹ MONTELLA, M., *Tipologia delle sentenze della Corte Costituzionale, op.cit.*, pp. 99 y ss.; MODUGNO F., *Lineamenti di diritto pubblico*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2007, pp. 662; BIN, R.; PITRUZZELLA, G., *Diritto Costituzionale, op.cit.*, p. 462. Con este tipo de decisiones, la Corte declara la inconstitucionalidad de una disposición legislativa en la parte en la cual prevé X en lugar de Y, sustituyendo una locución de la disposición que resulta incompatible con la constitución, con otra que sea compatible.

³² ZAGREBELSKI, G., *La giustizia costituzionale, op.cit.*, pp. 298 y ss.; MODUGNO, F.; CARNEVALE, P. *Sentenze additive. Soluzione costituzionalmente obbligata e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del verso della richiesta addizione*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, Vol. 1, 1990, pp. 525 y ss.; MONTELLA, M., *Tipologia delle sentenze della Corte Costituzionale, op.cit.*, pp. 104 y ss.; BIN, R.; PITRUZZELLA, G., *Diritto costituzionale, op.cit.*, p. 461.

imputado, no tanto por lo que ella afirmaba (obligatoria presencia del Ministerio Público), sino por lo que no decía (obligatoria presencia del defensor), introduciendo la Corte tal previsión.

En términos generales, la adición puede determinar la extensión de garantía (aditiva de garantía) o de prestaciones económicas y servicios a cargo de los poderes públicos (aditiva de prestación).

1.4 Los límites de la Corte para emitir pronunciamientos aditivos

Por otra parte, el poder de la Corte de emitir sentencias aditivas encuentra dos importantes límites.

A) En materia penal, en base al principio de estricta legalidad dispuesto por el artículo 25, párrafo segundo de la Constitución, en donde a la Corte se le prohíbe el pronunciamiento de sentencias aditivas que otorguen a una norma alcances menos favorables para el imputado (*addizioni in malam partem o contra reum*).³³ Pero están admitidas siempre que añadan a la norma aspectos más favorables.

B) En todos los casos, la Corte debe verificar que la adición descienda directamente de la Constitución, como única solución posible y no implique alguna decisión discrecional sobre “si añadir” o “qué cosa añadir”. Ahora, si son posibles más soluciones, todas constitucionalmente correctas, la Corte debe abstenerse, no pudiendo desarrollar una actividad creativa institucionalmente reservada a los órganos políticos, en particular al Parlamento.

En tales casos, se corre el riesgo de crear de la “zona franca” exclusiones del control de constitucionalidad. Para evitar este riesgo, se han adoptado a partir de la segunda mitad de los años ochenta,

³³ CERRI, A., *Corso di giustizia costituzionale*, Dott. A. Giuffrè, Milán, 2004, pp. 245 y ss.

decisiones de gastos definidas como “*additive di principio*”, en ellas al declarar la inconstitucionalidad de la disposición impugnada, no individualizan (como las aditivas clásicas) el fragmento normativo faltante, sino que indican el principio general en base a la cual la laguna puede ser colmada.³⁴

En este sentido, la sentencia n. 243 de 1993 ha declarado inconstitucional la norma que no preveía un dispositivo de adecuación o actualización de ciertas prestaciones, pero sin especificar cuál criterio se debe aplicar, dejando la individualización al legislador.

Con la aditiva de principio, la Corte instaura un doble diálogo: con el legislador, llamado a colmar el defecto normativo y, también, con los jueces, sobre los que recae en espera de la intervención legislativa, la facultad de aplicar, en singulares casos, el principio enunciado en la decisión de inconstitucionalidad.

2. LA OMISIÓN HISTÓRICA DEL LEGISLADOR REPUBLICANO Y EL ROL DE LA CORTE *COSTITUZIONALE*

Como ya hemos tenido ocasión de señalar, la teoría de la omisión legislativa inconstitucional, aparece por primera vez en Italia en 1970,³⁵ cuando, desde algunos años, la Corte *Costituzionale* venía

³⁴ MODUGNO F., *Lineamenti di diritto pubblico, op.cit.*, p. 665.

³⁵ Ver los primeros estudios en Italia relativos a la omisión del legislador en MORTATI, C., *Appunti per uno studio sui remedi giurisdizionali contro i comportamenti omissivi del legislatore*, en Foro It., Tomo V, 1970, pp. 153 y ss. Del mismo autor, ver: *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di Scritti*, Vol. III, Dott. A. Giuffrè, Milán, 1972, pp. 923 y ss; PICARDI, N., *Le sentenze integrative della Corte Costituzionale*, in Scritti in onore di Costantino Mortati, Tomo IV, Milán, 1977, pp. 604 y ss; SILVESTRI, G., *La sentenze normative della Corte costituzionale*, in Scritti in onore di Vezio Crisafulli, Tomo I, CEDAM, Padova, 1985, pp. 778 y ss; DELFINO, F., *Omissioni legislative e Corte Costituzionale (delle sentenze costituzionali c.d. creative)*, en Studi in onore di G. Chiarelli, Tomo II, Milán, 1974, pp. 914 y ss; entre otros.

experimentando un modelo decisional³⁶ –pronunciamientos de inconstitucionalidad aditiva (o adjuntiva)- que afectaba las disposiciones legislativas no por aquello que decía, sino por aquello que no decía, remediando así la inconstitucionalidad no de actos concretos, sino el silencio del legislador.³⁷

Para caracterizar este tipo de pronunciamientos y sobre todo el dispositivo, que –declarando la inconstitucionalidad de la disposición en la parte en la que no prevé una situación necesaria a realizarse por la disposición constitucionalmente compatible– parece, en efecto introducir en el ordenamiento legislativo una norma nueva (o un nuevo fragmento normativo) para reaccionar ante la inconstitucional ausencia.³⁸ Y es que, desde el inicio de las actividades de la Corte *Costituzionale*, y del mismo modo, la doctrina italiana ha distinguido las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ley en sentencias caducatorias y en sentencias aditivas. Con las primeras se eliminan manifestaciones de voluntad positiva del legislador. Con las segundas se elimina del ordenamiento jurídico una manifestación de voluntad negativa. Sin embargo, el efecto de estas últimas decisiones es e introducir una nueva norma positiva en el ordenamiento.³⁹

³⁶ El primer ejemplo de un pronunciamiento aditivo se puede ver, tanto en la Sentencia n. 168 de 1963, como en la Sentencia n. 24 de 1957, ya sea en una o en otra, pues existen discordancias al respecto de cuál fue la primera en emitir este tipo de pronunciamientos, podemos advertir el inicio de este modelo decisorio de la Corte Costituzionale italiana.

³⁷ Pegoraro señala que la doctrina define a las sentencias aditivas como aquellas de acogimiento con las cuales la Corte anula una disposición “*nella parte in cui non prevede*”, una determinada regulación, en PEGORARO, L., REPOSO, A., RINELLA, A., SCARCIGLIA, R., VOLPI, M., “*Diritto Costituzionale e Pubblico*”, G. Giappichelli Editore, Turín, 2002. P. 446.

³⁸ PARODI, G., *La sentenza additiva a dispositivo generico*, op.cit., p. 127.

³⁹ CASAVOLA, F.P., *La giustizia costituzionale nel 1993*, en Rivista amministrativa della Repubblica Italiana, 1994, pp. 24 y ss. CASAVOLA señala: “...*da tempo la dottrina italiana e la stessa de la Corte costituzionale distinguono le sentenze che dichiarano l'illegittimità di una legge in sentenze caducatorie e in sentenze additive. Con le prime si elimina dall'ordinamento una manifestazione di volontà positiva del legislatore. Con la*

Respecto al pronunciamiento, más o menos contemporáneo, de acogimiento parcial —el cual operan sobre el contenido normativo de la disposición por reducirlo y por lo tanto, conservando la impronta “*ablatoria*”⁴⁰ típica de la declaración de ilegitimidad constitucional pura y simple— los pronunciamientos aditivos exhiben un carácter creativo, o sin embargo, un mayor grado de innovación. Lo que induce fácilmente a revisar en ellas, desde el punto de vista teórico, es el ejercicio de una actividad nomogénica,⁴¹ incompatible con el rol kelseniano del legislador negativo,⁴² que la Constitución,⁴³ la Ley

seconde si elimina dall'ordinamento una manifestazione di volontà negativa. L'effetto immediato di queste ultime decisioni (dato il principio per cui due negazioni affermano) e quello di introdurre una nuova norma positiva nell'ordinamento... ”.

⁴⁰ En las sentencias de acogimiento parcial, la Corte realiza una operación de “*ablazione*”, de demolición de la parte de la disposición legislativa, con la sentencia aditiva, la Corte realiza una vistosa producción normativa, añadiendo a la disposición hecha por el legislador una o más normas que el legislador había (posiblemente voluntariamente) omitido.

⁴¹ SANDULLI, A.M., *Il giudizio sulle leggi. La cognizione della Corte Costituzionale e I suoi limiti*, Milán, 1967. pp. 61-62.

⁴² KELSEN, H., *La garantía jurisdiccional de la constitución. (La justicia constitucional)*, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, IIJ-UNAM, México, 2001.

⁴³ MODUGNO, F., *Lineamenti di diritto pubblico, op.cit.*, p. 97. Señala este autor que “... La entrada en vigor de la Constitución Republicana, el 1 de enero de 1948, no comportó la inmediata entrada en función de la Corte Costituzionale, para lo cual se debieron esperar 8 años, no solo por la exigencia de expedir las necesarias leyes sobre su constitución y funcionamiento, sino también por la resistencia hacia el nuevo órgano y por la dificultad política de efectuar las primeras nominaciones al cargo de Ministro. Paralelamente a la entrada en vigor de la Constitución, se tuvo la experiencia regional de justicia constitucional con la institución de la Alta Corte para la Región Siciliana, la cual por medio del Estatuto de Autonomía Especial de la Sicilia emanado del Real Decreto n. 455/1946 (después convertido en la Ley constitucional n. 2 de 1948) prevenía que tal Corte juzgara la constitucionalidad de las leyes emanadas de la Asamblea Regional. La Alta Corte comenzó a funcionar en julio de 1948 y continuó su actividad hasta los inicios de 1956, con 91 decisiones utilizadas para la determinación de las relaciones entre Estado y Regiones, en la primera experiencia aplicativa de la autonomía regional...” pp. 618-619. Sobre el proceso constituyente italiano ver: MORTATI, C., *La costituente. La teoria. La storia. Il problema italiano*, Darsena, Roma, 1945.

constitucional n. 1 de 1948⁴⁴ y la Ley n. 87 de 1953,⁴⁵ no asigna a la Corte *Costituzionale*.⁴⁶

Y es cierto que la difícil tarea de caducar la ley mediante un *contrarius actus*, cada vez que encuentra la inconstitucionalidad, la Corte *Costituzionale* pone fin al inicio de la infracción.

Apenas creada, la Corte *Costituzionale*⁴⁷ ha sido llamada a revisar la legislación prefascista y fascista, que el legislador

⁴⁴ Esta Ley constitucional, expedida el 9 de febrero y publicada en la *Gazzetta Ufficiale della Repubblica* n. 43, el 20 de febrero de 1948, regula los medios de control constitucional previstos en la constitución italiana de 1947, la cual entró en vigor en 1948 y sobre la garantía de independencia de la Corte *Costituzionale*.

⁴⁵ La Ley del 11 de marzo de 1953, n. 87, publicada en la *Gazzetta Ufficiale della Repubblica* n. 62, el 14 de marzo de 1953, regula la constitución y funcionamiento de la Corte *Costituzionale* italiana.

⁴⁶ La constitución italiana, en sus artículos 134, en sus primeras líneas, y 136, párrafo primero, no asignan esa atribución a las decisiones de la Corte *Costituzionale*. Del mismo modo, el artículo 1 de la Ley constitucional n.1 de 1948; y los artículos 23, 27, 30, párrafo tercero, y 34 de la Ley n.87 de 1953, reservan a la Corte la competencia de revisar los actos legislativos (no los comportamientos omisivos del legislador), vinculándola a la rígida alternativa entre acogimiento o rechazo de la cuestión. El hecho de que sean contemplados (en el artículo 136 de la Constitución, relacionado con el artículo 30, párrafo tercero, de la Ley n.87), solo los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, deja ver cómo a la Corte no se le ha dotado de la competencia de intervenir en las omisiones del legislador.

⁴⁷ MODUGNO, F., *Lineamenti di diritto pubblico, op. cit.*, pp. 616 y ss. Este autor señala que: "...Para el ordenamiento italiano, la creación de la Corte *Costituzionale* constituye una novedad absoluta introducida en la Constitución Republicana. Hacía tiempo que estudiosos italianos habían puesto de manifiesto la necesidad de crear un sistema de control de leyes, como la propuesta realizada por Mario Pagano para la Constitución napolitana de 1799 (ideando el Cuerpo de los Efori), o de Antonio Rosmini en su proyecto de Constitución de 1848. No obstante el Estatuto Albertino de 1848, no contemplaba un Tribunal constitucional ni un control de constitucionalidad de las normas. La exigencia de un órgano de garantía constitucional emergía en el debate político de los años de la crisis del Estado liberal, inmediatamente antes de la instauración del régimen fascista, fue uno de los grandes temas sobre los que se discutía en los años del periodo transitorio cuando la caducidad del régimen y la formación de la nueva constitución republicana realizaban los preparativos del nuevo ordenamiento...". Respecto a la génesis de la Corte *Costituzionale* italiana, ver:

republicano ha omitido eliminar o reformar y que el poder judicial,⁴⁸ en el periodo transitorio del control difuso, se abstuvo de abrogar (por incompatible), aduciendo el carácter programático de la mayor parte de la norma constitucional sobrevenida.⁴⁹

Al nuevo tribunal constitucional⁵⁰ se le pide en sustancia que utilice los instrumentos anulatorios –de los que la Constitución le ha dotado- para suplir una omisión legislativa, implícitamente avalada por los tribunales.⁵¹ Es decir, de confrontarse con la inacción del legislador, mediante la atribución “no” prevista o “no” contemplada como objeto de la justicia constitucional.

Frente a una demanda de caducidad presumiblemente enorme y productiva de amplio impacto ordinamental, la Corte se vincula a la estrecha alternativa entre una decisión de “*accoglimento*” o de “*rigetto*” de la cuestión,⁵² primero introduciendo la posibilidad de

MEZZETTI, L.; BELLETTI, M.; D'ORLANDO, E.; FERIOLI, E., *La giustizia Costituzionale*, CEDAM, Padova, 2007, pp. 267-319.

⁴⁸ MODUGNO, F., *La Corte Costituzionale italiana oggi, op.cit.*, pp. 551-553. Del mismo modo, MEZZETTI señala que “...*La primera problemática para la Corte Costituzionale en sus inicios, fue la de controlar la constitucionalidad de las leyes anteriores a la Constitución de 1947...*”, en MEZZETTI, L.; BELLETTI, M.; D'ORLANDO, E.; FERIOLI, E., *La giustizia Costituzionale, op.cit.*, pp. 364-366.

⁴⁹ Respecto de los primeros años de funcionamiento de la Corte *Costituzionale* desde la perspectiva de sus presidentes, ver: D'ALESSIO, G., *Alle origini della costituente italiana. I lavori preparatori della Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato (1945-1946)*, Boloña, 1980. D'ORAZIO, G., *La genesi della Corte Costituzionale*, Ed. Di Comunità, Milán, 1981. BONINI, F., *Storia della Corte Costituzionale*, Nis, Roma, 1996; CARNEVALE, P., COLAPIETRO, C., *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive. A cinquant'anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte Costituzionale*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2008, Pp. 179-244.

⁵⁰ Ver: ALVAZZI DEL FRATE, P., *Giustizia e garanzie costituzionali: appunti di storia degli ordenamenti giudiziari*, G. Giappichelli, Turín, 2011.

⁵¹ BIN, R.; PITRUZZELLA, G., *Diritto costituzionale, op.cit.*, 2010, pp. 428-479.

⁵² Por lo que hace a las sentencias que emite la Corte *Costituzionale* italiana, se puede dividir entre aquellas *sentenze di inammissibilità* (sentencias de inadmisibilidad), con las cuales la Corte no entra en el mérito de la cuestión; y

interpretar *secundum constitutionem*, elevada fundamentalmente a un canon hermenéutico,⁵³ y además de la corrección de aquello hasta ahora impedido en la sede judicial, en segundo lugar conformando el uso de la declaración de inconstitucionalidad al principio de conservación de los actos jurídicos. Esto le permite reinterpretar los textos legislativos para descifrar en ellos significados constitucionalmente compatibles y ofrecerle a los juzgadores una alternativa en aquellas inconstitucionalidades, y progresivamente desagregar las disposiciones y eliminar, por lo tanto, las interpretaciones o los contenidos normativos constitucionalmente incompatibles, sin alterar formalmente los textos.⁵⁴

De esta forma, a través de una obra de “*nomotizzazione*” del texto legislativo y de explicación de los posibles significados del

aquella que entra al estudio del mérito de la cuestión, de las cuales estas últimas se dividen en sentencias de “*rigetto*” y de “*accoglimento*”. Con la “*sentenze di rigetto*” (sentencia de rechazo o desestimatoria), la Corte rechaza la cuestión de inconstitucionalidad, declarándola no fundada pero no afirma la legitimidad constitucional de la disposición elevada a su análisis, puesto que la eficacia de este tipo de pronunciamiento es limitada a las partes del proceso, de tal manera la misma cuestión puede ser replanteada ante la Corte en otro grado del juicio y quizás ser aceptada para su consulta si esta mejor motivada o se encuentra en contraste con otros parámetros. Si la decisión fue propuesta en vía principal, nada impide que vuelva a ser presentada en vía incidental. Con la “*sentenze di accoglimento*” (sentencia de acogimiento o estimatoria), la Corte acepta la cuestión, la declara fundada y también declara inconstitucional la disposición impugnada de inconstitucional a diferencia de la sentencia de rechazo, la de acogimiento tiene efectos *erga omnes* y definen la cuestión, en tanto que la misma cuestión viene resuelta por otros jueces, la Consulta no declara la manifiesta inadmisibilidad en cuanto ya previamente es aceptada. Con relación a los tipos de sentencias que emite la Corte *Costituzionale*, ver: CRISAFULLI, V., *La sentenze “interpretative” della Corte costituzionale*, en Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., 1967; también: MEZZETTI, L.; BELLETTI, M.; D’ORLANDO, E.; FERIOLI, E., *La giustizia costituzionale, op.cit.*, pp. 430-431 y ss.; y MARTÍN DE LA VEGA, A. *La sentencia constitucional en Italia. La tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana: medio siglo de debate doctrinal*, CEPC, Madrid, 2003.

⁵³ FALZEA, P., *In tema di sentenze di accoglimento parziale*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, Vol. I, 1986, pp. 2600 y ss.

⁵⁴ MARTÍN DE LA VEGA, A., *La sentencia constitucional en Italia, op.cit.*, p. 182.

mismo, la Corte *Costituzionale* aísla la parte “*non sana*” y la declara ilegítima, de modo tal que la disposición continúe aplicándose y produciendo efectos jurídicos, con excepción de la norma juzgada como inconstitucional.

El intento –que de esta técnica decisonal y el hilo conductor de no desbocar, sino bonificar, en la medida de lo posible, la legislación existente, corresponde, si no a una auténtica revolución constitucional,⁵⁵ ciertamente a la asunción de una competencia no consonante con aquello que se ha llamado como “legislador negativo”.⁵⁶ Sin embargo, el problema de este tipo de pronunciamientos, como bien se sabe, es aquella posible invasión de un órgano privado de legitimación democrática en el ámbito propio del legislador representativo.⁵⁷

El cambio o la mutación del rol de la Corte –inducida de *horror vacui*,⁵⁸ se inclina por adoptar las soluciones menos

⁵⁵ SILVESTRI, G., *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, en *Giurisprudenza costituzionale*, Vol. I, 1981, pp. 1684 y ss.

⁵⁶ MODUGNO, F., *La Corte costituzionale oggi*, en *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Tomo I, CEDAM, Padova, 1985, pp. 570-572. Del mismo modo, ver: D’AMICO, M.; RANDAZZO, B., *Interpretazione conforme e tecniche argomentative. Atti del convegno di Milano svolstosi il 6-7 giugno 2008*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2009.

⁵⁷ ELIA, L., *Giustizia costituzionale e diritto comparato*, en *Quaderni costituzionali*, 1984, pp. 8-9. Donde este autor señala que esta “...*diversa legittimazione da funzione propria delle corti e dei tribunali costituzionali può dunque fondarsi storicamente sul riconoscimento generalizzato e non seriamente contestato della necessità della funzione di controllo...*”.

⁵⁸ MODUGNO, F., *La Corte costituzionale italiana oggi*, *op.cit.*, pp. 570-571 y ss. Este autor señala: “...*Sia per il gioco combinato del horror vacui e de l’inerzia legislativa, sia soprattutto, secondo me, per l’intenzionale genericità di molte disposizioni costituzionali, per il frequente rinvio a nozioni e criteri di ordine metagiuridico per la presenza di casi di funzione legislativa specializzata espressamente finalizzata a determinati scopi, a loro volta, mi si perdoni il bisticcio indeterminati (cito a caso: sanità e sicurezza, buoncostume, unità familiare, fini social, funzione sociale, interesse generale, unità generale, servizi pubblici essenziali, razionale sfruttamento del suolo, equi rapporti social, ecc.), il sindacato di*

problemáticas,⁵⁹ o elige las mediaciones políticas⁶⁰ –puede también entenderse como una respuesta a la omisión histórica del legislador republicano.

Este aspecto todavía no parece emerger de la jurisprudencia que se ocupa de la legislación preconstitucional. En cuanto a las reglas del mecanismo incidental (o de aquellas en vía principal) permiten diferenciar la jurisdicción constitucional concentrada, no ya con la independencia del legislador a su competencia reformadora, sino con los textos legislativos de los cuales carece de una reforma que permitan su sobrevivencia y, a través de ellas, las interpretaciones jurisprudenciales ganadas en el régimen precedente. Para utilizar una categoría doctrinal más ilustrativa, la Corte está llamada a remediar la omisión producto,⁶¹ no a la omisión inactividad.⁶²

costituzionalità è divenuto talora talmente penetrante da oltrepassare l'incerto confine tra la legittimità e il merito delle leggi...”

⁵⁹ ZAGREBELSKI, G., *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Boloña, 1977, p. 87.

⁶⁰ SILVESTRI, G., *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, G. Giappichelli, Turín, 1997, pp. 124 y ss.

⁶¹ PARODI, G., *La sentenza additiva a dispositivo generico*, *op.cit.*, pp. 126-130 y ss. Este autor distingue entre “omisión producto” y “omisión inactividad”. Por la primera se entiende el resultado de la actividad legislativa deficiente total o parcial en el desarrollo de un dictado constitucional y, por las segundas, la ausencia de un comportamiento concreto, esto es una falta absoluta de actividad legislativa en el desarrollo de los mandatos constitucionalmente previstos en la Constitución. En cuanto a las omisiones inactividad, la Corte puede atacarlas señalando no la inconstitucionalidad de la ausencia de actividad (omisión-inactividad); sin embargo, emite directivas en las cuales el legislador deberá basarse para emitir la norma futura, por lo que se han llamado a este tipo de decisiones aditivas de principio. En cuanto a las omisiones producto, que son el resultado de una actividad concreta que contrasta en todo o en parte con el dictado constitucional, la Corte responde analizando la disposición legislativa y posteriormente eliminando una o más normas de la disposición, dándoles otro sentido y añadiendo, entonces, un nuevo sentido a la disposición del cual carecía al momento de ser impugnada, o bien, extendiendo sus efectos a situaciones no previstas en un primer momento. A este tipo de decisiones se les conoce como sentencias de *accoglimento parziale* o manipulativas o clásicas aditivas y aditivas de prestación. Ver: PICARDI, N., *Le sentenze integrative della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Tomo IV, Milán, 1977,

La Corte, a través de la variada tipología de sus sentencias, ya sean de “*accoglimento*” o estimación y de “*rigetto*” o rechazo, hace frente a este tipo de ausencias normativas. En el caso de las sentencias interpretativas de *rigetto* o rechazo, que declaran no fundada la cuestión de constitucionalidad de las disposiciones impugnadas, evitan ciertamente crear una laguna normativa y al mismo tiempo, parecen respetar plenamente la voluntad legislativa. Con la sentencia interpretativa de *accoglimento* o estimación, que declara la inconstitucionalidad de la disposición impugnada, evitan también una laguna en el ordenamiento; sin embargo, centran el problema en la injerencia de la Corte en la esfera del poder legislativo. No obstante, aún más peligro representan las sentencias de “*accoglimento parziale*” o estimación parcial, las cuales inciden no sobre el texto escrito, sino sobre los significados normativos eliminando uno o más de uno, con el efecto de reestructurar la disposición haciéndolas expresar algo completamente diverso o más, respecto del significado originario de la disposición legislativa, lo que se llaman sentencias “*manipolative*” o manipulativas. Sucede también que, en los últimos tiempos, las sentencias interpretativas de *rigetto* o de rechazo contienen direcciones o sugerencias al legislador o al Gobierno a fin de disponer adaptaciones o modificaciones que permitan una legislación conforme a la

pp. 597 y ss. Nicola Picardi señala que, a propósito de las decisiones aditivas tradicionales, “*Il concetto stesso di omissione del legislatore, come tale, non appare utilizzabile ai nostri fini. Occorre, in effetti, distinguere il comportamento omissivo dal suo risultato. Per omissione del legislatore si intende una situazione caratterizzata, per un verso, da un precetto costituzionale che describe un determinato comportamento del legislatore (emanare norme legislative di attuazione), per un altro verso, un comportamento concreto del legislatore che contrasta, in tuttoo in parte, con quello descrittodal precetto costituzionale. Il suo risultato si risolve nel difetto assoluto o parziale di una normativa applicativa del disposto costituzionale e quindi, in una lacuna dell’ordinamento...*”.

⁶² En teoría, la omisión inactividad de los órganos legislativos podría ser censurada por los jueces comunes elevando el conflicto de atribuciones por la disminución del correcto ejercicio de la función jurisdiccional derivada de la falta de ejercicio de la actividad legislativa.

Constitución.⁶³ Se trata no de limitaciones obligatorias al legislador, sino de simples indicaciones de aquello que se puede hacer y de aquello que no se puede hacer y posiblemente de aquello que sí debe hacer, pero que no incurre en alguna censura de inconstitucionalidad.

Este tipo de pronunciamientos que emite la Corte en los casos de omisiones del legislador, representan el desarrollo de la premisa relativa a la naturaleza auténtica de la jurisdicción constitucional que no es (o ha cesado de ser) de simple jurisdicción caducatoria o de anulamiento (conforme al diseño del poder constituyente), sino que está destinada a concurrir a la elaboración legislativa y al desarrollo de principios, de los fines y programas constitucionales.⁶⁴

3. EL VALOR REFORMADOR DE LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL

Un diverso rol de la jurisdicción constitucional concentrada –y de los jueces- respecto a las previsiones de la Constitución se detecta independientemente del fenómeno de los pronunciamientos formalmente aditivos,⁶⁵ ni puede estar en ellos solo considerada.⁶⁶

Tomando en cuenta -como señala SILVESTRI- que todos los pronunciamientos interpretativos (*de rigetto* o de rechazo y de

⁶³ COLAPIETRO, C., *Le sentenze additive e sostitutive della Corte costituzionale*, Pacini, Editore, Pisa, 1990.

⁶⁴ MODUGNO, F., *La Corte Costituzionale italiana oggi*, op.cit., pp. 574-575.

⁶⁵ Respecto de las sentencias aditivas ver: ELIA, L., *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale (ottobre-luglio 85)*, en Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli, Tomo I, CEDAM, Padova, 1985, pp. 299 y ss.

⁶⁶ BIN, R.;- PITRUZZELLA, G., *Diritto costituzionale*, op.cit., pp. 452 y ss. Roberto Bin señala que: “*Las decisiones de la Corte Costituzionale en los juicios de legitimidad constitucional, sean estos propuestos en vía incidental o en vía directa pueden subdividirse en tres grandes tipos: a) Decisiones de inadmisibilidad; b) Decisiones de rechazo; y c) Decisiones de acogimiento*”.

accoglimento parcial) tienen en realidad un valor aditivo,⁶⁷ en el sentido de que la Corte, por salvar la disposición –así remediando o según el punto de vista, absolviendo y alimentando la inercia legislativa, adscribe a ella un significado que en principio no tenía, con el fin de solicitar a los jueces que, al aplicar normas diversas de aquellas (constitucionalmente incompatibles) que hasta ahora habían aplicado y de las cuales (fundamentalmente) dudaban. La sentencia interpretativa de rechazo (con valor aditivo), puede así ofrecer a veces espacios de elección menos condicionantes de la textualidad invertida de los dispositivos con que concluyen las sentencias de “*accoglimento additivo*” o de estimación aditiva.⁶⁸

Así, la Corte cuando procede a la eliminación de una omisión legislativa, lo hace en razón de otra norma o principio que debe tomar su lugar.

Es verdad que, en el caso de las sentencias interpretativas de “*rigetto*” o “rechazo”, la experiencia concreta del efecto aditivo no es manejada con la eficacia *erga omnes* propia de los pronunciamientos de *accoglimento* (bajo tal perfil asimilable a las leyes), pero condicionan a una suficientemente adhesión de los jueces a la interpretación “*adeguatrice*” o “de adecuación” indicada por la Corte. A falta de tal adhesión, la Corte suele reaccionar con una sentencia interpretativa de

⁶⁷ Silvestri señala que todas las sentencias interpretativas de la Corte Costituzionale, ya sean de acogimiento o de rechazo, son sentencias aditivas, en SILVESTRI, G., *Le sentenze normative della Corte Costituzionale*, en Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli, Tomo I, CEDAM, Padova, 1985, pp. 763 y ss; ZAGREBELSKI, G., *La giustizia costituzionale, op.cit.*, pp. 1554-155. Este autor propone una noción más delimitada de las sentencias interpretativas.

⁶⁸ ELIA, L., “*Sentenze interpretative*” di norme costituzionali e vincolo dei giudici, en Giurisprudenza Costituzionale, 1982. Del mismo modo, ver: SANDULLI, A.M., *Atto legislativo, statuizione legislativa e giudizio di legittimità costituzionale*, en Raccolta di Scritti in onore di A.C. Jemolo, Tomo III, Milán, 1963, pp. 647-648; MONTESANO, L., *Sulle sentenze di incostituzionalità interpretative*, en Studi in onore di B. Petrocelli, Tomo III, Milán, 1972, pp. 1227-1228;

“*accoglimento*”⁶⁹ o “estimación” (en sentido estricto) o con la declaración de inconstitucionalidad, según los casos totales o parciales.

Aún más evidente es el valor innovador y amplificador de las sentencias de *accoglimento parziale* o estimación parcial que afectan las disposiciones legislativas “en la parte en que excluye” o limita la garantía o los beneficios que ella ofrece. Tales pronunciamientos son calificados por algunos⁷⁰ como “aditivos por exclusión”, describiendo así los efectos consiguientes a la declaración de inconstitucionalidad de la norma de exclusión que el legislador ha querido introducir en la disposición. Ellas no tienen todavía un dispositivo con una estructura formalmente aditiva, sino que producen efectos “*aggiuntivi*” o “adjuntivos” –y bajo tales perfiles son asimilables a las sentencias aditivas en sentido propio- no introducen un *novum*, sino que reducen aquel que ya existe.⁷¹

Si se observan bien, los efectos –extensivos o reductivos, positivos o negativos- inducidos de los pronunciamientos de “*accoglimento parziale*” (acogimiento o estimación parcial), dependen del sentido del texto legislativo sobre el cual incide la

⁶⁹ POLITI, F., *L'efficacia nel tempo delle sentenze di accoglimento nelle riflessioni della Rivista “Giurisprudenza Costituzionale”*, en PACE, A., *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della Rivista “Giurisprudenza Costituzionale”* per il cinquantesimo anniversario. Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 2006, pp. 865-866. POLITI, afirma que: “...la tesi tendente ad assimilare la declaratoria di incostituzionalità ad una pronuncia di annullamento la sentenza di accoglimento ha natura di accertamento costitutivo, nell'orientamento prevalente la sentenza di accoglimento a volte è definitiva quale pronuncia dichiarativa di un'invalidità preesistente (cui l'ordinamento ricollega la cessazione di efficacia costituzionalmente imposta), altre volte invece quale sentenza di accertamento costitutivo il cui effetto consiste appunto della disapplicazione della norma riconosciuta contraria alla Costituzione...”.

⁷⁰ Ver: RUGGIERI, A., *In tema di oggetto e di effetti delle sentenze costituzionali*, en *La giustizia costituzionale a una svolta*. Acti del seminario de Pisa del 5 maggio 1990, Turín, 1990.

⁷¹ ZAGREBELSKI, G., *La dottrina del diritto vivente*, en *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale* (Acti del Convegno, Trieste 26-28, maggio 1986), Milán, 1988. p. 97.

declaración de inconstitucionalidad.⁷² En base a la lógica común, eliminar una negación o limitación existente, equivale a afirmar o ampliar. Pero esto no significa que la negación o limitación existente sea eliminada.

El resto, igualmente una decisión formalmente “demolitoria” puede introducir efectos aditivos (por ejemplo, haciendo menos difícil la aplicabilidad de una garantía o un tratamiento favorable) o reduciendo (por ejemplo, eliminando un tratamiento privilegiado absolutamente irracional).

Desde el punto de vista teórico –y a pesar de la diversa eficacia del pronunciamiento de “*rigetto*” o de rechazo y de aquellas de “*accoglimento*” o estimatorias- se puede advertir un *continuum* histórico y lógico entre el uso de la interpretativa de rechazo y de estimación, de los pronunciamientos de estimación parcial y de los pronunciamientos aditivos y sustitutivos.⁷³

No obstante la diversidad de efectos y de los problemas que determinan estos tipos de decisiones en los que parece que la Corte traza una base teórica común, vale la pena señalar la distinción entre “disposición” y “norma”,⁷⁴ identificando a la primera con el texto escrito (el significado, la forma lingüística) y la segunda, con la regla derivada del texto por medio de la interpretación (el significado).⁷⁵

A tal distinción la jurisprudencia constitucional muestra adhesión incondicional cuando en términos generales afirma que la Corte juzga las normas, pero pronuncia sus disposiciones.⁷⁶

⁷² Sobre los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, ver: PINARDI, R., *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*. Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1993.

⁷³ Siguiendo la tesis de Elia y de SILVESTRI.

⁷⁴ CRISAFULLI, V., *Lezioni di diritto costituzionale*, Vol. II, Padova, 1984.

⁷⁵ Sobre una visión amplia de la distinción entre “disposición” y “norma”, ver: GUASTINI, R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Dott. A. Giuffrè, Milán, 1993; y específicamente: *Disposizione vs. Norma*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1989.

⁷⁶ La Sentencia n.84 de 1996, hace referencia a la relación entre disposición y norma en el juicio incidental, manifestando en su parte relativa a este tema que “... In

Utilizando la distinción fundamental dentro de la *iuspublicista* italiana moderna en la diferenciación entre “disposición” y “norma”, permite a la Corte manipular los contenidos normativos de los textos legislativos, para posteriormente decidir cuál de ellos anula declarándolos inconstitucionales. De esta forma, la Corte *Costituzionale* parece no querer renunciar a un rol *lato sensu* jurisdiccional, como proceder por agregación o disgregación de significados respecto al texto escrito sin modificarlo pertenece a la lógica (agregativa) que es propia de la actividad de los jueces, no a aquella (creativa o sustitutiva) que es propia del legislador.⁷⁷

Lo que caracteriza a la sentencia aditiva⁷⁸ –y que no ha sido objeto de una delicada consideración doctrinal– es que ella parece escapar a la lógica actividad jurisdiccional y entra en aquella propia de la actividad legislativa. Y es que, a través de la sumisión a la ley, la Corte *Costituzionale* termina por subrogarse al órgano representativo de la voluntad popular en aquellas acciones que le competen (y que no

generale la disposizione –della cui esatta identificazione, al momento dell’ordinanza di rimessione, è onerato il giudice rimettente (...) non potendo egli limitarsi a denunciare un principio (...) – costituisce il necessario veicolo di accesso della norma al giudizio della Corte, che si svolge sulla norma che è oggetto del raffronto con il contenuto precettivo del parametro costituzionale, e rappresenta poi parimenti il tramite di ritrasferimento nell’ordinamento della valutazione così operata, a seguito di tale raffronto, dalla Corte medesima, la quale quindi giudica su norme, ma pronuncia su disposizioni...”.

⁷⁷ MODUGNO, F., *Corollari del principio di “legittimità costituzionale” e sentenze “sostitutive” della Corte*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1981. p. 102; Del mismo autor: *La funzione legislativa complementare della Corte costituzionale*, en *Giurisprudenza costituzionale*, Tomo I, 1981. Pp.1646 y ss.

⁷⁸ Ver: LAVAGNA, C., *Sulle sentenze additive della Corte costituzionale*, en *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, Tomo II, Dott. A. Giuffrè, Milán, 1970 pp. 1131-1144; y también en *Giurisprudenza italiana*, 1967; asimismo: MODUGNO, F.,-CARNEVALE, P., *Sentenze additive “soluzione costituzionalmente obbligata” e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del “verso” della richiesta addizione*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1990, pp. 519 y ss.

tiene, o no por ahora una facultad expresa, o que si se quiere tiene facultad en forma incompleta).⁷⁹

Es probable que las adiciones de la Corte -puntualmente descritas en el dispositivo de la sentencia- hagan a la Corte copartícipe de la actuación de la Constitución y portadora de una propia preferencia política (constitucional), desvinculada de las fuerzas de mayoría y capaces de condicionar o influir en su acción.

La extrema defensa del carácter jurisdiccional de la sentencia aditiva –o su conducción a la lógica agregativa y no puramente creativa- y la doctrina de la “*rime obbligate*” de Crisafulli,⁸⁰ la cual se sustancia en el asunto de que lo que la Corte añade no es por ella misma creado, pero en cualquier modo está presente en el ordenamiento legislativo y/o constitucional, en la que la Corte se limita a traducir una regla expresamente –a declarar- lo que ha estado latente y ya previsto. De este modo, si propiamente se quiere hablar de legislación, ella sería constitucionalmente obligatoria y no ya expresiones de valoración discrecional propias de la función legislativa.

Esta tesis es la base de la máxima más veces encontrada en la jurisprudencia constitucional, con la que la Corte, enunciando su

⁷⁹ Dentro de la amplia categoría de las sentencias manipulativas es posible distinguir, al menos desde el punto de vista teórico, pues en la praxis suelen adoptar perfiles mixtos, entre sentencias de acogimiento o estimación parcial o manipulativas en sentido estricto y sentencias aditivas o adjuntivas junto a sentencias sustitutivas. En las sentencias de estimación parcial o manipulativas en sentido estricto, se declara la inconstitucionalidad de la parte del contenido normativo complejo de la disposición. Son por tanto parciales en cuanto a este mismo contenido normativo y no en cuanto a que eliminen parte del texto de la disposición. La Corte realiza una operación de explicación de los contenidos individuales, para en un segundo momento declarar algunos de esos contenidos inconstitucionales; esto es, en las sentencias “*manipolative*” (manipulativas) o de “*accoglimento parziale*” (estimación parcial), la Corte asume una verdadera función creadora del derecho con un rol parcialmente paralegislativo.

⁸⁰ La fórmula “*sentenze a rime obbligate*” es de CRISAFULLI, Vezio, en “*Lezioni di diritto costituzionale*”, Tomo II, CEDAM, Padova, 1984, p. 402 y ss.

propia doctrina, suele justificarse y al mismo tiempo limitar la posibilidad de adoptar pronunciamientos aditivos “... *una decisión aditiva es aceptada como ius receptum, solo cuando la solución – nótese no la interpretación- apropiadamente no deba ser fruto de una valuación discrecional, pero alcanza necesariamente al juez de la legitimidad, si que la Corte Costituzionale en realidad procede a una extensión lógicamente necesaria e igualmente implícita en la potestad interpretativa en el contexto normativo en él se inserta la disposición impugnada. Cuando en realidad si perfilamos una pluralidad de soluciones derivadas de varias posibilidades de valoraciones, la intervención de la corte no es admisible, porque la relativa elección únicamente corresponde al legislador. O en términos más simples, la sentencia aditiva, es posible solo cuando la cuestión se presenta por una disposición obligatoria, esto es, cuando la solución sea lógicamente necesaria e implícita en el mismo contexto normativo*”.⁸¹

El respeto de esta regla –que del carácter no creativo de las adiciones es reproblable- conduce a la Corte a declarar la inadmisibilidad de la cuestión cuando exista una pluralidad de

⁸¹ Ordenanza n. 380 de 2006. En su parte considerativa señala: “... *una decisione additiva è consentita, com'è ius receptum, soltanto quando la soluzione [si noti, non la interpretazione] adeguatrice non debba essere frutto di una valutazione discrezionale, ma consegua necessariamente al giudizio di legittimità, sì che la Corte in realtà procede ad una estensione lógicamente necessitata e spesso implicita nella potenzialità interpretativa del contestonormativo in cui è inserita la disposizione impugnata. Quando, invece, si profili una pluralità di soluzioni, derivanti da varie possibili valutazioni, l'intervento della Corte non è ammissibile, spettando la relativa scelta unicamente al legislatore*” O, in termini più sintetici, “*le pronunce additive ... sono consentite solamente quando la questione si presenti a rime obbligate, cioè quando la soluzione sia logicamente necessitata ed implicita nello stesso contesto normativo...*”

El término “*a rime obbligate*” en lugar de las más bien frecuentes “*soluciones constitucionalmente obligadas*”, es utilizado por la Corte Costituzionale para detectar la presencia (sentencia n. 218 de 1985) o la ausencia (sentencia n. 298 de 1993, n. 70 de 1994, n. 258 y n. 308 de 1994, ordenanza n. 432 de 2006), y consecuentemente afirmar o negar la posibilidad de una decisión aditiva.

soluciones posibles por la *reductio ad legitimitatem*. Cabe señalar, que cuando se encuentran no una sola, sino muchas normas (con un contenido suficientemente determinado) adecuadas para extenderse y constituir una disciplina idónea de un caso no expresamente regulada.

En la configuración de las sentencias aditivas como decisiones “*a rime obbligate*”⁸² se manejan, sin embargo, dos objeciones importantes, correspondientes a cada una de las aporías.⁸³ La primera es que –se da una verdadera solución integral y obligatoria a la norma ya existente en el sistema- ahora puede ser recabada directamente y autónomamente por los jueces, sin necesidad de involucrar esta cuestión a la Corte *Costituzionale*. La segunda, es que la misma Corte parece socavar el carácter obligatorio de la solución, haciendo cargo a la autoridad remitente de individualizarla e indicarla, so pena de inadmitir la cuestión.

Sin embargo, ninguna de las dos críticas parece suficientemente decisiva. La primera de ellas porque el hecho de que sea una sola “*rime obbligate*” no significa que solo la Corte pueda identificarla en modo cierto y adoptarla con valor *erga omnes* (así en modo dubitativo y con la eficacia limitada a la decisión del caso), en

⁸² CRISAFULLI, V., *La Corte costituzionale ha vent'anni*, en *Giurisprudenza costituzionale* 1976, p. 1707. Será el propio Crisafulli quien por vez primera acuñe este término que posteriormente, tanto la Corte Costituzionale, como la doctrina constitucional utilice para referirse a este tipo de soluciones, cuando manifestara que “...*si de creazione di un nuovo diritto vuole parlarsi (ma non é), dovrà almeno aggiungersi, dunque, che si tratterebbe di una legislazione a rimer obbligate. La Corte non inventa alcunché ma estende o esplicita qualcosa che, seppure allo stato latente, era già compreso nel sistema normativo in vigore...*”. La expresión “*A rime obbligate*” es una expresión metafórica utilizada en las sentencias aditivas cuando la Corte Costituzionale interviene en el control constitucional de normas remitidas a ella por los jueces ordinarios para que amplíe, extienda o complete el verso escrito por el legislador en la norma sujeta a control, añadiendo aquella palabra que, por sí sola, puede hacer regresar la coherencia sistemática del ordenamiento con el texto constitucional. Al respecto ver: BIN, R., PITRUZZELLA, G., “*Diritto Costituzionale*”, G. Giappichelli Editore, Turín, 2010, pp. 461-462.

⁸³ ZAGREBELSKI, G. *La giustizia costituzionale, op.cit.*, pp. 154-155.

el resultado del balance de los valores constitucionales involucrados, balance que resta la prerrogativa natural del juez de las leyes.⁸⁴ Y en la segunda, porque los pronunciamientos de inadmisibilidad de la cuestiones planteadas sin indicar la solución del juez *a quo* reputada constitucionalmente obligada parece dirigida a estigmatizar solo un defecto de colaboración que se resuelve en perspectivas incompletas o anticipadas de la cuestión. Es cierto, sin embargo, que a través de este medio procesal – se tiende a imponer al juez la obligación de demostrar la ausencia de discrecionalidad del legislador, para, según parte de la doctrina,⁸⁵ se trataría en todo caso de un modo para incluir la autoridad judicial en la dialéctica con el Parlamento y hacerle compartir, frente a esto, la responsabilidad de la “adiciones” operadas por la Corte.

La preocupación de que las sentencias aditivas incorporan espacios de creatividad reservadas al legislador vuelve a emerger, sin embargo, ya como crítica a estas singulares adiciones que la Corte de vez en vez introduce, ya respecto a la posibilidad que ella opere elecciones de política criminal o de relevante impacto económico-financiero. De estas preocupaciones, la Corte aún no se hace cargo.

La jurisprudencia constitucional excluye la posibilidad de pronunciarse de manera aditiva en materia penal en virtud de que podrían derivarse efectos *in malam partem* (potencialmente reductores de la libertad personal), asumiendo que la Corte igualmente está sometida al respeto del principio de estricta legalidad que domina tal materia (artículos 13 y 25, párrafo segundo de la Constitución).

⁸⁴ ELIA, L., *Sentenze interpretative di norme costituzionali e vincolo dei giudici. Osservazione a sentenza, Corte Cost. (15 dicembre) 29 dicembre 1966, n. 127*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1966, pp. 1715 y ss. Ver también: GORLA, G., *L'interpretazione del diritto*, Giuffrè Editore, Milán, 2003.

⁸⁵ MODUGNO, F.; CARNEVALE, P., *Sentenze Additive, soluzione costituzionalmente obbligata e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del verso de la richiesta addizione*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1990. También, ver: ZAGREBELSKI, G., *La giustizia costituzionale, op.cit.*, pp. 304 y ss.

Menor cautela ha acompañado inicialmente al uso de las decisiones aditivas de prestación,⁸⁶ las cuales -a diferencia de la aditiva de garantía- no se extienden a las libertades civiles, sino a las prestaciones económicas y servicios son a cargo del Estado.⁸⁷ Este tipo de decisiones aditivas presentan algunas particularidades no despreciables, donde el fragmento normativo que la Corte añade se concreta en la adición de una prestación a cargo de los poderes públicos, las cuales se encuentran estrechamente vinculadas con los postulados de la visión del *Welfare State*, existente en la Constitución italiana.⁸⁸

En este tipo de pronunciamientos “innovativos” o manipulativos, declaran la inconstitucionalidad de la “omisa previsión” de algo que habría debido de estar previsto en la ley e introduciendo un contenido normativo adicional incluso en presencia de un texto que sería capaz de producir de por sí. La omisión a veces da como resultado la exclusión de un determinado sector, en tales casos la anulación de la parte separable de la disposición que nada dice a propósito corta el obstáculo a la expansión y a la aplicabilidad

⁸⁶ Las sentencias aditivas emitidas por la Corte determinan la extensión de la garantía o de las prestaciones económicas y servicios a cargo del Estado, de esta forma la doctrina italiana distingue entre aditivas de garantía y aditivas de prestación. Este segundo tipo de sentencias puede ocasionar problemas de cobertura financiera, imponiendo al Gobierno y al Parlamento a restituir los recursos financieros acordados para ejecutar el pronunciamiento de la Corte, de conformidad con la obligación impuesta por el artículo 81, párrafo cuarto de la Constitución italiana.

⁸⁷ ELIA, L., *Le sentenze additive e la piú recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 81 – luglio 85)*, en Scritti su la Giustizia Costituzionale in onore di Vezio Crisafulli, *op.cit.*, pp. 299 y ss. También en la misma obra: ver: PALADIN, L., *Corte Costituzionale e principio generale d'eguaglianza: Aprile 1979-dicembre 1983*, en Scritti su la Giustizia Costituzionale in onore di Vezio Crisafulli, *op.cit.*, pp. 605 y ss.

⁸⁸ MODUGNO, F., *Lineamenti di diritto pubblico*. G. Giappichelli Editore, Milán, 2007, pp. 665-666. Modugno indica que a finales de la década de los años 80s, la Corte inventó este nuevo tipo de pronunciamientos llamados aditivas de prestación, o también como aditivas de mecanismo o aditivas a dispositivo genérico.

de la norma contenida en aquella en la hipótesis ilegítimamente excluida.⁸⁹

La inmediata expansión de los derechos sociales, como resultado del juicio de igualdad, que la Corte por no denegar justicia realiza bajo la interpretación del artículo 3 de la Constitución italiana,⁹⁰ ha sido objeto de críticas en sede doctrinal⁹¹ y (todavía) en sede política,⁹² señalándose por un lado que tales sentencias

⁸⁹ MONTELLA, M., *Tipologia delle sentenze della Corte costituzionale*, Maggioli editore, Rimini, 1992, p. 105 y ss.

⁹⁰ La Constitución italiana en su artículo 3 señala que: *“Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e social. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che limitando di fatto la libertà e la eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese.”*

⁹¹ ZAGREBELSKI, G., *Giustizia costituzionale, op.cit.*, pp. 162 y ss. Para Zagrebelski este tipo de decisiones es *“...un uso perverso del principio de eguaglianza che invece di eliminare i privilegi, tende a generalizzarli, pensando non sempre a ragione, che la generalizzazione del privilegio sia un fatto che ne muta la qualità. Secondo il suddetto autore, questa soluzione appare tecnicamente scorretta...”*.

⁹² MONTELLA, M., *Tipologia delle sentenze della Corte costituzionale, op.cit.*, pp. 111-112. Este autor señala que una de las críticas que se realizan a este tipo de sentencias es el hecho de que los problemas de cobertura económica no pueden ser resueltos por la Corte Costituzionale, como sucedió con la sentencia n. 219, de 8 de julio de 1975, relativa a extender las hipótesis previstas en los artículos 16 bis de la Ley 18 de marzo de 1968 n. 249 y 47 del Decreto Presidencial 30 de junio de 1972, n. 748, con la que la Corte equiparó a los docentes universitarios y a los funcionarios del Estado en puestos directivos, anulando la parte en la que excluían a los docentes universitarios del tratamiento económico previsto para el personal directivo, señalando que tal disposición violaba con esta omisión el artículo 3 de la Constitución relativo al derecho a la igualdad. El Parlamento reaccionó negativamente contra esta intervención “para-legislativa” de la Corte. El máximo órgano legislativo ha basado sus consideraciones en el hecho de que la Corte no podía aprobar los balances económicos por lo que invitó al Gobierno a no dar seguimiento al pronunciamiento definitivo de la Corte, porque no era creadora de derecho positivo.

interfieren –compulsándola- con la necesaria gradualidad de la acción legislativa; y por otro lado, que se sustraen a la obligación de cobertura financiera establecida por el artículo 81, párrafo cuarto, de la Constitución,⁹³ vulnerando de esta forma los principios constitucionales⁹⁴ al imponer al legislador la obligación de encontrar los recursos necesarios para cubrir los nuevos gastos señalados en la sentencia constitucional.

No acaso, la progresiva disminución de las declaraciones aditivas de prestación, registradas a partir de los años noventa es concomitantemente y correlativa con la crisis del modelo del Estado social, inducida por el agravamiento de las finanzas públicas.

Un límite general a la adopción de pronunciamientos aditivos (también de prestación) en los juicios de igualdad, emerge, sin embargo, de la jurisprudencia constitucional, donde se afirma que la tendencia de este juicio es la restauración de la norma general deducible del complejísimo sistema normativo e injustificadamente derogada de aquella particular, de modo que esta última pueda ser objeto del juicio, mientras que como regla general no es útilmente invocable como *tertium comparationis*.⁹⁵ Se niega, entonces, en clave lógico-procesal, que el juicio de igualdad deba necesariamente conducir a equiparaciones “hacia arriba” y se admite teóricamente la posibilidad (en realidad raramente ocurre) de equiparaciones “hacia abajo”.⁹⁶

⁹³ La Constitución italiana, en su artículo 81, párrafo cuarto, señala: “...Ogni altra legge che importi nuove o maggiori spese deve indicare i mezzi per farvi fronte.”

⁹⁴ SORACE, D.; TORRICELLI, A., *La tutela degli interessi tra Corte Costituzionale e Parlamento; la sentenza della Corte Costituzionale che comportano nuove e maggiori spese*, en CAMELLI, M., *Le istituzioni nella recessione*, Il Mulino, Boloña 1984, pp. 349 y ss.

⁹⁵ Así lo afirman las Sentencias de la Corte Costituzionale n. 97 de 1996; n. 295 de 1995; 298 de 1994; n. 272 de 1994; y n. 383 de 1992, entre otras.

⁹⁶ CARNEVALE, P.; CELOTTO, A., *Il parametro eventuale. Riflessioni su alcune ipotesi atipiche di integrazione legislativa del parámetro nei giudizi di legittimità costituzionale delle leggi*. G. Giappichelli Editore, Turín, 1998, pp. 112-113.

Esto no significa que la Corte no determine la identidad de la *ratio* entre el caso excluido y aquel incluido en una previsión derogatoria a la regla general, pueda extenderse al ámbito de aplicación de la primera con el resultado de reducir aquello de la segunda (sin invalidarla, o invalidándola solo parcialmente).

Admitiendo que la doctrina de la “*rima obbligate*” y el “*self restraint*” de la Corte en materia penal o financieramente sensible, y más en general, en el juicio de igualdad, basta para evitar indebidas sobreposiciones del juez constitucional al legislador, se ha detectado que las sentencias aditivas suponen problemas con respecto a las relaciones de la Corte con los jueces, no pudiéndose admitir a estar a la altura “indicar solamente y con eficacia *erga omnes* las normas que vienen a colmar la laguna derivada de la inconstitucionalidad de la ley.”⁹⁷

Se considera que la determinación de los modos a través de los cuales el ordenamiento se recompone después de un pronunciamiento de inconstitucionalidad, colmando el vacío en cumplimiento a los dictados constitucionales o del sistema legislativo, deba dejarse a la jurisprudencia común, sin que ésta sea vinculada al aplicar la norma introducida por el juez de las leyes.

En una análoga perspectiva,⁹⁸ se sostiene que en las decisiones aditivas se necesita distinguir el aspecto “*ablative*” –la declaración de inconstitucionalidad que elimina el obstáculo a la recomposición del ordenamiento en modo compatible con la Constitución –del aspecto “reconstructivo”, observando la determinación de la norma nueva, sustitutiva de aquella eliminada. Solo la *pars destruens* estaría dotada de efectos *erga omnes*, mientras que la *pars construens* tendría efectos únicamente persuasivos, su ámbito de aplicación se circunscribe a la resolución del juicio del *a quo*.

⁹⁷ ZAGREBELSKI, G., *La giustizia costituzionale, op.cit.*, p. 156.

⁹⁸ PICARDI, N., *Le sentenze “integrative” della Corte costituzionale*, en *Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, Tomo IV, Milán, 1977, pp. 597 y ss.

4. LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN LA ELABORACIÓN DOCTRINAL

Una justificación diversa para las sentencias aditivas parece encontrarse en la teoría de las omisiones inconstitucionales del legislador, configurándolas como decisiones que vierten y son dirigidas a combatir la inacción legislativa (total o parcial) de un parámetro constitucional, de la cual la falta de norma legislativa es el resultado.

La problemática relativa al control de la constitucionalidad de las omisiones del legislador ha sido considerada como uno de los más tormentosos, pero a su vez más interesantes temas del derecho constitucional contemporáneo. No solo porque se trata de controlar las acciones positivas del legislador como se ha diseñado el control constitucional de normas de tipo kelseniano, sino porque incluso rompe con dicho esquema, superándolo al tratar de concebir facultades al juez constitucional para controlar sus acciones negativas u omisivas en el cumplimiento de los dictados constitucionales, llevándolo a un plano diverso al de solo anular las normas no conformes a la constitución, sino aquellas donde el legislador ha legislado defectuosamente, diciendo algo distinto a lo que debería decir o dejando de decir algo que tendría que decir e incluso extendiendo los alcances de la disposición legal a situaciones o beneficiarios excluidos por el legislador, atribuyendo al juez constitucional un papel ya no solo como juez-anulador, sino como juez-constructor de las normas constitucionales.

Fue la doctrina alemana de la mano de Wessel⁹⁹ y Lechner¹⁰⁰ y de la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgerichts*¹⁰¹ (analizada por

⁹⁹ Fue Wessel (juez constitucional) quien abordó por vez primera la problemática de la omisión legislativa constitucional, basándose en la tesis de que ésta pudiese afectar varios derechos fundamentales, al respecto ver: WESSEL, F., *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde*, en *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, n. 67, Jahrgang, Heft 6, 15 marzo 1952., pp. 161 y ss.

¹⁰⁰ LECHNER, H., *Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Unterlassungen des Gesetzgebers*, en “*Neue Juristische Wochenschrift*”, 1985, pp.

Trocker),¹⁰² quienes comenzaron a analizar la inercia y los silencios del legislador como fenómenos criticables en el plano político, llevando por primera vez al plano de la doctrina constitucional la problemática de las omisiones legislativas lesivas de los dictados constitucionales, en especial de los derechos fundamentales, posteriormente elevados en Italia por Costantino Mortati¹⁰³ a un tipo de inconstitucionalidad por omisión, contrapuesto a aquello -por comisión- atribuible a los actos legislativos arbitrarios o ilegítimos.

En su configuración inicial, la omisión legislativa inconstitucional no coincide con la laguna normativa¹⁰⁴ (en sentido propio) y tampoco consiste en la simple inercia del legislador, sino en la inobservancia de una obligación positiva de legislar impuesta por la constitución.¹⁰⁵

En este sentido se puede decir que la omisión legislativa en sentido técnico consiste en la ausencia de una norma que debe regular un aspecto específico bajo el examen del juez constitucional.¹⁰⁶ Dependiendo si el comportamiento omisivo del

1817 y ss.

¹⁰¹ Ambos estudios tanto de Wessel como Lechner, analizaron el primer pronunciamiento del BVerfG 19-12-1951, entre omisiones absolutas y relativas.

¹⁰² TROCKER, N., *Le omissioni del legislatore e la tutela giurisdizionale dei diritti di libertà (Studio comparativo sul diritto tedesco)*, en Archivio Giuridico "Filippo Serafini", Vol. CLXXVIII, Fascicoli 102, Gennaio-Aprile, 1970, pp. 88 y ss.

¹⁰³ MORTATI, C., *Appunti per uno studio sui remedi giurisdizionali contro comportamenti omisivi del legislatore*, op.cit., p. 276.

¹⁰⁴ Sobre la distinción entre omisión y laguna ver: MORTATI, C. *Appunti per uno studio sui remedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, op.cit. pp. 2601 y ss.

¹⁰⁵ MORTATI, C., *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*. Raccolta di Scritti, Vol. III, Milán, 1972, pp. 923 y ss. Mortati distingue entre omisión inconstitucional y laguna, señalando que la omisión supone siempre un incumplimiento voluntario equivalente a un acto expreso de disposición contrario a un deber constitucional; la laguna en cambio, puede producirse de modo involuntario.

¹⁰⁶ FALZEA, P., *Norme, principi, integrazione. Natura, limiti e seguito giurisprudenziale delle sentenze costituzionali a contenuto indeterminato*. G.

legislador se traduzca en la total ausencia de alguna disposición aplicada de una disposición constitucional, o en la actuación solo parcial e incompleta de ello, se habla de omisión absoluta (o primaria o de primer grado) o relativa (o secundaria o de segundo grado).¹⁰⁷

La primera coincide con la falta de actuación de disposiciones constitucionales, esto es, coinciden con la inercia del legislador de frente al precepto constitucional que imponga directa e incondicionadamente una cierta intervención legislativa, como ocurre en algunos derechos sociales, siguiendo una de las posibles interpretaciones de las disposiciones constitucionales que las disciplinan. En tanto que las segundas, consisten en la adopción de una disciplina legislativa parcial e incompleta, en cuanto destinada a aplicarse a una clase no suficientemente extensa de sujetos, violando el principio de igualdad,¹⁰⁸ esto es, se trata de intervenciones legislativas omisivas impuestas por el principio de igualdad,

Giappichelli, Turín, 2005, pp. 66-67. Este autor señala que “...*La omisión comporta una laguna del sistema normativo, la cual encuentra su remedio en la actividad interpretativa superior, con función integrativa respecto al aparato de los enunciados legislativos y que se vale de los instrumentos hermenéuticos de la analogia legis y de la analogia iuris. Este medio ordinario de integración del ordenamiento es utilizado por la ciencia jurídica y por la praxis judicial. En tanto que la laguna viene colmada mediante la aplicación de principios generales, la norma formulada y aplicada al caso concreto difícilmente resultara censurable por irracionalidad o por violación de los principios de igualdad. En hipótesis el único remedio ofrecido a la Corte es aquel de sugerir directamente al juez la norma que debe aplicar, que así viene reconocida a nivel constitucional....*”.

¹⁰⁷ Con relación a las clasificaciones realizadas en la doctrina italiana, además de la realizada por Mortati en su conocida obra “*Appunti per uno studio sui remedi giuridizionali contro i comportamenti omissivi del legislatore*”, *op.cit.*, pp. 257 y ss. Del mismo modo, ver: PICARDI, N., “*La sentenze integrative della Corte costituzionale, in Scritti in onore di Costantino Mortati*”, Tomo IV, Milano, 1977, pp.604 y ss. SILVESTRI, G., “*La sentenze normative della Corte costituzionale, in Scritti in onore di Vezio Crisafulli*”, Tomo I, Padova, 1985, pp. 778 y ss.

¹⁰⁸ La clasificación entre omisiones absolutas y relativas, es la propuesta por Wessel.

condicionadamente a la adopción de una disciplina de privilegio no suficientemente extensa.¹⁰⁹

Ahora bien, siguiendo algunas clasificaciones vertidas en la doctrina italiana, podemos señalar que la omisión absoluta puede distinguirse en pura e impura (o impropia),¹¹⁰ dependiendo de que en la legislación precedente –y también en la preconstitucional- una determinada materia no sea en absoluto regulada jurídicamente o sea mal regulada (también de manera total o parcialmente distinta de las directivas constitucionales). Ejemplos de omisión impura podrían encontrarse en la omisión histórica del legislador republicano de los cuales nos hemos referido.

La omisión impura está encuadrada dentro de las omisiones relativas de las que se excluye que la omisión tenga un carácter absoluto cuando, sin embargo, existe una legislación que regula la materia.

La omisión relativa se verifica en el caso de una insuficiente extensión de una disciplina y principalmente cuando una posición de ventaja haya sido prevista por el legislador para favorecer solo unas clases de situaciones o de sujetos menos amplia de aquellas que, por respeto del principio de igualdad (o de otros principios constitucionales), debieron ser considerados.

Las omisiones absolutas son sustraídas del control de constitucionalidad¹¹¹ cuando correspondan a una falta de realización del aspecto organizativo de entes u órganos del todo desconocidos por el ordenamiento preexistente (por ejemplo, Regiones, Consejo

¹⁰⁹ PARODI, G., *La sentenza additiva a dispositivo generico*, op.cit., pp. 123-124.

¹¹⁰ TROCKER, N., *Le omissioni del legislatore e la tutela giurisdizionale dei diritti di libertà*, en *Archivio giuridico "F. Serafini"*, 1970, pp. 88 y ss.

¹¹¹ Según la jurisprudencia constitucional alemana tomando en consideración a Wessel, contra las omisiones absolutas no es posible o imaginable algún remedio jurisdiccional, mientras que contra las omisiones relativas es posible reaccionar debido a que en este último caso, en realidad nos encontramos frente a comportamientos positivos del legislador, ver: WESSEL, F., *Die Rechtprechung des bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde*, op.cit., p. 164.

Superior de la Magistratura), o cuando no existe un precedente de la reglamentación legislativa de dichas relaciones.

A las omisiones legislativas (incluso dentro de ellas las absolutas impuras), la Corte *Costituzionale* puede, eficazmente remediarlas mediante pronunciamientos aditivos. Los cuales no tienen por objeto la disposición expresa –que no es (ni puede ser declarada) inconstitucional, ya que aquel que está previsto constituye, no obstante, un inicio de actuación de la directiva constitucional –pero incompleta o insuficientemente amplia de la acción legislativa respecto de aquella que exige el parámetro constitucional.

En el primer caso, relativas a las omisiones absolutas, al menos *prima facie*, la situación contraria a la Constitución puede ser eliminada a través del cumplimiento por parte del legislador de su deber de legislar. La Corte no puede imponer al legislador la obligación de desarrollar el programa constitucional no desarrollado, puesto que estaría invadiendo el ámbito competencial atribuible solo al legislador; sin embargo, hay que señalar que esto no equivale a negarle competencia al juez constitucional para declarar la inconstitucionalidad de la omisión.¹¹²

En el segundo caso, la inconstitucionalidad puede ser eliminada a través de la anulación de la norma que funge de *tertium comparationis*. Un remedio tal, todavía, resulta a la vista de la Corte *Costituzionale* raramente practicable, en consideración de la normal irreversibilidad de la disciplina de prestación interpretable como actuación de disposiciones constitucionales adscritas a los derechos sociales.¹¹³

De acuerdo con una clasificación posterior discierne de las omisiones absolutas relativas de las omisiones totales o parciales.¹¹⁴ Las omisiones absolutas (o de primer grado) coinciden con la inercia

¹¹² MORTATI, C. *Appunti per uno Studio sui rimedi giurisdizionali....*, op.cit., p. 937.

¹¹³ CARNEVALE, P.; CELOTTO, A. *Il parametro eventuale*, op.cit, pp. 11-112.

¹¹⁴ PARODI, G., “*La sentenza additiva a dispositivo generico*”, G. Giapichelli Editore, Turín. p. 123.

del legislador frente al precepto constitucional que imponga directamente e incondicionadamente un cierto grado de intervención legislativa (como sucede para algunos derechos sociales, de acuerdo con una de las posibles interpretaciones de las disposiciones constitucionales que la disciplinan). Las omisiones relativas (o de segundo grado) consisten en la omisión de la intervención legislativa impuesto por el principio de igualdad, condicionadamente a la adopción de una disciplina de privilegio no suficientemente extensa. A esta distinción se añade aquella entre las omisiones totales o parciales. La primera dejando el programa o la obligación constitucional del todo inactuado o incompleto; la segunda, está representada por las hipótesis de desenvolvimiento solo parcial o incompleto del precepto constitucional.¹¹⁵

Un desarrollo sucesivo y posterior de las teorías de las omisiones inconstitucionales¹¹⁶ se da de la contraposición entre omisiones determinadas e indeterminadas; y entre omisiones definidas (o específicas) e indefinidas (o genéricas).¹¹⁷

Incluso podemos encontrar en la doctrina otras dos clasificaciones más,¹¹⁸ derivadas del examen de la jurisprudencia que emite la Corte *Costituzionale* italiana: La primera, consiste en la distinción entre omisiones “determinadas” e “indeterminadas”; y la segunda, entre omisiones “definidas” o específicas, por un lado, y omisiones “indefinidas” o genéricas, del otro. Así, se está en presencia de omisiones determinadas cuando el legislador es reprendido por no haber previsto la adopción de una norma precisa (por ejemplo, por no haber extendido el derecho X también a la categoría Y), en cambio estamos frente a una omisión indeterminada cuando la disciplina faltante viene individualizada en términos vagos (por ejemplo, cuando la Corte censura la omisa previsión de un

¹¹⁵ *Idem.* p. 124.

¹¹⁶ FALZEA, P., *Norme, principi, integrazione, op.cit.*, pp. 76-82.

¹¹⁷ PARODI, G., “*La sentenza additiva a dispositivo generico*”, *op.cit.*, pp. 124-125.

¹¹⁸ *Idem.*, pp. 123-126.

adecuado tratamiento providencial o afirma la exigencia de una razonable igualdad. En estos casos la indeterminación no deriva simplemente de la vaguedad semántica que en la medida más o menos acentuada caracteriza todos los términos del lenguaje natural, sino de la necesidad para el intérprete de apelar a los parámetros de una incierta aplicación a los fines de la concretización del concepto jurídico indeterminado. Puede tratarse de conceptos valorativos (*Wertbegriffe*), o de conceptos técnicos no unívocos en cuanto a su interpretación, como en el caso de la omisa previsión de las investigaciones de los seronegativos como condición para la prestación de servicios riesgosos para terceros. La contraposición entre omisiones definidas e indefinidas es aquella que mejor permite distinguir entre sentencias aditivas tradicionales de sentencias aditivas de principios.

Contra los comportamientos omisivos del legislador la Corte carece *prima facie* de instrumentos específicos para hacer frente a dichos comportamientos nocivos del sistema constitucional, sin embargo, la Corte a través de diversas técnicas jurisprudenciales como ya se ha mencionado, ha realizado su mayor aportación al reaccionar frente a dichas omisiones con la emisión de sentencias denominadas de tipo aditivo tradicional¹¹⁹ en las que se indica el sentido obligado que debe tener la adición realizada por la Corte a la disposición legislativa declarada inconstitucional (*a rime obbligate*), o bien, señalando bajo las aditivas de principio aquellos parámetros compatibles con la constitución, bajo los cuales debe ceñirse el legislador para emitir la norma ausente permitiéndole con esto un mayor grado de elección al legislador.¹²⁰

Los dispositivos aditivos en cuestión, censuran las omisiones del legislador no definidas o individualizadas en un modo específico,

¹¹⁹ DUNI, G., *L'oggetto dei giudizi di costituzionalità e la problematica dei dispositivi additivi*, en *Scritti in onore di C. Mortati*, Vol. IV, Milán, 1977, pp. 313 y ss.

¹²⁰ FALZEA, P., *Norme, principi e integrazione.....*, op. cit., pp. 16-17.

esto es, censuran la omisa adopción – por retomar el esquema generalmente adoptado- de una de las múltiples medidas abstractamente idóneas a reparar la laguna inconstitucional. Por el contrario, los dispositivos aditivos tradicionales, por censurar a veces la omisa adopción de una disposición determinada, no postulan la presencia de una pluralidad de soluciones indiferentes desde el punto de vista del parámetro constitucional, entre los cuales el legislador debe o puede operar.¹²¹

Tal contraposición viene instituida después de que la Corte *Costituzionale* ha comenzado a hacer uso a finales de los años ochenta de un nuevo tipo de pronunciamientos aditivos, denominadas por algunos como declarativas y por otros (terminología más común) como aditivas de principio,¹²² en cuanto a que el dispositivo (genérico) no añade a la disposición una norma precia y completamente determinada, sino un principio que es el común denominador de las posibles soluciones adecuadas.

Se trata de una decisión en la cual la declaración de inconstitucionalidad de una omisión no es seguida por la adición de una regla inmediatamente aplicable (como en las aditivas tradicionales que podemos llamar “*additive di regola*”), sino solo de un principio general o genérico. Como se dice comúnmente son decisiones en donde se declara la inconstitucionalidad de la falta de previsión de un mecanismo idóneo para hacer efectivos los derechos, pero dejando al legislador el poder de individualizar tal mecanismo en una línea abstracta y habilitando al juez común a reparar la regla del caso concreto en el principio expresado por la Corte.¹²³

La aparición en la jurisprudencia constitucional de este modelo decisional marca la superación de treinta años de rígida alternativa entre pronunciamientos aditivos tradicionales y la declaraciones “*monitoria di rigetto*” o de advertencia de rechazo o de

¹²¹ PARODI, G., “*La sentenza additiva a dispositivo generico*”, *op.cit.*, pp. 125.

¹²² MODUGNO, F., *Lineamenti di diritto pubblico*, *op.cit.*, pp. 665-666.

¹²³ *Ídem.* p. 665.

inadmisibilidad (con advertencias casi siempre ignoradas por el legislador), regidas por la existencia de una regla autoaplicativa identificable como la única solución constitucionalmente obligada. La sentencia aditiva de principio presupone de hecho la pluralidad de soluciones reconstructivas, pero individualiza el principio al cual ellas son reconducidas y deben conformarse, permitiendo a los jueces hacer una referencia a ellas en un plazo inmediato, para individualizar la regla que va a aplicar al caso concreto, hasta en tanto el legislador, ejercitando su discrecionalidad, no intervenga a dictar una regla específica del principio que la Corte ha individualizado.¹²⁴

De acuerdo con las teorías de las omisiones legislativas, la distinción entre aditivas tradicionales (de garantía o de prestación) y aditiva de principio deriva de un diverso carácter de la omisión que, en ambos casos, viene reprendida al legislador.

Las omisiones determinadas y específicas –y por lo tanto, la falta de una norma legislativa precisa– coinciden con la posibilidad para la Corte de adoptar los pronunciamientos aditivos tradicionales, los cuales censuran un comportamiento omisivo determinado o específico. Las omisiones indeterminadas o genéricas –y por tanto, a la inobservancia de un deber no traducible en una norma precisa o en una norma única, sino describible solo en términos vagos e imprecisos– coinciden con la adopción de las aditivas de principio (o a dispositivo genérico), las cuales censuran las omisiones del legislador no definidas e individualizadas en modo específico, o la omisa adopción de una de las medidas más abstractamente idóneas para reparar la laguna inconstitucional.

Evaluada en su contexto, la teoría de las omisiones inconstitucionales a cargo del órgano inmediatamente representativo de la voluntad popular se configuran no solo los vínculos (negativos) –con los que el juez de las leyes puede reaccionar en una forma total o parcialmente ablativa–, sino también vínculos positivos, de proveer

¹²⁴ CERRI, A., *Violazione del principio di eguaglianza ed intervento della Corte Costituzionale*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1968, pp. 610 y ss.

respecto de ciertos objetos y ciertas materias, desarrollando y concretizando resoluciones constitucionales, en otras ocasiones inaplicables y sin embargo, violadas.

Esto significa delinear –con el respaldo de la experiencia histórica, pero en perspectiva futura- que la inconstitucionalidad puede derivar de la inacción legislativa y que a ésta la justicia constitucional debe poder remediarla.

Y significa, sobre todo, alejarse de la idea de soberanía de los cuerpos legislativos (como la inclusiva de la libertad de no hacer) y reafirmar también en las confrontaciones la ineludibilidad y el valor máximo de los bienes tutelados por la Constitución, como garantías a través de los cuales opera el sistema de los controles recíprocos entre los de supremos órganos constitucionales (*checks and balances*).

En tal perspectiva, resulta recesivo el principio de la separación de poderes y también la necesidad del “*interpositio legislatoris*” resultante de las múltiples reservas de la ley previstas en la Constitución.

Identificar en la falta de disciplina legislativa expresa la inobservancia, total o parcial, de un deber de intervenir impuesto en aquella materia al legislador por una deposición constitucional –y sobre todo, del principio de igualdad- es el *topos* argumentativo para establecer la existencia en principio al juez de las leyes de un poder de suplencia (en sentido técnico) a la inacción del legislador. Se puede decir, la potestad de subrogarse al poder político en el desenvolvimiento y concretización de los imperativos constitucionales.¹²⁵

La sentencia aditiva debe entenderse como decisiones vertidas sobre las omisiones legislativas (relativas o parciales), de acuerdo con lo que el dispositivo identifica como objeto de la declaración de inconstitucionalidad.

La intervención subrogatoria de la Corte *Costituzionale*¹²⁶ es, sin embargo, compatible con el principio de la certeza del derecho,

¹²⁵ SILVESTRI, G., *Le sentenze normative della Corte Costituzionale*, op.cit., pp. 760.

¹²⁶ ZAGREBELSKI, G. *La giustizia costituzionale*, op.cit., p. 299.

dada la eficacia general propia de los pronunciamientos de “*accoglimento*” o estimación, puesto que la función paralegislativa de la Corte en la que se substituye positivamente al legislador no crea normas de derecho objetivo, pues no legisla propiamente, sino que recaba las normas directamente de aquellas que se dicen sustituidas y que derivan de un principio general o son recabadas del mismo precepto constitucional.¹²⁷

5. EL OBJETO DE LA SENTENCIA ADITIVA, ¿LAGUNA O NORMA NEGATIVA?

Como es bien conocido, se identifica a las sentencias aditivas con aquellas decisiones a través de las cuales la Corte *Costituzionale* declara la inconstitucionalidad de la omisa previsión de algo que constitucionalmente la ley debería de prever.¹²⁸ La “*addizione*” es por tanto una norma omisa del legislador, esta norma se enuncia en el cuerpo de la sentencia.¹²⁹ Sin embargo, como lo ha mencionado la propia Corte, una decisión aditiva solo es permitida, cuando la solución adecuatoria no deba ser el fruto de una valoración discrecional, sino el alcance necesario del juicio de constitucionalidad; así que la Corte en realidad procede en estos casos a hacer una extensión lógicamente necesaria e igualmente implícita en su facultad interpretativa del contexto normativo en la que está inserta la disposición impugnada. De esta forma, cuando en ocasiones se perfilan diversas soluciones, la intervención de la Corte no es admisible, dejando la relativa elección únicamente al legislador.¹³⁰ Por ello, la jurisprudencia de la Corte ha declarado constantemente la idoneidad del instrumento aditivo o manipulativo cuando no sea prospectada de parte del juez *a quo* una solución univoca y

¹²⁷ MONTELLA, M., Tipologia delle sentenze della Corte Costituzionale, *op.cit.*, p. 102.

¹²⁸ LAVAGNA, C., *Sulle sentenze “additive” della Corte Costituzionale*, en *Giurisprudenza Italiana*, Vol. IV, 1969, pp. 143 y ss.

¹²⁹ BIN, R.; PITRUZZELLA, G., “*Diritto Costituzionale*”, *op.cit.*, p. 461.

¹³⁰ Corte Costituzionale, Sentencias n. 125 y 325 de 1988.

constitucionalmente obligada, sino solo una abstracta posibilidad de nueva producción legislativa.¹³¹

Este tipo de sentencias aditivas de acuerdo con la vigencia del artículo 136 de la Constitución, que habla sobre la cesación de la eficacia de las normas como consecuencia de una declaración de inconstitucionalidad, no podría producir entonces efectos normativos nuevos respecto de aquellos individualizables en base al texto originario, es decir, en la doctrina italiana se sostiene también que al admitir la sentencia innovativa, se estaría forzando el sistema para atribuir a las decisiones de la Corte una verdadera y propia función “legislativa”¹³² una función dirigida no ha obstaculizar la acción de fuentes legislativas preexistentes, sino a introducir verdaderos y propios actos-fuente, incluso en aquellos casos en los que se sus juicios se realicen sobre actos-fuente preexistentes. Las sentencias de la Corte serían, entonces, según esta visión doctrinal, fuentes del derecho innovadoras del derecho vigente con la fuerza propia de cualquier acto normativo.¹³³

Así, la configuración de la sentencias aditivas como sentencias que afectan –declarando la inconstitucionalidad de omisiones legislativas (relativas)– incurrirían todavía en una no insignificante aporía lógica, ya que la anulación de la inactividad legislativa (o de la omisión-inactividad), no parece capaz en realidad de producir efectos positivos, ni puede hacer nacer una norma que no existe.¹³⁴ Dicho de

¹³¹ Corte Costituzionale, Sentencia n. 8 de 1987.

¹³² Se discute sobre la clasificación de las sentencias manipulativas entre los actos normativos, como fuentes del derecho. Sobre este problema ver: ELIA, L., *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza de la Corte Costituzionale (ottobre 81-luglio 85)*, op.cit., pp. 299 y ss; CAPPELLETTI, M., La corte Costituzionale nel sistema di governo italiano e nei rapporti con l’ordinamento comunitario, en Riv, Dir, Proc. , 1981, pp 615 y ss.

¹³³ MONTELLA, M., *Tipologia delle sentenze della Corte costituzionale*, op.cit., p. 107

¹³⁴ PARODI, G., *La sentenza additiva a dispositivo generico*, op.cit., pp. 122 y ss.

otro modo, la anulación de la nada normativa no puede producir alguna reacción en el ordenamiento jurídico.¹³⁵

Se tiende a creer que las sentencias aditivas, aparentemente destinadas a censurar omisiones del legislador, están a veces dirigidas a declarar la inconstitucionalidad de una (inexpresa) manifestación de voluntad negativa del legislador y, más exactamente, de una norma negativa implícitamente recabada de los artículos de la ley indicadas en el dispositivo.

La introducción de la norma nueva en el ordenamiento tendría en virtud del principio lógico de la doble negación, la declaración de inconstitucionalidad de la voluntad negativa del legislador o de la norma implícita negativa, involucrando, como efecto inmediato, la introducción de una nueva norma positiva en el ordenamiento.

A esta tesis se le ha objetado¹³⁶ que la norma negativa viene creada idealmente por la Corte para poderla inmediatamente eliminar, resultando en un falacia destinada a dar un objeto a la declaración de inconstitucionalidad. Y ahora que el principio de la doble negación no es aplicable en el campo de la lógica deóntica¹³⁷ tanto más tratándose de dos negaciones heterogéneas (acto de invalidación de una norma + enunciado normativo conteniendo una negación).

Siguiendo otra tesis,¹³⁸ el objeto del pronunciamiento aditivo no es más que una omisión legislativa pero una norma viviente, es decir, una determinación consolidada que la jurisprudencia deduce del silencio del legislador.

¹³⁵ FALZEA, P., *Norme, principi, integrazione. Natura, limiti e seguito giurisprudenziale delle sentenze costituzionali a contenuto indeterminato*, op.cit., pp. 97 y ss.

¹³⁶ SILVESTRI, G., *Le sentenze normative della Corte Costituzionale*, op.cit., pp 766.

¹³⁷ PARODI, G., *Lacune e norme inesprese nella giurisprudenza costituzionale*, en COMANDUCCI, P. – GIASTINI, R., *Struttura e dinamica dei sistema giuridici*, G. Giappichelli, Turín, 1996, pp. 87 y ss.

¹³⁸ PUGIOTTO, A., *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente". Genesi, uso, implicazioni*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1994, pp. 582 y ss.

También a esta tesis le han sido realizadas varias objeciones,¹³⁹ en las que se niega que la sentencia aditiva afecta siempre y como regla general al “derecho viviente”, aunque pueda admitir tal posibilidad.

Según una reconstrucción ahora diversa, el pronunciamiento aditivo no tiene por objeto la “omisión-inactividad”, sino la declaración de inconstitucionalidad del resultado de ella, se puede decir, la “omisión-producto”,¹⁴⁰ la cual no es más que una laguna normativa. Y precisamente, no una laguna de la ley –entendida como la ausencia de una norma legislativa, o en otros términos, de una norma explícita–, sino una laguna del ordenamiento, evidente cuando una determinada relación, no aparezca regulada por el derecho ni en modo expreso ni en modo implícito.

Se puede observar que casi siempre para excluir la configurabilidad de una laguna en sentido propio, se utiliza la jurisprudencia común y/o aquella constitucional. Estas a través del uso del argumento *a contrario*, tienden a deducir una norma exclusiva o negativa implícita (que de vez en vez consideran constitucionalmente legítima o ilegítima); o a través del uso –cuando es permitido- del argumento *a simili*, tendiente a deducir normas inclusivas o afirmativas implícitas.¹⁴¹

Es necesario precisar que el objeto de la sentencia aditiva no es una laguna en sentido propio, sino una laguna en sentido impropio. Lo que falta es una particular norma jurídica que se asume establecida por una disposición constitucional. La omisión-producto, en cuanto resultado de la inercia legislativa respecto a la actuación de una

¹³⁹ RUGGERI, A.; SPADARO, A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, G. Giappichelli, Turín, 2004, pp. 139 y ss.

¹⁴⁰ PICARDI, N., *Le sentenze integrative della Corte costituzionale*, in Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale, Vol. IV, Giuffrè - Univ. Roma-Fac. Scienze Politiche, Milán, 1977, pp. 597 y ss. Del mismo modo, PARODI, G., *La sentenza aditiva a dispositivo generico*, *op.cit.*, pp. 130-136.

¹⁴¹ FALZEA, P., *Norme, principi, integrazione. Natura, limiti e seguito giurisprudenziale delle sentenze costituzionali a contenuto indeterminato*, *op.cit.*, pp. 135 y ss.

disposición constitucional relativa a las indicaciones contenidas en una máxima, no es la ausencia de cualquier calificación jurídica de una determinada especie, sino la ausencia de una calificación jurídica requerida por la constitución. Se trata de una laguna axiológica, de la ausencia de una norma justa.¹⁴²

Esta tesis conduce todavía a considerar a los pronunciamientos aditivos como sentencias meramente declarativas, desprovistas de efectos “*ablatorios*” (faltando una norma, aunque sea implícita, como objeto de la “*ablazione*”) sean aditivas (ya que calificar *contra constitutionem* la ausencia de una disposición de contenido determinado no significa llamar a la vida la disposición o la norma ausente).

Una ulterior opción reconstructiva –emergente también de la jurisprudencia italiana y destinada a explicar la peculiaridad del juicio constitucional de la igualdad y la técnica utilizada para definirlo– supone que el objeto de la sentencia aditiva es la relación normativa entre la norma explícita inclusiva y aquella (explícita, implícita o totalmente inexpresa) exclusiva, sobre la reflexión que cada una es inconstitucional solo en relación a la otra, de modo que la cuestión no pueda más que observar la relación entre las dos normas.

La convicción de que un pronunciamiento sobre una omisión del legislador no puede provocar efectos manipulativos en contra del discurso del legislador, induce a creer que las sentencias aditivas no tienen en realidad como objeto omisiones (inactividad, o producto), sino una norma exclusiva o negativa implícita (o casi explícita), por lo general obtenida interpretando *a contrario* una disposición legislativa.¹⁴³

Declarando la inconstitucionalidad de la norma negativa implícita deducida de la disposición impugnada, se introduce el deber de obtener de aquella misma disposición la norma inconstitucional. Esto presupone, por otro lado, que es el propio texto censurado el que

¹⁴² PARODI, G., *La sentenza additiva a dispositivo generico*, *op.cit.*, p. 133.

¹⁴³ *Ídem.* p. 136 y ss.

contiene la norma negativa (siguiendo el canon, *inclusio unius, exclusio alterius*).

Por el contrario, se observa que la norma negativa es obtenida por el interprete incluso antes de la (y del todo independientemente de la) disposición que atribuía a otros sujetos un derecho, o que lo atribuía en medida superior. La norma negativa o exclusiva viene, a su vez, obtenida gracias al recurso de principios (solamente) inexpressivos de cierre, que hacen al ordenamiento jurídico no completo, sino completable (de parte de los jueces) a un nivel de microsistema normativo.

En este orden de ideas, la sentencia aditiva no es caducatoria de una norma implícita exclusiva deducida de la disposición impugnada (a la cual la exclusión no es directamente imputable). Es, más bien, parcialmente caducatoria (reductiva) de una norma general exclusiva totalmente inexpressa deducida de los principios sectoriales de cierre que hacen compatible el microsistema normativo.

Más allá de la formal indicación de la disposición como objeto de la cuestión de constitucionalidad –determinada de la necesidad de delimitar la cuestión y referirla a un texto escrito- *il petitium* autentico es una declaración de inconstitucionalidad parcial de la norma general exclusiva o del principio sectorial de cierre (*Parodi*), en la parte en la que implica la exclusión del derecho reivindicado en el juicio ciudadano.

La conclusión que esta perspectiva nos conduce es que la sentencia aditiva afecta normas no legislativas a propósito de abrir espacios a la actividad integrativa y de actuación directa de la Constitución por parte de los órganos jurisdiccionales, autorizándolos para producir normas de rango legislativo aplicables de la Constitución.

6. CONSIDERACIONES DE SÍNTESIS

Al tratar de optar por una de las diversas opiniones que se han vertido al respecto, se puede observar, en primer lugar, que no parece más

dudosa la configuración de vínculos positivos constitucionalmente impuestos al legislador, ni la posibilidad de reaccionar jurídicamente, al menos en parte, a esas inobservancias.

La experiencia histórica ha demostrado que la inacción legislativa –no contemplada como objeto de la justicia constitucional de las normas regulatorias- puede ser provocada por la crisis de rigidez de la Constitución y determinar situaciones de inconstitucionalidad no menos graves que de aquellas provocadas por las acciones positivas (cuando son arbitrarias o ilegítimas) de los cuerpos legislativos.

Por lo tanto se ha pasado de la idea de Constitución como programa dirigido al legislador y no realizable sin su intermediación, a aquella idea de Constitución como sistema no separado pero relacionado (en modo circular) a la ley y a la par de esta aplicable por parte de los jueces comunes, ya sea en sede de interpretación, o sea mediante la integración análoga del material legislativo.

O incluso, para los jueces –frente a la ausencia de disciplina legislativa de la cual deriva un efecto inconstitucional- no parece posible operar la *reductio ad legitimatatem* mediante el uso de la interpretación extensiva o de la integración analógica, por lo que la Corte *Costituzionale* no puede más limitarse a estimular tal investigación mediante pronunciamientos interpretativos de rechazo, sino que debe intervenir con los instrumentos anulatorios (la declaración de ilegitimidad constitucional) concebida como reacción a la acción legislativa.

Que tales instrumentos –refractario, sobre el plano lógico y *quoad effectum*, afectan los comportamientos omisivos o la ausencia de normas- vengan con el fin de subrogarse a la acción legislativa (y concurre con ella en la actuación de las directivas constitucionales) surgen en medio más o menos evidente según los cuales se considere que sea el objeto del pronunciamiento con estructura aditiva.

Considerar que ellas afectan a la omisión inconstitucional del legislador o el producto de ella –y no obstante, una laguna (ordinaria

o más propiamente) axiológica- comporta exaltar la naturaleza paranormativa y no meramente anulatoria de la intervención de la Corte (que la doctrina de la “*rime obbligate*” hace reconducir a la lógica jurisdiccional).

Identificar como objeto del pronunciamiento aditivo la norma negativa o exclusiva implícita en la disposición positiva (y recabada en vía e interpretación o surgida del “derecho viviente”) o la norma negativa inexpressa derivada de los principios sectoriales de clausura propios del microsistema normativo en que el caso concreto se coloca, significa tratar de recuperar el rol demolitorio de la jurisdicción constitucional concentrada y dejar a la jurisdicción común la competencia de reintegrar y recomponer el ordenamiento en sentido constitucionalmente compatible, una vez eliminada la norma (implícita o inexpressa) que a la *reductio ad legitimatatem* se oponía.

Se puede discutir si –respecto a la mera declaración de incompatibilidad (*Unvereinbarkeit*) entre norma legislativa y norma constitucional, contemplada en el ordenamiento alemán- el pronunciamiento aditivo puede parecer un “atajo” o el fruto de una mayor audacia dogmática e institucional de la Corte italiana. Necesita, sin embargo, admitir que en la óptica reformadora más que demolitoria, asumida por la Corte en respuesta a la omisión histórica del legislador republicano, ella haya sido un puente para realizar inmediatamente la Constitución y no denegar la justicia constitucional.

El punto de equilibrio entre la exigencia de remediar las inercias legislativas y aquella de salvaguardar las prerrogativas del poder político es por muchos considerado, el uso –ya consolidado- de las adiciones de principio, que postulan la sucesiva intervención legislativa (salvaguardando la discrecionalidad política), pero permitiendo en el transcurso del tiempo a los jueces de reparar y aplicar reglas conformes al principio constitucionalmente obligado.

No faltan voces que atribuyen a las sentencias aditivas de principio el riesgo de resultar ineficaces hacia el legislador (no

traduciéndose siempre en un vínculo unívoco y positivo y peligrosas por la situación de intermisión normativa que ellas consignan a los jueces.

Lo que a las aditivas de principio parece poderse reprobar es de aplazar la tutela de los derechos constitucionales en sede judicial, obligando a los ciudadanos a acudir con los jueces para obtener (no siempre en modo cierto y uniforme) la concretización del principio constitucionalmente obligado. Obligación –de poco agrado, no por todos aceptado- que la sentencia aditiva tradicional evita vincular la administración pública y privada (si no también, en la mayoría de los casos los jueces) a la observancia de una regla precisa, equiparada en sus efectos a la ley general y abstracta.

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV., *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, Vol. I, CEDAM, Padova, 1985.
- ALVAZZI DEL FRATE, P., *Giustizia e garanzie costituzionali: appunti di storia degli ordenamenti giudiziari*, G. Giappichelli, Turín, 2011.
- BIN, R.; PITRUZZELLA, G., *Diritto costituzionale*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2010.
- , BRUNELLI, G.; PUGIOTTO, A.; VERONESI, P., *Effettività e seguito delle tecniche decisorie della Corte Costituzionale. 50 anni, Corte Costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Roma, 2006.
- BONINI, F., *Storia della Corte costituzionale*, NIS, Roma, 1996.
- CAMMELLI, M., *Le istituzioni nella recessione*, Il Mulino, Boloña, 1984.
- CARNEVALE, P.; COLAPIETRO, C., *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive. A cinquant'anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte Costituzionale*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2008.
- ; CELOTTO, A., *Il parametro eventuale. Riflessioni su alcune ipotesi atipiche di integrazione legislativa del parámetro nei giudizi di legittimità costituzionale delle leggi*, G. Giappichelli Editore, Turín, 1998.
- CAPPELLETTI, M., *La Corte Costituzionale nel sistema di governo italiano e nei rapporti con l'ordinamento comunitario*, en Riv, Dir, Proc., 1981.
- CASAVOLA, F.P., *La giustizia costituzionale nel 1993*, en Rivista amministrativa della Repubblica Italiana, 1994.
- CELOTTO, A., *La Corte costituzionale*, Il Mulino, Boloña, 2004.
- CERRI, A., *Corso di giustizia costituzionale*, Dott. A. Giuffrè, Milán, 2004.
- , *Violazione del principio di eguaglianza ed intervento*

- della Corte Costituzionale*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1968.
- COLAPIETRO, C., *Le sentenze additive e sostitutive della Corte Costituzionale*, Pacini, Editore, Pisa, 1990.
- COMANDUCCI, P.; GUASTINI, R., *Struttura e dinámica dei sistema giuridici*, G. Giappichelli, Turín, 1996.
- CRISAFULLI, V., *La sentenze "interpretative" della Corte Costituzionale*, en *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1967.
- , *"Lezioni di diritto costituzionale"*, Tomo II, CEDAM, Padova, 1984.
- , *La Corte Costituzionale ha vent'anni*, en *Giurisprudenza costituzionale* 1976.
- D'AMICO, M.; RANDAZZO, B., *Interpretazione conforme e tecniche argomentative. Atti del convegno di Milano svolstosi il 6-7 giugno 2008*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2009.
- D'ALESSIO, G., *Alle origini della Costituente italiana. I lavori preparatori della "Commissione per sutudi attinenti alla riorganizzazione dello Stato (1945-1946)*, Il Mulino, Boloña, 1980.
- D'ORAZIO, G., *La genesi della Corte Costituzionale*, Dott. A. Giuffrè, Milán, 1981.
- DELFINO, F., *Omissioni legislative e Corte Costituzionale (delle sentenze costituzionali c.d. creative)*, en *Studi in onore di G. Chiarelli*, Tomo II, Milán, 1974.
- DUNI, G., *L'oggetto dei giudizi di costituzionalità e la problemática dei dispositivi additivi*, en *Scritti in onore di C. Mortati*, Vol. IV, Milán, 1977.
- ELIA, L., *Giustizia costituzionale e diritto comparato*, en *Quaderni costituzionali*, 1984.
- , *Sentenze interpretative di norme costituzionali e vincolo dei giudici. Osservazione a sentenza, Corte Cost. (15 dicembre) 29 dicembre 1966, n. 127*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1966.

- , *Studi di diritto costituzionale (1958-1966)*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 2005.
- FALZEA, P., *Norme, principi, integrazione. Natura, limiti e seguito giurisprudenziale delle sentenze costituzionali a contenuto indeterminato*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2005.
- , *In tema di sentenze di accoglimento parziale*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, Vol. I, 1986.
- GUASTINI, R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Dott. A. Giuffrè, Milán, 1993.
- , *Disposizione vs. Norma*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1989.
- GORLA, G., *L'interpretazione del diritto*, Giuffrè Editore, Milán, 2003.
- KELSEN, H., *La garantía jurisdiccional de la constitución. (La justicia constitucional)*, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, IJ-UNAM, México, 2001.
- LAVAGNA, C., *Sulle sentenze "additive" della Corte Costituzionale*, en *Giurisprudenza Italiana*, Vol. IV, 1969.
- , *Sulle sentenze additive della Corte Costituzionale*, en *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, Tomo II, Dott. A. Giuffrè, Milán, 1970.
- LECHNER, H., *Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Unterlassungen des Gesetzgebers*, en "Neue Juristische Wochenschrift", 1985.
- MARTÍN DE LA VEGA, A., *La sentencia constitucional en Italia. La tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana: medio siglo de debate doctrinal*, CEPC, Madrid, 2003.
- MAZZIOTTI DI CELSO, M., SALERMO, G.M., *Manuale di diritto costituzionale*, CEDAM, Padova, 2010.
- MEZZETTI, L.; BELLETTI, M.; D'ORLANDO, E.; FERIOLI, E. *La giustizia costituzionale*, CEDAM, Padova, 2007.
- MODUGNO, F., *Lineamenti di diritto pubblico*, G. Giappichelli,

- Turín, 2007.
- , *La Corte Costituzionale italiana oggi*, in Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli, Tomo I, CEDAM, Padova, 1985.
- , *Corollari del principio di "legittimità costituzionale" e sentenze "sostitutive" della Corte*, in Giurisprudenza costituzionale, 1981.
- , *La funzione legislativa complementare della Corte costituzionale*, in Giurisprudenza costituzionale, Tomo I, 1981.
- , CARNEVALE, P., *Sentenze additive. Soluzione costituzionalmente obbligata e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del "verso" della richiesta addizione*, in Giurisprudenza Costituzionale, Vol. 1, 1990.
- MONTELLA, M., *Tipologia delle sentenze della Corte Costituzionale*, Maggioli, Rimini, 1992.
- MONTESANO, L., *Sulle sentenze di incostituzionalità interpretative*, in Studi in onore di B. Petrocelli, Tomo III, Milán, 1972.
- MORTATI, C., *La costituente. La teoria. La storia. Il problema italiano*, Darsena, Roma, 1945.
- , *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di Scritti*, Vol. III, Milán, 1972.
- , *Appunti per uno studio sui remedi giurisdizionali contro i comportamenti omissivi del legislatore*, in Foro It., Tomo V, 1970.
- ROMBOLI, R., *L'accesso alla giustizia costituzionale caratteri, limiti, prospettive di un modello. 50 anni, Corte costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2006.
- RODOTÀ, C., *Storia della Corte Costituzionale*, Laterza, Roma, 1999.
- RUGGIERI, A., *In tema di oggetto e di effetti delle sentenze costituzionali*, in la giustizia costituzionale a una svolta. Atti

- del seminario di Pisa del 5 maggio 1990, Turín, 1990.
- PACE, A., *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della Rivista "Giurisprudenza Costituzionale" per il cinquantesimo anniversario*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 2006.
- PARODI, G., *La sentenza additiva a dispositivo generico*, G. Giappichelli Editore, Turín, 1996.
- PICARDI, N., *Le sentenze "integrative" della Corte costituzionale*, en Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale, Tomo IV, Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1977.
- PINARDI, R., *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1993.
- PEGORARO, L., *La Corte e il Parlamento. Sentenze - indirizzo e attività legislativa*, CEDAM, Padova, 1987.
- , REPOSO, A.; RINELLA, A.; SCARCIGLIA, R.; VOLPI, M., *"Diritto Costituzionale e Pubblico"*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2002.
- PUGIOTTO, A., *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente". Genesi, uso, implicazioni*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1994.
- RUGGERI, A.; SPADARO, A. *Lineamenti di giustizia costituzionale*, G. Giappichelli, Turín, 2004.
- SANDULLI, A.M., *Il giudizio sulle leggi. La cognizione della Corte costituzionale e I suoi limiti*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1967.
- , *Atto legislativo, statuizione legislativa e giudizio di legittimità costituzionale*, en Raccolta di Scritti in onore di A.C. Jemolo, Tomo III, Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1963.
- SILVESTRI, G., *Le sentenze normative della Corte Costituzionale*, en *Giurisprudenza costituzionale*, Vol. I, 1981.
- , *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, G.

Giappichelli, Turín, 1997.

TROCKER, N., *Le omissioni del legislatore e la tutela giurisdizionale dei diritti di libertà (Studio comparativo sul diritto tedesco)*, en Archivio Giuridico "Filipo Serafini", Vol. CLXXVIII, Fascicoli 102, Gennaio-Aprile, 1970.

WESSEL, F., *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde*, en Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl), n. 67, Jahrgang, Heft 6, 15 marzo 1952.

ZAGREBELSKI, G., *La Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Boloña, 1988.

-----, *La dottrina del diritto vivente*, en Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale (Atti del Convegno, Trieste 26-28, mayo 1986), Milán, 1988.

APROXIMACIONES AL SINCRETISMO IDEOLÓGICO
DE LA CONSTITUCIÓN CHILENA. ESPECIAL REFERENCIA
AL IUSNATURALISMO ESCOLÁSTICO Y NEOLIBERALISMO*

Christian Viera Álvarez**

SUMARIO: Introducción; 1. La influencia del pensamiento cristiano en la Constitución chilena; 2. La influencia del pensamiento neoliberal en la Constitución chilena; 3. Efectos y contradicciones en la implementación de los postulados ideológicos iusnaturalistas y liberales; 4. Conclusión; Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

La Constitución chilena tiene variadas fuentes ideológicas que la sustentan. Sin embargo, quisiera detenerme en dos de ellas: el pensamiento humanista cristiano y el neoliberalismo. La unión de ambas corrientes, al parecer irreconciliables, es lo que lleva a titular este epígrafe con el calificativo de “sincretismo”. En la Constitución chilena se recogen los postulados de una y otra teoría y se fuerzan

* Este trabajo es una profundización del artículo “Contradicciones de los fundamentos teóricos de la Constitución chilena con el Estado constitucional: notas para su reinterpretación”, en coautoría con Jaime Bassa Mercado.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas. Magister en Estudios Filosóficos. Doctor en Derecho, U. de Deusto. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Viña del Mar, Chile.

para tratar de darle unidad sistemática. Sin embargo, un estudio más profundo de tales corrientes permite sostener que esta reunión resulta forzada y lleva a conclusiones contradictorias. Baste un ejemplo preliminar: el bien común para una perspectiva escolástica es diferente a la de una neoliberal al modo de la propuesta de Hayek.

Para estos efectos, este trabajo se divide en tres partes. La primera desarrolla la influencia del pensamiento cristiano en la Constitución chilena. La segunda trata sobre el pensamiento neoliberal en la Constitución de Chile y la tercera contiene un análisis de los efectos y contradicciones en la implementación de los postulados ideológicos iusnaturalistas y liberales.

1. LA INFLUENCIA DEL PENSAMIENTO CRISTIANO EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA

Una primera observación acerca del iusnaturalismo cristiano. El siglo XX se caracterizó por los horrores que los seres humanos hemos provocado. El Derecho en tanto que sistema no escapó a la responsabilidad que le cabe en tan tristes hechos, ya que no se establecieron los debidos mecanismos de promoción y garantía de los derechos de las personas. Cuando el Derecho pasa a legitimarse por su correcto procedimiento, es decir, si se ha respetado el proceso de formación de la ley establecido en la Constitución, corremos el serio riesgo de relativizar los valores humanos en pos de la certeza jurídica. Esta postura implica el establecimiento de un criterio formal, verificable empíricamente, independiente de los efectos que pueda producir una legislación determinada. Si se respeta el procedimiento, incluyendo controles *a priori* o *posteriori*, se estaría cumpliendo el criterio verificador, con independencia del contenido. Para esta orientación, lo que prima es la norma como único correlato demostrable del sistema jurídico.

El positivismo jurídico radical como escuela filosófica, es heredera del empirismo y del positivismo. Esta “escuela”, tiene en el correcto procedimiento de formación de la ley una justificación para su legitimidad. Para esta corriente, justicia y legitimidad se asocian a la legalidad. Es cierto, que el procedimiento no debe ser arbitrario, hay una asamblea de ciudadanos que representan a la comunidad política y Tribunales que tutelan por el respeto de la Carta Fundamental, sin embargo, no es suficiente el puro respeto de los mecanismos formales para considerar a la fuente que emana de ese proceso como legítima y vinculante.¹

Podría sostenerse que el regreso al iusnaturalismo de raíz cristiana, sería entonces una reacción ante los horrores de los que fuimos testigos en el siglo XX. Un derecho que deviene en puramente formal con un código empírico, la norma, no puede sustraerse a la tentación autoritaria de servirse de él para justificar fines de la naturaleza que ellos sean.² Sin una corriente que aspire a la legitimación normativa más allá del puro *factum* legal, difícilmente se podrán encontrar frenos a eventuales excesos autoritarios o, peor aún, tiránicos. Intentos de esta naturaleza encontramos desde una tradición

¹ Para observar la vigencia práctica de esta orientación no es necesario ir a la Europa previa a la II Guerra Mundial. Baste mirar sentencias de los Tribunales de Justicia chilenos, que acogen la amnistía como causa de extinción de responsabilidad penal por los crímenes que se cometieron en la dictadura militar al amparo de la ‘ley de amnistía’. Esta posición jurisprudencial empezó a ser cuestionada a raíz de la detención de Pinochet en Londres, siendo el primer caso en que se rechaza la amnistía concedida por el referido DL, el “caso Sandoval” (Véase SCA (Santiago), rol 11821 – 2003. En: *Ius et Praxis* [online]. 2003, vol.9, n.2 [citado 2011-07-08], pp. 237-293. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000200010&lng=es&nrm=iso

² Tratándose del positivismo, hay que hacer distinciones, porque esta Escuela no tiene una sola orientación, sino que tiene variantes. Está Kelsen, pero también Hart o Dworkin. Los postulados de estos últimos son más moderados. Una reflexión sobre el punto en REYES SOTO, Nelson. “De nuevo sobre el problemático concepto de positivismo jurídico,” *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 41, 1996, pp. 123-144.

diferente a la iusnaturalista en Habermas y Rawls, pero el problema del que parten, los límites al derecho, es el mismo.³

Sin embargo, la Constitución chilena, promulgada en 1980, se inserta en una realidad muy peculiar. La nueva institucionalidad no es una reacción a los holocaustos contemporáneos; es un ensayo político que pretende legitimar desde una perspectiva normativa/constitucional un modelo liberal/autoritario. Su contexto histórico político inmediato es la dictadura militar, que hasta 1980 generó legislación irregular vía Decretos Leyes (DL), que mantuvo el territorio de la República en permanentes estados de excepción, con una policía secreta que no escatimó medios en la persecución de sus adversarios políticos, contexto que no tiene en el horizonte una preocupación por el sistema democrático desde una perspectiva finalista.

Por lo anterior, no se puede señalar que la influencia iusnaturalista en la Constitución es efecto de un progreso en la humanización del derecho, sino que es la justificación filosófica para cierta institucionalidad con características conservadoras.

Diversos autores y miembros de la Comisión de Estudios de la nueva Constitución sostienen que la inspiración filosófica de la Constitución es la filosofía cristiana.⁴ ¿A qué llamamos filosofía

³ Véase HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 2005, pp. 60-62; RAWLS, John. “La justicia como equidad: política no metafísica”, *La Política* 1, 1996, pp. 24-45.

⁴ A modo de ejemplo, se puede señalar la opinión de Jaime Guzmán, quien señala que “toda la doctrina sobre el Estado, la soberanía, la democracia, el gobierno y los derechos individuales y sociales, descansa en una concepción cristiana del hombre; en el reconocimiento de que el hombre encierra valores espirituales que están más allá del ordenamiento jurídico positivo” (República de Chile, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 10ª, Santiago, 25 de octubre de 1973, p. 5). En la misma línea, Enrique Ortúzar expresa que “la idea formulada por el señor Guzmán, seguramente era compartida por todos los miembros de la Comisión (*Ibid.*, p. 5). También podemos encontrar la opinión de CEA quien a propósito del fundamento que tiene el capítulo III de la CPE sobre garantías fundamentales, afirma que “realzamos que el poder constituyente asume una posición afín con el derecho natural, según la cual los derechos y deberes del hombre emanan de la dignidad que es intrínseca a la naturaleza de la persona... (los

cristiana? ¿Qué se entiende por filosofía cristiana? La historiografía constitucional sólo enuncia esta tesis; sin embargo, no ha desarrollado una reflexión sistemática sobre este punto desde el mundo del derecho. Hay autores que lo han realizado, pero su familia disciplinar es la filosofía o la ciencia política.⁵

Cuando se habla de la inspiración filosófica cristiana en la Constitución chilena, hay que visitar ciertos documentos en que ese fundamento se ve reflejado. Por de pronto, en la Declaración de Principios del Gobierno de Chile⁶ se observa con nitidez el influjo de *Mater et Magistra* en su redacción. A modo de ejemplo, a propósito de la concepción del hombre y la sociedad dice el texto que “en consideración a la tradición patria y al pensamiento de la inmensa

derechos y deberes) son anteriores y superiores a él (al Estado), dado que el ser humano es ontológica, deontológica y cronológicamente precedente a la sociedad política o al estado”, es decir, el influjo del lenguaje filosófico iusnaturalista, postulado por la escolástica y el catolicismo, es evidente (CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho Constitucional Chilena*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2004, p. 56).

Sin que el listado sea exhaustivo, véase SILVA BASCUÑÁN, Antonio, *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo IV, Editorial Jurídica, Santiago, 1997, p. 36; SOTO KLOSS, Eduardo, “La Familia en la Constitución Política”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 21, N° 2, 1994, pp. 224-225; EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los derechos constitucionales*, tomo I, Editorial Jurídica, 3ª edición, Santiago, 2004, p. 118; CORRAL TALCIANI, Hernán, *Familia y Derecho*, Universidad de los Andes, colección Jurídica, Santiago, 1994, p. 30; JIMÉNEZ LARRAÍN, Fernando, “El concepto de familia en la Constitución Política de Chile”, en *Jornadas Chilenas de Derecho Público*, tomo II, Santiago 1994, p. 150; VARELA EL SOLAR, Jorge Luis, “Estudio sobre el artículo primero de la Constitución de 1980”, *Revista chilena de Derecho*, Vol. 11, 2 – 3, 1984, pp. 387 – 388; VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, “Subsidiariedad, Orden Público Económico y Seguridad Nacional en la Constitución de 1980”, *Revista chilena de Derecho*, Vol. 16, 2, 1989, pp. 381 – 384; LÓPEZ MAGNASCO, Sebastián, *Garantía constitucional de la no discriminación económica*, Editorial Jurídica, Santiago, 2006, pp. 32 – 49.

⁵ Véase CRISTI, Renato, *El pensamiento político de Jaime Guzmán*, LOM ediciones, Santiago, 2000; VERGARA, Pilar, *Auge y caída del neoliberalismo en Chile*, Flacso, Santiago, 1985.

⁶ Junta de Gobierno, *Declaración de principios del gobierno de Chile*, 11 de marzo de 1974.

mayoría de nuestro pueblo, el Gobierno de Chile respeta la concepción cristiana sobre el hombre y la sociedad. Fue ella la que dio forma a la civilización occidental de la cual formamos parte, y es su progresiva pérdida o desfiguración la que ha provocado, en buena medida, el resquebrajamiento moral que hoy pone en peligro esa misma civilización”.⁷

A partir de esa Declaración, se deducen ciertos efectos, v.g. describir un fundamento para el Derecho natural, “son derechos que arrancan de la naturaleza misma del ser humano, por lo que tienen su origen en el propio Creador. El Estado debe reconocerlos y reglamentar su ejercicio, pero no siendo él quien los concede, tampoco podría jamás negarlos”⁸ o del fin del Estado, “tanto desde el punto de vista del ser como desde el punto de vista del fin, el hombre es superior al Estado”.⁹

Esta declaración es un reconocimiento explícito de la teoría de los entes relacionales, cuya raíz la encontramos en Aristóteles y Santo Tomás y es recogida por *Mater et Magistra*.¹⁰ Sobre este punto, capital importancia tiene Jaime Guzmán, quien, basándose en el parágrafo 109 de la encíclica, construye su justificación filosófica.

La teoría de los entes relacionales, Guzmán la funda en Manser.¹¹ Para este autor, “la unidad en lo mucho, que es la esencia de la comunidad, no tiene nada que ver con la substancia... esto salta a la vista si consideramos que los hombres singulares que constituyen la multitud de miembros de la unión son personas, es decir, seres subsistentes que poseen el grado más alto de la incomunicabilidad. Por tanto, aquella unidad en lo mucho pertenece al orden del accidente”,¹² entonces, la comunidad (o sociedad) será una reunión de

⁷ Junta de Gobierno, *op. cit.*, nota 6, N° II.

⁸ Junta de Gobierno, *op. cit.*, nota 6, N° I.

⁹ Junta de Gobierno, *op. cit.*, nota 6, N° II, 2.

¹⁰ Juan XXIII, *Mater et Magistra*, Roma, 15 de mayo de 1961.

¹¹ MANSER, Gallus, *La esencia del tomismo*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1953.

¹² MANSER, *op. cit.*, nota 11, p. 791.

personas de carácter accidental, pues sólo reviste el carácter de sustancia la persona humana.

Esa teoría le permite a Guzmán justificar los derechos individuales y tomar distancia de cualquier asomo colectivista; los individuos en la sociedad son la sustancia y todo lo demás resulta accidental, aunque resulta paradigmático que los entes relacionales tengan un finalidad y esa es el bien común, entendido en la concepción de Guzmán no como la mera suma de bienes individuales, sino de una naturaleza distinta y superior al bien individual.¹³

Sin embargo, Guzmán no profundiza a Manser en relación a los distintos tipos de entes relacionales: “hay también dos series de comunidades: unas de necesidad natural y otras accidentales. A las primeras..., pertenecen el matrimonio, la familia y el Estado. Estas, por ser de necesidad natural, son internamente necesarias. Así, pues, también aquí es la unidad de comunidad algo necesario, un *accidens necessarium*... Las comunidades accidentales, en las que un número de hombres eligen diversamente los medios para el fin último, se proponen fines particulares, y por eso aquí la unidad de comunidad solo puede ser un *accidens contingens*, es decir, algo que puede existir o no existir”.¹⁴

Guzmán reduce todas las formas que se producen en la sociedad a las comunidades accidentales. En ese sentido, es fiel a ese autor al afirmar que todas las formas sociales constituyen accidentes, pero a continuación, al no distinguir entre *accidens necessarium* y *contingens* como hace Manser, lo que hace es utilizar instrumentalmente a ese autor y abandonar el pensamiento tomista en un importante aspecto, del cual afirma ser heredero. Esta omisión tiene como resultado darle un sello liberal a su pensamiento, que le allana el camino preparado para la recepción del neoliberalismo de

¹³ GUZMÁN ERRÁZURIZ, Jaime; NOVOA VÁSQUEZ, Jovino, *Teoría sobre la Universidad*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1970, p. 82.

¹⁴ MANSER, *op. cit.*, nota 11, p. 793.

Hayek, para quien el nominalismo social y el individualismo metodológico son dogmas de fe.¹⁵

Por lo visto, aunque GUZMÁN utiliza la teoría de los entes relacionales para justificar el carácter natural del derecho de propiedad, se advierte la influencia del iusnaturalismo en el capítulo I de la Constitución y en otras disposiciones de la Carta Fundamental, donde no hay dudas que existe una filosofía que las sustenta. En palabras del mismo Guzmán, la CPE de 1980 tiene una filosofía inspiradora acerca de la concepción del hombre y la sociedad, señalando que “sin adoptar un esquema filosófico determinado, contrapuesto con la amplitud doctrinaria que debe caracterizar a una Constitución, el proyecto comienza, sin embargo, enunciando la concepción del hombre y la sociedad, propia de la civilización occidental y cristiana en la cual se ha forjado nuestro ser nacional”.¹⁶

De ahí que muy temprano, y dada la homogeneidad en la integración de los miembros de la Comisión de Estudios, se adoptaron acuerdos aceptados por la unanimidad de sus integrantes, entre los que destacan “el concepto filosófico del hombre y de la sociedad basado en los principios de la civilización cristiana y el concepto de bien común”.¹⁷

En relación al bien común, éste sería “la creación de un conjunto de condiciones que le permitan a todos y a cada uno de los miembros que componen la comunidad nacional acercarse, en la máxima medida posible, a su pleno desarrollo personal”¹⁸ basándose para ello una vez más en la teoría de los entes relacionales.¹⁹ Incluso, en la discusión al

¹⁵ CRISTI, Renato, “Jaime Guzmán. Capitalismo y moralidad”, *Revista de derecho*, Vol.10 1, 1999, pp. 87 – 102.

¹⁶ GUZMÁN ERRÁZURIZ, Jaime, “La definición constitucional”, *Revista Realidad*, 15, 1980, p. 22.

¹⁷ República de Chile, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 10ª, Santiago, 25 de octubre de 1973, punto 3 y 5.

¹⁸ República de Chile, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 40ª, Santiago, 14 de mayo de 1974, p. 19.

¹⁹ Véase, República de Chile, *Actas*, *op. cit.* nota 18, p. 20.

interior de la Comisión se llegó a sostener que el concepto de bien común es unívoco, en el sentido que no hay más que uno aceptable, no habiendo más que uno verdadero y los demás son falsos.²⁰

Pero la influencia del pensamiento iusnaturalista no se limita a aquello. Está presente en muchas disposiciones constitucionales. Por de pronto, la concepción de familia (art. 1 inc. 4º) está influida por una concepción unitaria de lo que se deba entender por familia, sin perjuicio que, con el paso de los años y al amparo de corrientes interpretativas finalistas, la concepción original de familia está siendo superada, pues se ha ido ampliando la visión restringida que sólo consideraba familia a la que era fruto del matrimonio. Igual cosa ocurre con el derecho de propiedad, que es considerado, como hemos visto, un derecho natural, al modo como es entendido desde una perspectiva escolástica.

Por tanto, sí es posible afirmar que el texto constitucional no es neutro a doctrinas de diverso tipo. El problema es que tratándose del iusnaturalismo y el pensamiento cristiano, sus fundamentos colisionan en el marco de un Estado plural y democrático, no por su falta de racionalidad interna sino porque muchos de sus postulados se construyen como juicios universales e imperativos, siendo ese tipo de imperativos, en ocasiones, incompatibles con un sistema democrático porque los principios constitucionales son el reflejo del pluralismo que caracteriza a la sociedad contemporánea y han sido “juridificados” por el poder constituyente, no siendo posible establecer una regla de jerarquía entre ellos. Por el contrario, los principios constitucionales se relativizan entre sí, permitiendo su coexistencia pacífica en el marco de la Constitución.

Y esta relativización entre los principios constitucionales, consagrados con igual valor normativo, lleva a una apertura interpretativa que permite la evolución del consenso constitucional de la sociedad, ya que en virtud de dicha evolución puede cambiar el contenido material de

²⁰ Véase, República de Chile, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 45ª, Santiago, 13 de junio de 1974, p. 11. 14-15.

las normas. No se debe olvidar que la Constitución democrática es fruto del pluralismo que compone a la sociedad, en la medida que obedece a las opciones políticas consensuadas por el pueblo-constituyente. La rigidez constitucional, que se disfraza tras la vigencia normativa de la Constitución y la supuesta verdad objetiva de su interpretación, son incompatibles con la realidad actual de la sociedad, donde coexisten diferentes proyectos políticos y personales.

Por último, quisiera insistir en la problemática suscitada a propósito de los holocaustos del siglo XX: la importancia de encontrar referentes de legitimación a la pura positividad.

Como consecuencia del comportamiento humano y su responsabilidad en la tragedia y la radicalización del principio de objetivación de toda realidad, se ha hecho una defensa a los postulados iusnaturalistas, aunque según Ruiz-Tagle se trata de una falsedad la afirmación que culpa al positivismo jurídico como el responsable del horror provocado por el nazismo.²¹ Y no sólo eso. Comparto el juicio del autor en cuanto a la influencia del iusnaturalismo en el derecho chileno. Afirma que sería bueno que en Chile se reconozca el potencial autoritario que implica la idea de derecho natural. El iusnaturalismo, muchas veces, no ha sido más que una retórica abusiva de justificación del poder y no es casual que haya sido instrumento de legitimación de abusos de poder, v.g., lo ocurrido en la historia chilena reciente y cómo por un lado existen prácticas represivas y por otro todo un aparato destinado a fundar los conceptos “naturales” de autoridad, legitimidad, familia, propiedad y persona humana, es decir, la naturaleza humana que se defiende en ciertas prácticas se muestra indefensa en la defensa de lo más propio del ser humano.²²

²¹ RUIZ – TAGLE, Pablo, “Reseña de Razón práctica y derecho natural”, *Anales de Filosofía Jurídica* 11, 1993, p. 366.

²² Véase RUIZ – TAGLE, “Reseña”, *op. cit.*, nota 21, pp. 366-367.

2. LA INFLUENCIA DEL PENSAMIENTO NEOLIBERAL EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA

Tratándose de los postulados neoliberales, éstos se nutren de diversas teorías. Así, desde la perspectiva económica, los postulados neoliberales se asocian al monetarismo;²³ desde la perspectiva social, hay una dilución de la cuestión social en tanto que problema nacional, en un problema étnico, local e individual²⁴ y desde la mirada de sus representantes teóricos, se identifican con el proyecto neoconservador.²⁵ Sin embargo, aquí utilizaré el término neoliberal como comprensivo de todas esas vertientes teóricas.

Si pudiéramos acercarnos al núcleo de las propuestas neoliberales, se puede señalar que lo encontramos en su concepción acerca de la libertad, sin perjuicio que también funda una determinada concepción antropológica y política.

Sobre la libertad, es entendida en su dimensión negativa, es decir, como la “libertad de que dispone cada individuo para emprender, producir, inventar, adquirir o desprenderse, emplear su tiempo, programar la propia vida, siguiendo su interés o su espíritu de generosidad, modelando su existencia por padrones originales o imitados, aceptando un camino de mediocridad o de grandeza”.²⁶

²³ Véase FOXLEY, Alejandro, “Experimentos neoliberales en América Latina”, *Estudios Cieplan*, 59, 1982, p. 13.

²⁴ Véase ÁLVAREZ-URÍA, Fernando, “Retórica Neoliberal” en ÁLVAREZ-URÍA, Fernando, *et al* (comp.), *Neoliberalismo versus democracia*, La Piqueta, Madrid 1998, p. 360.

²⁵ Véase LECHNER, Norbert, “El proyecto neoconservador y la democracia”, en *Obras escogidas de Norbert Lechner*, Vol. II, LOM ediciones, Santiago 2007, pp. 137-140. Aunque cabe señalar que hay algún autor que afirma que no hay una corriente neoliberal propiamente, sino que este término (neoliberal) “es consecuencia de que los enemigos de la libertad han utilizado esa palabra como una sinécdoque, (es decir)... extender o restringir el significado de una palabra tomando la parte por el todo, o el todo por la parte, o la materia con que está hecha la cosa con la cosa misma” (GHERSI, Enrique, “El mito del neoliberalismo”, *Estudios Públicos*, 95, 2004, pp. 310-311).

²⁶ FONTAINE ALDUNATE, Arturo, “Más allá del Leviatán”, *Estudios Públicos* 1, 1980, p. 5. Se advierte la influencia hayekiana en esta concepción de la libertad. Al

Si bien las políticas neoliberales se han ido implementando en diversos lugares del planeta, pasando por Latinoamérica, Asia y, por qué no decirlo, en el último tiempo la UE, sin embargo, “Chile es el país que ha aplicado de forma más rigurosa y consistente las políticas y reformas neoliberales. Su experiencia se acerca al test del ‘caso puro’. Se trata en verdad de un ‘experimento’ casi de laboratorio de las ideas neoliberales”.²⁷

Para el caso chileno, estas ideas se implementaron de manera radical durante el período de la dictadura militar, siendo sus principales impulsores un grupo de economistas formados en la Universidad de Chicago desde fines de la década de los cincuenta y parte de los sesenta. El desarrollo de las ideas neoliberales en Chile no se produce sólo como una reacción a la UP sino “su predominio sobre enfoques corporativos o de seguridad nacional radica en ofrecer una fundamentación histórico – filosófica para una radical e integral ‘capitalización’ de la sociedad chilena”.²⁸

En el caso del neoliberalismo, sus ideas apuntan al establecimiento de una determinada manera para afrontar el fenómeno económico, y también postulan una profunda desconfianza del sistema democrático.

La crítica a la democracia se presenta a partir del despotismo que ella produce, “de apariencias benévolas pero sometido al rigor de las mayorías y más afanado por la igualdad que por la libertad”.²⁹ Sostiene Fontaine que “el mito de la soberanía popular absoluta y el reforzamiento de las tendencias intervencionistas ponen en grave riesgo la libertad individual, cercenan la moneda y la propiedad, debilitan la autoridad moral de la ley, facilitan el crecimiento de

respecto, véase HAYEK, Friedrich von, *Derecho, legislación y libertad*, Vol. III, Unión Editorial, Madrid, 1982, pp. 32-33; HAYEK, Friedrich von, *Los fundamentos de la libertad*, Unión editorial, Madrid, 1998, pp. 73-74.

²⁷ FOXLEY, “Experimentos”, *op. cit.*, nota 23, p. 38.

²⁸ LECHNER, “El proyecto”, *op. cit.*, nota 25, p. 138.

²⁹ FONTAINE, “Más allá”, *op. cit.*, nota 26, p. 2.

monopolios del capital y del trabajo y permiten la entronización de auténticos regímenes totalitarios que utilizan con fraude los principios de democracia y libertad”.³⁰

Por tanto, ante la ineficacia de las políticas implementadas por los pregoneros de la igualdad, los problemas de la sociedad se solucionan con la encarnación fáctica del principio de la libertad (entendido en sentido negativo), es decir, como ausencia de coacción arbitraria ajena. No es difícil, entonces, deducir cuál será el instrumento por medio del cual la libertad podrá emanciparse: “el mercado es el procedimiento objetivo de ajuste entre los deseos que son libres, y los bienes que son limitados”³¹ ya que “el mercado se mueve gracias a las preferencias libres de los sujetos y carece por tanto de coacción. Es además impersonal porque se rige por reglas no discriminatorias que amparan el interés común de todos los que en él operan”.³²

Ahora bien, la libertad como espontaneidad y ausencia de coacción, no significa inexistencia del mal o injusticia, puesto que se puede ser libre y desgraciado a la vez. La libertad no impide morir de hambre ni correr riesgos mortales. Consiste simplemente en la posibilidad de decidir sin presión ajena, cualquiera que sea el costo que envuelva el ejercicio de tan noble como peligrosa facultad.³³

Asimismo, el neoliberalismo se edifica en base a ciertos pilares: relativización del sistema democrático, además de una concepción antropológica radicalmente individualista y una maximización de los criterios mercantiles como instrumento de comprensión de todos los fenómenos del mundo de la vida.

³⁰ FONTAINE, “Más allá”, *op. cit.*, nota 26, p. 13.

³¹ FONTAINE, “Más allá”, *op. cit.*, nota 26, p. 11.

³² FONTAINE, “Más allá”, *op. cit.*, nota 26, p. 13.

³³ FONTAINE, “Más allá”, *op. cit.*, nota 26, pp. 4-5. Esta idea es literalmente defendida por HAYEK, aunque el FONTAINE no lo cite: HAYEK, *Los fundamentos*, *op. cit.*, nota 26, p. 42.

En cuanto a la relativización del sistema democrático, se vislumbran antecedentes a esta postura en Ritter. Este autor experimenta temor frente a los efectos del sistema democrático y toma distancia del ideal de soberanía popular por el peligro que envuelve dejar el poder político en manos de gente sencilla, que resulta fácil de ser seducida y manipulada.³⁴ Además, entregado el poder al pueblo, éste deviene en soberano prácticamente infalible, que no tiene sobre él ningún juez a quién responder, siendo su libertad ilimitada, aunque a decir verdad, sólo hay libertad para el pequeño grupo de activistas que tiene en sus manos los instrumentos de la opinión pública. De ahí que el Estado democrático sea el más ilimitado de los déspotas.³⁵

Además, la democratización de la sociedad trae consigo ingentes problemas sociales, pues supone la aparición de una administración estatal burocratizada y centralizada, lo que lleva a una “hinchazón tal de las cargas estatales que sólo pudo hacerseles frente mediante una expropiación fiscal sumamente radical de las clases superiores, es decir, mediante la nivelación social”.³⁶ De ahí que la democracia como ha venido desarrollándose en Europa puede acabar en caos y tiranía, ya que sustrae del individuo su propia responsabilidad y permite que su voluntad se sumerja en la voluntad general de la masa. Por ello, para desmasificar a las masas se las debe estructurar en grupos con responsabilidad propia y cultivando la personalidad más que el tipo.³⁷

³⁴ Dice RITTER que “las masas se inclinan siempre hacia quienes tienen éxito y sobre todo hacia aquél que sabe imponerse en virtud de acciones llamativas. Por encima de todo, como la experiencia histórica enseña, la tendencia al poder es siempre y en todas partes el apetito más fuerte en el hombre, una vez que ha llenado el estómago... ¿y qué forma de Estado halaga más el apetito de poder de los humildes que la soberanía directa del pueblo? (RITTER, Gerhard, *El problema ético del poder*, Revista Occidente S.A., Madrid, 1972, p. 126).

³⁵ RITTER, *El problema*, op. cit., nota 34, pp. 122-123.

³⁶ Véase RITTER, *El problema*, op. cit., nota 34, p. 138.

³⁷ Véase RITTER, *El problema*, op. cit., nota 34, pp. 143.

Por ello postula Ritter que la cuestión central para el liberalismo es la siguiente: “¿volveremos alguna vez a vivir en una sociedad que tenga como fundamento el principio de la competencia entre fuerzas que se acicatean recíprocamente en lugar de estar fundada sobre la nivelación, la imposición, el dirigismo? ¿Una sociedad a la que le importe más el despertar la iniciativa personal que facilitar la lucha por la vida a los más débiles mediante la previsión estatal?”.³⁸ La respuesta a esta interrogante aparece como evidente: restaurar el mercado, desmovilización de la sociedad y relativización de la democracia.

Insistiendo en el punto, Hayek afirma, con razón, que la democracia no es un fin en sí mismo, sino que es el mejor de los métodos de gobierno conocidos para el ejercicio del poder, pero que debe ser limitado.³⁹ Dice que “el concepto de democracia hace únicamente referencia a un método o procedimiento en virtud del cual cabe lograr la toma de decisiones en materia de gobierno, y que el mismo nada tiene que ver con la mayor o menor justificabilidad a alguno de los concretos fines que el gobierno se proponga materializar”.⁴⁰

Asimismo, es de los que sostienen que, como todo poder, éste debe encontrarse limitado,⁴¹ y, por lo tanto, manifiesta su aprensión respecto a la conveniencia de que ciertas materias sean decididas por la mayoría.⁴² Y aunque la democracia sea un eficaz método de gobierno para la defensa de la libertad, ésta misma puede convertirse en su principal enemiga por un tema de carácter procedimental, puesto que la implementación operativa de las decisiones de los órganos

³⁸ RITTER, *El problema*, op. cit., nota 34, pp. 141-142.

³⁹ Véase HAYEK, *Derecho*, op. cit., nota 26, pp. 22-28; HAYEK, *Principios de un orden social liberal*, Unión Editorial, Madrid, 2001, pp. 143-145; HAYEK, *Camino de servidumbre*, Alianza Editorial, Madrid, 2009, pp. 22-28.

⁴⁰ HAYEK, *Derecho*, op. cit., nota 26, p. 22.

⁴¹ Véase HAYEK, *Derecho*, op. cit. nota 26, p. 24.

⁴² Véase HAYEK, *Derecho*, op. cit., nota 26, p. 27.

representativos se encuentra en manos de personas quienes en gran número de oportunidades tienden al ejercicio arbitrario del poder.⁴³

De ahí entonces, por el peligro que supone el endoso ilimitado de la soberanía al pueblo, que sea necesario condicionar las atribuciones del Gobierno y en particular del Parlamento, por la importancia que reviste el imperio de la ley, pero entendiendo esta primacía de la ley no como mero respeto al principio de la legalidad sino que como una regla metalegal o un ideal político.⁴⁴

Tratándose de la concepción antropológica radicalmente individualista, ello no implica una novedad, puesto que es un postulado propio de las corrientes liberales.⁴⁵ Es más, la valoración del individuo y su emancipación, ha favorecido el respeto y promoción de los derechos fundamentales, los que son claramente favorecidos por el liberalismo. Pero cabe también anotar que la familia liberal es amplia y variada y en ella caben Hayek, Friedman, pero también Rawls, los cuales, si bien pueden compartir ciertas premisas, difieren en cuanto a las consecuencias prácticas que se derivan de sus planteamientos teóricos, ya que ponen el acento en uno u otro enfoque liberal.

Tratándose del individualismo, nota característica de cualquier liberalismo, puesto que postulan que sólo los individuos tienen existencia real y sentido en sí mismo, por lo que todo proyecto social o político que se desarrolle debe tener como valor referente y dador de significado al individuo; de ahí que el perfeccionamiento humano se concibe desde una perspectiva exclusivamente individual, puesto que si

⁴³ “Hoy en día el peligro para la libertad individual no lo constituyen los poderes que las asambleas democráticas manejan efectivamente, sino los que conceden a los administradores encargados de la consecución de fines determinados... Bastante significativamente descubrimos no solo que la mayoría de los defensores de la democracia ilimitada se convierten pronto en paladines de la arbitrariedad” (HAYEK, *Los fundamentos*, *op. cit.*, nota 26, p. 157).

⁴⁴ Véase HAYEK, *Los fundamentos*, *op. cit.*, nota 26, p. 283.

⁴⁵ Puede verse una revisión de la concepción antropológica propuesta por Hayek en VERGARA ESTÉVEZ, Jorge. “La concepción del hombre de Friedrich Hayek”, *Revista de Filosofía* 65, 2009, pp. 161 – 176.

es él quien agota la existencia real, no puede haber nada fuera de él. No es difícil concluir, entonces, que si esto es así, el bien común deja de tener consistencia propia, pasando a formularse como la suma de bienes individuales de los individuos que forman la comunidad, y queda sin prioridad temporal o jerárquica sobre los bienes individuales.⁴⁶

Asimismo, unido a esta “constatación” de la realidad, está la confianza en que la persona humana es capaz de estructurar su vida en orden a alcanzar las metas que se proponga, por tanto, la única condición de posibilidad que se exige es que se le deje actuar. La mejor política será aquella que desarrolle y potencie un campo de acción individual, en que la persona sea independiente y autónoma, en el que se le deje hacer, es decir, *laissez – faire*.⁴⁷ Friedman, claro exponente de esta tradición, recoge y suscribe estas premisas íntegramente puesto que los fines del ser humano pasan por la satisfacción de las esferas individuales.⁴⁸

Para el caso de la maximización de los criterios mercantiles como medio de comprensión de los fenómenos del mundo de la vida, el mercado y sus criterios se transforman en los instrumentos válidos para la construcción e interpretación de políticas que afecten la vida pública y privada de los ciudadanos.

De hecho Hayek, un público contradictor de las economías planificadas, construye su teoría a partir del axioma del orden espontáneo que se produce en la sociedad, orden que hace posible “la utilización del conocimiento y aptitud de todos los miembros de la

⁴⁶ Véase FERRERO MUÑOZ, Ignacio, *Milton Friedman. La política económica de un pragmático liberal*. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002, p. 105.

⁴⁷ FERRERO, *op. cit.*, nota 46, p. 105.

⁴⁸ “Para el hombre libre, el país es la colección de los individuos que lo componen... el hombre libre no va a preguntar qué puede hacer su país por él ni qué puede hacer él por el país: Lo que sí preguntará es: ¿qué podemos hacer mis compatriotas y yo por medio del gobierno para ayudarnos a cumplir nuestras obligaciones individuales, conseguir diversas metas y propósitos y, sobre todo, proteger nuestra libertad” (FRIEDMAN, Milton, *Capitalismo y libertad*. Editorial Rialp, Madrid, 1966, p. 13).

sociedad en un grado mucho mayor del que sería posible en cualquier orden creado por una dirección central”.⁴⁹

Si esto es así (que la sociedad se construye a partir de un orden espontáneo), a diferencia de una organización, un orden espontáneo no tiene fin, ni precisa que haya acuerdo sobre los resultados concretos que ha de producir; al ser independiente de cualquier objetivo particular, permite la consecución de una gran cantidad de propósitos individuales, diferentes e incluso contrapuestos. Por eso el *orden del mercado*, en particular, se basa no sobre objetivos comunes sino sobre la reconciliación de propósitos diversos en beneficio mutuo de los participantes,⁵⁰ y este orden espontáneo de mercado, “basado en la reciprocidad o beneficios mutuos, se describe comúnmente como un orden económico”.⁵¹

Por lo mismo, es fácil conducir la argumentación hacia las bondades de la competencia, porque es el mejor método para favorecer tanto la eficiencia como la libertad de los individuos.⁵²

No extraña entonces la coincidencia con Friedman, que es de los que postulan que una sociedad capitalista es la que mejor garantiza la libertad económica y política, ya que “la organización económica es importante como medio para el fin de la libertad política, por sus efectos sobre la concentración o dispersión del poder... (por su parte) el capitalismo competitivo produce también libertad política porque separa el poder económico del poder político, y de esa forma permite que el uno contrarreste al otro”,⁵³ es decir, siendo el capitalismo un sistema de organización económico en que el poder se diluye entre los competidores, que son varios, favorece que el poder se atomice y evita

⁴⁹ HAYEK, *Los fundamentos*, op. cit., nota 26, p. 181.

⁵⁰ Véase HAYEK, *Los fundamentos*, op. cit., nota 26, p. 183.

⁵¹ HAYEK, *Los fundamentos*, op. cit., nota 26, p. 184.

⁵² “Allí donde puede crearse una competencia efectiva, ésta es la mejor guía para conducir los esfuerzos individuales...” (HAYEK, *Camino*, op. cit., nota 39, p. 66).

⁵³ FRIEDMAN, Milton, *Capitalismo*, op. cit., nota 48.

la coacción que implica la imposición de opiniones y valores personales a los demás, posibilitando la libertad política.

Por tanto, como es el individuo y su libertad el núcleo de estos postulados y, habiéndose reducido lo más posible el rol del Estado, no cabe en esta concepción una apelación a la solidaridad como fundamento de acción o la búsqueda de una “justicia social” ya que, a pesar de ser una búsqueda muy antigua, no se ha logrado descubrir una sola regla que permita determinar qué es lo justo socialmente en el orden de mercado. Esta conclusión negativa en torno a la justicia ‘social’ o ‘distributiva’ es inevitable, porque una remuneración o distribución justa sólo tiene significado dentro de una organización cuyos miembros actúan sobre la base de mandatos, al servicio de un sistema común de fines, pero no tiene sentido en una *catalaxia* u orden espontáneo que no puede tener semejante sistema común de fines.⁵⁴

Es decir, no hay más justicia social que asegurar la oportunidad de acceso a los goces del mercado, sobre la base de un poder de compra, en que las desigualdades que pueden darse entre las personas, sea respecto al poder de compra o consumo, son una situación natural, resultado de las capacidades individuales, en que ni el Estado ni la comunidad deben intervenir para asegurar un ‘absurdo’ promedio regulado.⁵⁵

Conviene recordar que desde la perspectiva de los postulados económicos, el neoliberalismo se identifica con el monetarismo. Para este enfoque, la inflación es el principal inconveniente para lograr desarrollo y crecimiento, generando, al mismo tiempo, efectos desfavorables sobre la distribución del ingreso por lo cual se demanda una clara preferencia por una tasa de inflación lo más cercana posible a

⁵⁴ Véase HAYEK, *Los fundamentos, op. cit.*, nota 26, p. 192. Como sostener la tesis sobre la inexistencia o imposibilidad de una justicia social es muy radical, algún autor se ha esforzado por explicar la moralidad en el funcionamiento del mercado. Al respecto, véase NOVAK, Michael, “Ocho argumentos sobre la moralidad del mercado”, *Estudios Públicos* 55, 1994, pp. 189 – 210.

⁵⁵ Véase SALAZAR, Gabriel, *Historia contemporánea de Chile*, tomo I, LOM ediciones, Santiago, 1999, p. 175.

cero. Para lograr este propósito, el monetarismo se concentra en el empleo de unos pocos instrumentos de política: control de la oferta monetaria, reducción del déficit fiscal, devaluación del tipo de cambio, liberalización de precios y eliminación de subsidios. Estos instrumentos permitirán producir efectos distributivos neutrales, debido a la aplicación de una norma uniforme para todos los agentes económicos, lo que implica el término de toda suerte de discriminación.⁵⁶

Vistas así las cosas, es razonable afirmar la íntima conexión entre una corriente que postula la máxima libertad de los individuos que se desarrollan en un mercado de bienes y servicios, con aquella que, para hacer operativos esos fines, favorece la liberalización de precios, eliminación de subsidios y reducción del déficit.

Y esos principios, se encarnan con especial fuerza en Chile durante la década de los setenta y ochenta. Se privatizan las empresas estatales y también hay un traspaso de los servicios públicos a la iniciativa privada (v.g. previsión social, sistema de sanidad, educación y vivienda social). Se da origen a un completo período de privatización de todas las esferas de la realidad, en que “privatizar significa que el principio de la responsabilidad colectiva es reemplazado por el principio de la rentabilidad privada... la intervención estatal se limita a un asistencialismo *in extremis*,... (en que) la desarticulación de la organización sindical es el motor de la política de descentralización”.⁵⁷

Por tanto, es posible observar que la economía, el mercado y sus premisas copan todas las esferas de la realidad. Según Foxley, la economía en tanto que ciencia se funda en el supuesto de la racionalidad individual. Cada individuo procura maximizar su propio bienestar y el mercado es el instrumento más eficiente para la conquista de ese objetivo, por lo que las soluciones que ofrece serían óptimas para todos los involucrados en el proceso económico. Además, siendo las preferencias libres e indiferentes a la coerción,

⁵⁶ Véase FOXLEY, “Experimentos”, *op. cit.*, nota 23, pp. 15-16.

⁵⁷ LECHNER, “El proyecto”, *op. cit.*, nota 25, p. 172.

sólo las relaciones (del tipo que sean) que se dan en el mercado estarían a salvo de la influencia contaminante de la política.⁵⁸ De ahí que a los neoliberales “les parece del todo comprensible aplicar los mismos principios con el objeto de adoptar decisiones ‘racionales’ en cualquier otro ámbito del sistema social y político”.⁵⁹⁶⁰ Como señala Garretón, para esta concepción, “la libertad política es posible sólo a partir de una libertad económica que se define en torno de la propiedad privada y que se encuentra en la vigencia plena del mercado sin interferencias... (en que) los principios del mercado proveen también los fundamentos del sistema político”.⁶¹

Como se ha señalado, consecuencia inmediata de estos postulados es una reducción de las atribuciones del Estado y dar paso a un proceso de descentralización y privatización de las decisiones. Pero un proceso de esta naturaleza, que supone un cambio de cosmovisión, ¿es posible realizarlo en el marco de un gobierno democrático? Y aquí viene la paradoja, porque la implementación de tan radicales cambios, que se inspiran en anhelos de mayor libertad individual, no puede realizarse por mecanismos democráticos de decisión, ya que el papel de refundación puede ser asumido de forma más eficiente por una “esclarecida autoridad central, capaz de discernir cuáles son las decisiones racionales (científicas)”.⁶² De ahí la necesidad de relativizar la democracia, tanto en cuanto a afirmar que es un instrumento procedimental de decisión, como que ante la necesidad de cambios estructurales, ésta puede (y debe) ceder para hacer efectivos cuántos cambios sean necesarios para la restauración

⁵⁸ Véase FOXLEY, “Experimentos”, *op. cit.*, nota 23, p. 80.

⁵⁹ FOXLEY, “Experimentos”, *op. cit.*, nota 23, p. 80.

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 80. Si esto es así, el monetarismo deviene en teoría política: “el monetarismo evoluciona desde recetas simples y técnicas de corto plazo para reducir la inflación, hacia un enfoque radical de economía de libre mercado y de una sociedad organizada en torno del principio de libertad económica” (FOXLEY, 1982, p. 82).

⁶¹ GARRETÓN, Manuel Antonio, “Modelo y proyecto político del régimen militar”, en GARRETÓN, Manuel Antonio et al, *Chile 1973 – 198?*, Flacso, Santiago, 1983, p. 20.

⁶² FOXLEY, “Experimentos”, *op. cit.*, nota 23, p. 82.

institucional política – económica. Con no poca ironía, Salazar sintetiza las ideas neoliberales señalando que “el libremercado contiene un ‘silogismo histórico’ que tiene en su premisa mayor y en su conclusión, es mercantil; en su premisa del medio es geopolítico y militar, y en ninguna fase del razonamiento, socializado. Tiene una relación ‘casual’ con la democracia y la nacionalidad. Por ello, su metabolismo cultural es, en lo visible, materialmente rico, pero en lo invisible, socialmente pobre”.⁶³

Y eso fue lo que ocurrió en Chile: una dictadura concentró todo el poder imaginable y acometió la tarea de encarnar las posturas neoliberales, sin olvidar que el costo social que supuso la implementación de estas políticas fue altísimo y se mantuvo por años. De ahí, dado lo impopular que significa imponer estas medidas, su marco propicio es el de gobiernos autoritarios que limitan o suspenden ciertos derechos fundamentales.⁶⁴

Con la finalidad de hacer posible el camino hacia una sociedad libre era necesario realizar cambios institucionales en lo económico, político y social. Desde la perspectiva del Derecho Constitucional, la Constitución elaborada en tiempos de la dictadura es reflejo de los paradigmas neoliberales que no tardarán en ser implementados y normativizados.

Por de pronto, el derecho de propiedad es regulado con un nivel de descripción propio de normas legales o reglamentarias. En una larga y detallada descripción, el art. 19 N° 24 dice que la Constitución asegura a todas las personas “el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o

⁶³ SALAZAR, *Historia, op. cit.*, nota 55, p. 173.

⁶⁴ La tasa de paro en 1973 era de 4,6%. A partir de 1974 se empuja a 9,7. Entre 1975 y 1979 el promedio es de un 15% de la población. Desciende entre 1980 – 1981, pero entre 1982 – 1984 supera el 20%, descendiendo al 15% aproximadamente entre 1985 – 1986. Véase ROSENDE RAMÍREZ, Francisco. “Una interpretación del desempleo en Chile”, *Estudios Públicos*, 32, 1988, pp. 71. 74-76. Estos datos no consideran los casos de empleo precario que, en el evento de ser incluidos, aumentaría la tasa de paro.

incorporales” (inc. 1º), pero además, establece las limitaciones a este derecho, las que desde la perspectiva de la función social jamás puede tener como fundamento una demanda de redistribución o de mejora de los sectores más desfavorecidos (inc. 3º). Asimismo, es la Constitución quien traza las líneas generales para el procedimiento de expropiación, estableciendo condiciones que bien podrían haber sido establecidas en la ley, v.g. reclamo de la legalidad del acto, procedencia de la indemnización, forma de pago de ésta, toma de posesión del bien expropiado, entre otras (incs. 4º y 5º).

Sobre la libertad de empresa, establece la Constitución “el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen (inc. 1º). El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado” (inc. final). Es decir, se materializa el anhelo de restricción de la esfera de actuación del Estado, en este caso como Estado empresario.

Pero no sólo encontramos la limitación al Estado como agente económico, sino que desde la perspectiva de los derechos fundamentales, hay un fuerte énfasis en los derechos asociados a la libertad económica, en detrimento de los derechos sociales, v.g. el derecho a la educación es más un anhelo que un derecho con contenido efectivo (art. 19 N° 10), poniendo el énfasis en la libertad de enseñanza (art. 19 N° 11); situación parecida ocurre con el derecho a la protección de la salud. En estos dos casos, no existe protección constitucional reforzada por medio del recurso de protección (art. 20), salvo en el caso del art. 19 N° 11 inc. final que permite la libre elección del sistema de salud por parte de los ciudadanos.

Tratándose de los derechos asociados a los trabajadores, hay una fuerte limitación del derecho a la libertad sindical, la negociación colectiva y el derecho a la huelga, enfatizándose los aspectos de liberalidad y voluntariedad de los derechos, sobre el contenido positivo que implica dotar de protección sustantiva a los trabajadores (art. 19 N° 16 y 19). Por supuesto, el derecho a la libertad de trabajo no cuenta con protección reforzada, salvo en los aspectos liberales, lo mismo que el derecho a la seguridad social (art. 19 N° 18). Esta regulación de los derechos de los trabajadores es manifestación del anhelo de desmovilización de ciertas fuerzas vivas de la comunidad.

Por ello se puede afirmar que se ha tratado de cristalizar normativamente las transformaciones estructurales que introduce el nuevo modelo de acumulación y desarrollo y redefinir institucionalmente los diversos ámbitos de relaciones sociales.⁶⁵

Además, se vislumbra un fuerte desequilibrio entre los valores asociados a la igualdad y la libertad en la Constitución y el sistema institucional de Chile.

Sobre la igualdad, ésta es concebida desde una perspectiva ultraliberal, es decir, como igualdad de oportunidades más que para generar un espacio de igualdad real y material, ya que siendo el mercado el espacio de desenvolvimiento de la persona, él mismo permitirá el desarrollo de las potencialidades individuales en vista de una mejora de las condiciones materiales de vida.

En cuanto a la libertad, la verdadera libertad es aquella que permite el despliegue de la iniciativa económica sin ser coartada por el Estado. De ahí que la base de la libertad “reside en la propiedad privada y en la competencia en el mercado y es fundamental libertad de consumir. Los derechos de las personas se hacen valer no en espacio público –en la esfera del Estado y la política-, sino en el mercado”.⁶⁶

⁶⁵ GARRETÓN, “Modelo”, *op. cit.*, nota 61, p. 11.

⁶⁶ VERGARA, Pilar, *Auge y caída del neoliberalismo en Chile*, Flacso, Santiago, 1985, p. 99.

3. EFECTOS Y CONTRADICCIONES EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS POSTULADOS IDEOLÓGICOS IUSNATURALISTAS Y NEOLIBERALES

Si bien la Constitución encuentra fundamento en diversas vertientes teóricas, me he limitado al análisis del iusnaturalismo y neoliberalismo, por la importancia en la configuración de la Constitución y por las contradicciones que existen entre ellas, lo que hace que el texto se vea forzado a tratar de conciliar posturas enfrentadas.

No hay una sola visión del iusnaturalismo. Existe una versión racionalista, propia de la modernidad, pero también encontramos la versión cristiana, que tiene matices, dependiendo de los autores y el momento histórico en que se despliegan. Así, por ejemplo, la teoría política de Maritain no es la misma que la de Tomás de Aquino. Pues bien, tratándose de la Constitución chilena, la influencia de la llamada “filosofía cristiana”, es la escolástica en un sentido más propio, es decir, nos remite a los paradigmas medievales. Si bien, hay principios constitucionales que siendo escolásticos son recogidos y reconocidos por el liberalismo (“las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” - art. 1 inc. 1º - o “el Estado está al servicio de la persona humana” - art. 1 inc. 3º), la dificultad no radica tanto en la letra de la norma cuanto en su interpretación. El problema que ha ocasionado para Chile la llamada “doctrina pontificia”⁶⁷ es su propuesta originalista para interpretar la Constitución y postular una teoría política y social en base a paradigmas que no responden al desarrollo de la sociedad. Se puede afirmar que se trata de una cosmovisión contrafáctica, que enfatiza el derecho a la vida sobre los demás derechos. Además, devalúa la importancia de los derechos civiles y políticos y reconoce, de manera precaria, frágil y parcial los derechos

⁶⁷ Véase CRISTI, Renato – Ruiz – Tagle, Pablo, *La República*, Lom ediciones, Santiago, 2006, pp. 133. 139.

económicos y sociales, en los cuales enfatiza, claro está, la garantía de su aspecto liberal como no interferencia.⁶⁸

Algunos ejemplos de la vida cotidiana pueden ilustrar los efectos que produce la influencia de la “filosofía cristiana” en el ordenamiento constitucional chileno. La concepción de familia que se encuentra en la Constitución ha sido interpretada de manera restrictiva; de ahí la problemática y tardía discusión y aprobación de una legislación relativa al matrimonio que establezca causas de disolución del vínculo, o la dificultad que existió para aprobar la ley que igualaba los derechos de los hijos, hayan nacido dentro o fuera del matrimonio.⁶⁹

Y esto también se observa a la hora de interpretar el derecho a la vida y las políticas de control de natalidad, por ejemplo con el caso de la llamada “píldora del día después”⁷⁰ o en el caso de justificar el despido de una profesora de religión que hace pública su condición de lesbiana, lo que supone una colisión de derechos entre la facultad concedida por el Estado a las entidades religiosas para certificar la idoneidad de los profesores de religión y la igualdad ante la ley, prohibición de discriminación y libertad de conciencia con derecho a la vida privada.⁷¹

Por su parte, la influencia neoliberal se advierte especialmente en la configuración del rol para el Estado en materia económica, preeminencia de los derechos de propiedad y libertad de empresa y énfasis en la dimensión de libertad de otros derechos, devaluando los aspectos sociales. Zúñiga advierte el planteamiento neoliberal: “el planteamiento crítico desde una dogmática escorada ideológicamente

⁶⁸ Véase CRISTI, *La República, op. cit.*, nota 67, p. 133.

⁶⁹ En Chile el divorcio está regido por la Ley 19.947, arts. 53 – 60, la que fue publicada en mayo de 2004, con no pocas dificultades en el proceso de discusión. En materia de filiación, recién en 1998 se produjo la equiparación legal de los hijos en cuanto a los derechos y obligaciones que asisten a padres e hijos (Ley 19.585 de 26 de octubre de 1998).

⁷⁰ Véase STCCh rol 740, de 18 de abril de 2008.

⁷¹ Sobre este caso, véase SCS, rol 6.853 – 2007, de 17 de abril de 2008.

hacia el neoliberalismo descansa en último término en un sofisma o lecho procusteano: (derecho subjetivo), de filiación privatista y liberal individual, y sobre tal definición emplear un modelo descriptivo que permite negar los derechos económicos, sociales y culturales”.⁷²

Si bien esta última corriente justifica sus postulados en la “cientificidad” con que son contruidos, no es menos cierto que su axioma de mercantilizar todas las dimensiones sociales no deja de ser autoritario y con pretensiones de universalidad: ¿es necesariamente la economía de mercado garantía de eficiencia y espacio de despliegue de la libertad de las personas? No necesariamente, porque hay ciertas esferas en las cuales el puro mercado no basta para generar políticas públicas que beneficien a los ciudadanos. No se puede desconocer que hay ciertas actividades y sectores de los que el Estado no puede ausentarse. El problema es que el neoliberalismo cree que todo puede ser entregado a la iniciativa privada, y desconoce que pueda existir justicia social y políticas redistributivas.

Y aquí encontramos una contradicción evidente con la filosofía cristiana presente en la Constitución chilena. Dice el art. 1 inc. 3° que “el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el *bien común*, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”. Para el neoliberalismo el bien común es una utopía que no puede enmarcarse como un fin del Estado y en esto se advierte una colisión evidente entre las fuentes que nutren la Carta chilena. ¿Por qué? Porque para el iusnaturalismo el bien común (y la justicia social) son fines del Estado. Por tanto, se puede establecer esta redacción de carácter principal, pero sin perder el horizonte, que es garantizar institucionalmente una “sociedad libre”. Se fuerza el texto, manifestándose el carácter pragmático de los que participaron en la

⁷² ZÚÑIGA URBINA, Francisco, “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista de Derecho* 20, 2008, p. 88.

redacción original y el sincretismo ideológico presente en la Constitución.

Incluso Vergara observa una contradicción entre la concepción del problema de la libertad económica, que deriva del más puro liberalismo económico, y el carácter antiliberal de la concepción no representativa de la política, derivadas de la Doctrina de la Seguridad Nacional (DSN) y de su concepción tecnocrática del poder.⁷³ Para que se armonice la tensión, se realiza una reformulación de ciertas nociones de la DSN, a partir de categorías liberales, v.g. primacía de la libertad económica sobre la libertad política, lo que supone un rol para el Estado de guardián del Orden Público.⁷⁴

Con todo, no desconozco las bondades del neoliberalismo. Por un lado, se trata de una teoría que funda, las más de las veces, seriamente sus postulados. Además, el énfasis en la libertad y la persona debería llevar a una promoción y protección de los derechos humanos. Incluso, es posible advertir la valoración que realiza de la pluralidad existente en la sociedad, ya que al fomentar la iniciativa individual surgen recursos que no verían la luz sino cuando las personas tienen un espacio de actuación libre en busca de sus fines.⁷⁵

Sin embargo, la radicalización de postulados, trátese de cualquier corriente, siempre necesita matices en búsqueda de una síntesis. No niego la relevancia de la economía de mercado como un eficaz modelo económico que debe regir los destinos de la sociedad. También es valorable la postura que tiende a reducir el tamaño del Estado e ir aligerándolo de la actividad empresarial, como asimismo la relevancia de las políticas de control de la inflación. No obstante, no todo puede ser mercantilizado, especialmente porque el desarrollo de los derechos sociales no se produce con la pura liberalidad (y asistencialidad). Y es ésta una esfera propia y singular en la cual debe desplegar su fuerza un Estado, porque producir una mejora en las

⁷³ Véase VERGARA, *Auge, op. cit.*, nota 66, p. 101.

⁷⁴ Véase VERGARA, *Auge, op. cit.*, nota 66, p. 101.

⁷⁵ Véase FERRERO, *op. cit.*, nota 46, pp. 113-114.

condiciones de vida de los menos favorecidos supone implementar políticas en que él puede intervenir de manera directa.

Por otra parte, la relativización del sistema democrático en pos de la defensa de la libertad, puede llevar a justificar cualquier sistema de gobierno, entre los que encontramos a las dictaduras, con el peligro que supone para las personas la restricción o suspensión de los derechos fundamentales.

Es cierto que la democracia no es fin en sí misma. Se trata de una conquista cultural, en que lo esencial es “el proceso por el que llegan a tomarse las decisiones, más que las decisiones mismas, y el mecanismo de ese proceso debería ser la deliberación encaminada a convencer con razones, no la imposición, ni tampoco la manipulación”⁷⁶. Como ha señalado Dewey, “la regla de la mayoría es tan absurda como sus críticos le acusan de serlo. Pero nunca es *simplemente* la regla de la mayoría (...). Lo importante es el medio por el que una mayoría llega a serlo: los debates antecedentes, la modificación de las perspectivas para atender a las opiniones de las minorías (...). La necesidad esencial, en otras palabras, es la mejora de los métodos y condiciones de debate, discusión y persuasión”.⁷⁷

Por ello, se puede sostener que es reduccionista la postura neoliberal que limita la democracia al proceso electoral y que los agentes de la Administración tienden a generar políticas contramayoritarias, como lo ha sostenido Hayek. La democracia supone procesos electorales, pero es más que eso: se trata de un método que permite el discernimiento en un ambiente persuasivo, racional y de respeto a las fuerzas minoritarias (esto último, cuando los sistemas electorales lo permiten, especialmente tratándose de sistemas proporcionales).

⁷⁶ CORTINA, Adela, “Jürgen Habermas: luces y sombras de una política deliberativa”, *Revista de Ciencias Sociales*, 52, 2007, p. 56.

⁷⁷ Citado en CORTINA, A. “Jürgen”, *op. cit.*, nota 76, p. 55.

4. CONCLUSIÓN

Si bien Chile ha sido un precursor en la implementación de un modelo neoliberal, éste ha ido ganando fuerza y adeptos en diversas parte del mundo, incluso en la UE. Los desafíos que se imponen frente al empuje neoliberal es el cuidado de las políticas que protegen el tejido social y no olvidar que como sociedad debemos aspirar a una equiparación en las condiciones de vida de los menos favorecidos. No se trata de una defensa de un sistema de igualdad real, pero sí de promoción y movilidad social de los más pobres. Por ello es necesario conciliar el mercado autorregulado con los imperativos democráticos de un Estado social y en eso, en Chile, existe una deuda enorme. El costo social que supuso la implementación de los postulados neoliberales tardó años en repararse y quienes lo asumieron fueron, principalmente, los más pobres. Si bien, en los últimos veinte años, ha habido progresos desde la perspectiva del desarrollo humano, ello ha sido posible gracias a la matización de las radicales políticas económicas vigentes durante la dictadura militar.

Con todo, la Constitución Política, en su estructura central no ha sido modificada en todos estos años. Eso no significa que cuando llegue el momento de modificar la Constitución, especialmente su entramado político – social, se van a resolver los problemas sociales. Lo que sí permitirá una reforma constitucional del sistema institucional es que, los pilares en los cuales descansa, serán más democráticos y sobre todo, más moderados en la valoración de la libertad y más operativos en la protección de los derechos sociales. Y en eso deposito mi esperanza para el futuro del país.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ – URÍA, Fernando, “Retórica Neoliberal”, en ÁLVAREZ – URÍA, Fernando *et al* (comp.), *Neoliberalismo versus democracia*, La Piqueta, Madrid, 1998.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *Familia y Derecho*, Universidad de los Andes, colección Jurídica, Santiago, 1994.
- CORTINA, Adela, “Jürgen Habermas: luces y sombras de una política deliberativa”, *Revista de Ciencias Sociales*, 52, 2007, pp. 49 – 73.
- CRISTI, Renato, “Jaime Guzmán. Capitalismo y moralidad”, *Revista de derecho*, Vol.10 1, 1999, pp. 87 – 102.
- CRISTI, Renato, *El pensamiento político de Jaime Guzmán*, LOM ediciones, Santiago, 2000.
- CRISTI, Renato; RUIZ – TAGLE, Pablo, *La República*, LOM ediciones, Santiago, 2006.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los derechos constitucionales*, tomo I, Editorial Jurídica, Santiago, 2004.
- FERRERO MUÑOZ, Ignacio, *Milton Friedman. La política económica de un pragmático liberal*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002.
- FONTAINE ALDUNATE, Arturo, “Más allá del Leviatán”, *Estudios Públicos*, 1, 1980, pp. 1 -23.
- FOXLEY, Alejandro, “Experimentos neoliberales en América Latina”, *Estudios Cieplan* 59, 1982.
- FRIEDMAN, Milton, *Capitalismo y libertad*, Editorial Rialp, Madrid, 1966.
- GARRETÓN, Manuel Antonio, “Modelo y proyecto político del régimen militar”, en GARRETÓN, Manuel Antonio, *et al*, *Chile 1973 – 198?*, Flacso, Santiago, 1983, pp. 7 – 48.
- GHERSI, Enrique, “El mito del neoliberalismo”, *Estudios Públicos*, 95, pp. 293 – 313.

- GUZMÁN ERRÁZURIZ, Jaime; NOVOA VÁSQUEZ, Jovino, *Teoría sobre la Universidad*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1970.
- GUZMÁN ERRÁZURIZ, Jaime, “La definición constitucional”, *Revista Realidad*, 15, 1980, pp. 17-40.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 2005.
- HAYEK, Friedrich von, *Derecho, legislación y libertad*, Vol. III, Unión Editorial, Madrid, 1982.
- _____, *Los fundamentos de la libertad*, Unión editorial, Madrid, 1998.
- _____, *Principios de un orden social liberal*, Unión Editorial, Madrid, 2001.
- _____, *Camino de servidumbre*, Alianza Editorial, Madrid, 2009.
- JUAN XXIII, *Mater et Magistra*, Roma, 15 de mayo de 1961.
- JUNTA DE GOBIERNO, *Declaración de principios del gobierno de Chile*, 11 de marzo de 1974.
- LECHNER, Norbert. “El proyecto neoconservador y la democracia”, en *Obras escogidas de Norbert Lechner*, Vol. II, LOM ediciones, Santiago, 2007, pp. 137 – 179.
- LÓPEZ MAGNASCO, Sebastián, *Garantía constitucional de la no discriminación económica*, Editorial Jurídica, Santiago, 2006.
- MANSER, Gallus, *La esencia del tomismo*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1953.
- NOVAK, Michael, “Ocho argumentos sobre la moralidad del mercado”, *Estudios Públicos* 55, 1994, pp. 189 – 210.
- RAWLS, John, “La justicia como equidad: política no metafísica”, *La Política* 1, 1996, pp. 24-45
- REPÚBLICA DE CHILE, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 10ª, Santiago, 25 de octubre de 1973.
- _____, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 40ª, Santiago, 14 de mayo de 1974.

- _____, *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión 45ª, Santiago, 13 de junio de 1974.
- REYES SOTO, Nelson, “De nuevo sobre el problemático concepto de positivismo jurídico”, *Revista de Ciencias Sociales*, 41, 1996, pp. 123-144.
- RITTER, Gerhard, *El problema ético del poder*, Revista Occidente S.A., Madrid, 1972.
- ROSENDE RAMÍREZ, Francisco, “Una interpretación del desempleo en Chile”, *Estudios Públicos*, 32, 1988, pp. 67 – 128.
- RUIZ – TAGLE, Pablo. “Reseña de Razón práctica y derecho natural”, *Anales de Filosofía Jurídica* 11, 1993, pp. 365 – 367.
- SALAZAR, Gabriel, *Historia contemporánea de Chile*, tomo I, LOM ediciones, Santiago, 1999.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo IV, Editorial Jurídica, Santiago, 1997.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “La Familia en la Constitución Política”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 21 2, 1994, pp. 217 – 225.
- VARELA EL SOLAR, Jorge Luis, “Estudio sobre el artículo primero de la Constitución de 1980”. *Revista chilena de Derecho*, Vol. 11 2 – 3, 1984, pp. 385 – 402.
- _____, “Subsidiariedad, Orden Público Económico y Seguridad Nacional en la Constitución de 1980”, *Revista chilena de Derecho*, Vol. 16 2, 1989, pp. 379 – 390.
- Vergara, Pilar, *Auge y caída del neoliberalismo en Chile*, Flacso, Santiago, 1985.
- VERGARA ESTÉVEZ, Jorge, “La concepción del hombre de Friedrich Hayek”, *Revista de Filosofía*, 65, 2009, pp. 161 – 176.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco, “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista de Derecho* 20, 2008, pp. 83 – 109.

HOMOLOGACIÓN Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS. BREVE ANÁLISIS DE PRECEDENTES RELEVANTES EN MÉXICO

Daniel Castellanos Ortega^{*}

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Generalidades del primer caso; 2.2 Constitucionalidad de los preceptos reclamados; 3. Generalidades del segundo caso; 4. Distinción en la regulación Federal y la Estatal de la homologación y ejecución de sentencias extranjeras; 5. Conclusiones; Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Como producto de una de las labores realizadas en la Cátedra Estado de Derecho de la Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública (EGAP) del Tecnológico de Monterrey, dirigida por el Dr. Roberto Garza Barbosa, nos hemos abocado a la obtención de sentencias nacionales en donde se resuelve en definitiva la homologación y ejecución de resoluciones dictadas en el extranjero. Dichas resoluciones se han obtenido, la primera en la página electrónica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y la segunda en su Módulo de Transparencia y Acceso a la Información, gracias a la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública

^{*} Licenciado en Derecho por el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, campus Monterrey. Estudiante de la Maestría en Derecho Internacional, Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública, Campus Monterrey (EGAP). Becario de investigación de la Cátedra Estado de Derecho de la EGAP, <<http://www.ced.org.mx>> y del Programa Nacional de Posgrados del CONACYT. Se ha desempeñado como Presidente del Capítulo García Rendón de la Fraternidad *Phi Delta Phi*, en la carrera de Derecho del Campus Monterrey. Agradezco los comentarios del Dr. Roberto Garza Barbosa a los anteriores borradores de este ensayo.

Gubernamental,¹ y demás disposiciones aplicables. De las mismas, hay dos en particular que constituyen el punto de partida en el presente ensayo, por su repercusión en el Derecho mexicano y establecimiento de antecedentes en la materia.

Ante el desarrollo de un mundo jurídico globalizado, en donde las relaciones de carácter privado cada vez involucran a más personas pertenecientes a distintos Estados, llevando consigo cada una su sistema legal a un plano de relaciones jurídicas que buscan ser reconocidas y reguladas por sus distintos ordenamientos, generándole a los Estados la necesidad de incluir en su Derecho interno, reglas que permitan garantizar un Estado de Derecho. Si bien encontramos que estas relaciones se encuentran reguladas por el Derecho Internacional Privado, pues es el “conjunto de normas que rigen las relaciones jurídicas de los particulares en el ámbito internacional”,² en el presente ensayo me enfocaré solo en uno de los tres contenidos de dicha rama jurídica, que de acuerdo a Sonia Rodríguez son: (i) La competencia judicial civil internacional, (ii) el derecho aplicable, (iii) el reconocimiento y ejecución de pronunciamientos judiciales extranjeros.³ Siendo el último punto, el objetivo particular a analizar.

Para dar mayor precisión, he tomado el punto de homologación y ejecución de las sentencias extranjeras partiendo de dos casos, por las implicaciones jurídicas que de los mismos surgieron. Me refiero al amparo en revisión 887/2005, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por virtud del cual la misma se pronuncia y emite una tesis aislada que sostiene que no es

¹ Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, DOF 11 de junio de 2002. Como parte de un proyecto de investigación sobre Derecho internacional privado que incluye jurisdicción y competencia, derecho aplicable, además de homologación y ejecución de sentencias.

² CUEVAS CANCINO, Francisco, *et al.*, *Manual de Derecho Internacional Privado Mexicano*, México, Porrúa, 1997, p. 8.

³ RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia, *Conexidad y Litispendencia Internacional en el Derecho Internacional Privado Mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 5.

necesario contar con algún tratado internacional que prevea la homologación y ejecución de sentencias, para homologar y ejecutar una sentencia dictada en el extranjero, atendiendo al sentido de la legislación aplicable de nuestro Derecho en la materia, y a la sentencia dictada por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa y Civil del Decimonoveno Circuito, correspondiente a la sesión del día 15 de agosto de 2006. Pues se define si es necesaria o no la existencia de un tratado internacional para poder otorgar la homologación y ejecución de una sentencia extranjera. En tanto que, de la segunda resolución se visualiza bajo qué ordenamientos jurídicos sería más fácil obtener la homologación y ejecución, bajo el Código Federal de Procedimientos Civiles, o basándose en el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Tamaulipas. Es decir, ¿bajo cuál ordenamiento será más fácil obtener la homologación, la legislación federal o a la estatal?; ello, porque el citado código de Tamaulipas podría ser representativo de los códigos procesales estatales en este sentido.

Identificaré las reglas contempladas en nuestra legislación mexicana para la homologación y ejecución de sentencias extranjeras. Remitiéndonos al primer caso, trataré el análisis que hace la Suprema Corte a la calificación de inconstitucional que alega la quejosa de los artículos 1347-A del Código de Comercio y el 571 del Código Federal de Procedimientos Civiles. Asimismo, haré referencia a principios reconocidos por otros estados respecto al Derecho internacional privado, como es el contemplado en Estados Unidos de América, propio del *common law*, denominado *Comity*⁴ o cortesía internacional

⁴ Cfr. GARZA BARBOSA, Roberto, “*Steele vs Bulova Watch Co.* De la aplicación extraterritorial del *Lanham Act* Estadounidense en México y de la Marca Notoriamente Conocida”, *Boletín de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLIII, núm. 129, septiembre-diciembre de 2010, pp. 1148-1149. El autor hace referencia al tema particular de territorialidad de la ley de marcas, en donde señala que Estados Unidos, en su sistema *Common Law* contempla este respeto a otros sistemas jurídicos, denominándolo “*Comity*”, aplicable en sí, a más cuestiones jurídicas y su tratamiento en Estados extranjeros, como una cortesía internacional.

y que es el país en donde se han dictado las sentencias que dan origen a los amparos en cuestión.

De esta manera, una vez estudiado el tema, poder llegar a una conclusión que facilite entender el trato que se le da a las sentencias dictadas en el extranjero, en cuanto a su homologación y ejecución en México.

2. GENERALIDADES DEL PRIMER CASO

Una vez que hemos logrado el acceso a diferentes sentencias, llegamos a la que se dictó por motivo del amparo en revisión 887/2005, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Por motivo de sentencia dictada en apelación el 3 de diciembre de 2004, la quejosa a través de su apoderado legal presenta la demanda de amparo el 28 de diciembre del mismo año, señalando como acto reclamado: (i) la sentencia no favorable dictada en la apelación, y (ii) la inconstitucionalidad de los artículos 1347-A del Código de Comercio y el 571 del Código Federal de Procedimientos Civiles, punto al cual me enfocaré.

Posteriormente, se admitió la demanda de amparo en el Juzgado Octavo de Distrito en Materia Civil del Distrito Federal el 30 de diciembre de 2004, y se dictó sentencia con la que se sobreseyó respecto de los planteamientos de constitucionalidad hechos por la quejosa el 3 de febrero de 2005. Ante esta situación, la quejosa interpuso el recurso de revisión, conociendo del mismo el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, el cual dictó sentencia con la que revocó el sobreseimiento decretado respecto de los planteamientos de constitucionalidad de la demanda de amparo, y reservó jurisdicción a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Acto seguido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación asume competencia y ordena turnar el expediente a la Primera Sala, correspondiéndole al Ministro José Ramón Cossío Díaz, la elaboración del proyecto de resolución correspondiente.

2.2 Constitucionalidad de los Preceptos Reclamados

Una vez que se ha levantado el sobreseimiento y reservado jurisdicción a la Suprema Corte de Justicia de la Nación con respecto a la cuestión constitucional planteada por la quejosa en relación a los artículos 1347-A del Código de Comercio y 571 del Código Federal de Procedimientos Civiles, se procede al estudio de los conceptos de violación relacionados con tales numerales.

En consideración a la inconstitucionalidad de los artículos reclamados, la Primera Sala de la Suprema Corte se enfocó en la fracción tercera de cada uno, pues en ellas se encuentra la disposición principal de la que deriva la inconstitucionalidad reclamada por la quejosa, al establecer que para que una sentencia extranjera se pueda ejecutar en México, será necesario: "... que el juez o tribunal sentenciador haya tenido competencia para conocer y juzgar el asunto de acuerdo con las reglas reconocidas en el Derecho internacional que sean compatibles con las adoptadas por este Código."⁵

Manifestación de la quejosa respecto a la constitucionalidad de los preceptos mencionados

⁵ Artículo 1347-A Código de Comercio, fracción III, "Que el juez o tribunal sentenciador haya tenido competencia para conocer y juzgar el asunto de acuerdo con las reglas reconocidas en el Derecho internacional que sean compatibles con las adoptadas por este Código. El Juez o tribunal sentenciador extranjero no tiene competencia cuando exista, en los actos jurídicos de que devenga la resolución que se pretenda ejecutar, una cláusula de sometimiento únicamente a la jurisdicción de tribunales mexicanos..."; Artículo 571 Código Federal de Procedimientos Civiles, fracción III, "Que el juez o tribunal sentenciador haya tenido competencia para conocer y juzgar el asunto de acuerdo con las reglas reconocidas en el Derecho internacional que sean compatibles con las adoptadas por este Código. El Juez o tribunal sentenciador extranjero no tiene competencia cuando exista, en los actos jurídicos de que devenga la resolución que se pretenda ejecutar, una cláusula de sometimiento únicamente a la jurisdicción de tribunales mexicanos..."

- Tales preceptos violan la garantía de igualdad, porque limitan el derecho a que todo hombre pueda ejecutar en México, resolución judicial dictada en Estados Unidos de América.
- Vulneran las garantías de seguridad jurídica, legalidad y audiencia, previstas en el artículo 14 Constitucional. Porque exigen la aplicación de reglas del Derecho internacional que acrediten la competencia del tribunal extranjero, cuando no existe regla o norma que obligue a los Estados Unidos y a México a determinar tal competencia. Por lo que hay violación a las formalidades del procedimiento.
- Estos preceptos fueron creados para hacer congruentes el sistema mexicano con los Tratados Internacionales, pero considerando que Estados Unidos no forma parte de estos tratados, es inconstitucional reclamar la aplicación de reglas internacionales de competencia que no existen.
- Se violan las garantías de libertad y seguridad jurídica del artículo 16 Constitucional, puesto que los numerales reclamados impiden que la autoridad haga una debida fundamentación y motivación de las resoluciones que abordan la homologación de una sentencia extranjera en México, al no existir en el Derecho internacional fundamento legal que determine competencia de tales tribunales.
- Se vulnera el artículo 17 Constitucional, ya que se limita la administración de una legal justicia, pues se requiere el cumplimiento de normas de Derecho internacional que no existen, conculcándose también el artículo 133 constitucional, pues se exige la aplicación de un tratado que no existe.

Es evidente que la quejosa, en busca de una resolución que le favorezca, está interpretando el precepto legal de manera tal, que pareciera necesario para poder conferir competencia a un juez extranjero y poderse reconocer una resolución del mismo en México, la existencia de un instrumento legal firmado entre ambos países, a lo

cual la Primera Sala de la Suprema Corte subraya que su planteamiento se está desarrollando sobre un premisa falsa, toda vez que no es absolutamente exacto que se requiera la existencia de un Tratado para que pueda demostrarse la competencia de un tribunal extranjero y con ello la ejecución de su sentencia en México, pues las expresiones de tales ordenamientos tanto en su interpretación literal como en su interpretación una sistemática⁶ abarcan mucho más. Por lo tanto, la ausencia de un tratado firmado entre México y el país en donde se dictó la sentencia que busca su reconocimiento, no implica un vacío legal, ni mucho menos una violación a las garantías constitucionales. "...Los preceptos de un ordenamiento legal deben interpretarse principalmente en el sentido de que no se contradigan; y para lograrlo, a fin de establecer su verdadero sentido y alcance, deben ser interpretados en relación con los demás de la misma ley, armónicamente..."⁷

Por lo tanto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, determinó que de esta interpretación se hace referencia al resto de las normas que versen sobre esta cuestión, y considerando que el Código Federal de Procedimientos Civiles es supletorio de la legislación mercantil de acuerdo al artículo 1054 del Código de Comercio, y que como tal, sí contiene reglas expresas sobre la competencia de las autoridades jurisdiccionales extranjeras, entonces

⁶ Véase PALOMAR DE MIGUEL, Juan, *Diccionario para Juristas*, México, Mayo Ediciones, 1981, p. 737. En donde señala la definición de Interpretación- literal, aquella que se hace conforme a la letra; -sistemática, aquella en la que el estudio de las normas se hace relacionándolas con todas las que constituyen la institución jurídica.

⁷ Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación, Tomo II, Primera Parte, julio a diciembre de 1988, Octava Época, p. 22.

se puede decir, que sí hay regulación aplicable en la materia, y con ello no se impide a la autoridad fundamentar y motivar su resolución, de acuerdo al artículo 16 Constitucional, ni tampoco se impide una correcta administración de Justicia de acuerdo al artículo 17 Constitucional.

Asimismo, sostuvo que tampoco es cierto que se le violente la garantía de igualdad, pues la única forma en que se haría, es que se establecieran normas discriminatorias entre su caso concreto y otras personas que quisieran ejecutar sentencias extranjeras en México.

Por último, respecto a la violación del artículo 133 constitucional, indica que es inoperante, porque la quejosa se limitó a señalar que se violan tales derechos, sin proporcionar argumentos para demostrarlo y sin que se advierta ninguna causa de pedir. La tesis que se desprende de este procedimiento es la siguiente:

SENTENCIAS DICTADAS EN EL EXTRANJERO. SU RECONOCIMIENTO Y POSTERIOR EJECUCIÓN NO REQUIEREN DE UN INSTRUMENTO INTERNACIONAL CELEBRADO ENTRE LA NACIÓN DE DONDE PROVIENEN Y LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Conforme a los artículos 1347-A, fracción III, del Código de Comercio y 571, fracción III, del Código Federal de Procedimientos Civiles, las sentencias dictadas en el extranjero podrán ejecutarse en territorio nacional si se demuestra que el Juez o tribunal sentenciador era competente para conocer y juzgar el asunto de acuerdo con las reglas reconocidas en el derecho internacional, compatibles con las adoptadas por dichos códigos. Ahora bien, las expresiones "reglas reconocidas en la esfera internacional", o "en el derecho internacional" utilizadas en dichos preceptos, no implican que deba existir un instrumento internacional signado entre México y el país de donde provenga la sentencia para que ésta pueda reconocerse y ejecutarse, en tanto que la interpretación literal y sistemática de dichas frases abarca mucho más que los tratados internacionales. En efecto, el derecho internacional privado puede dividirse en dos grandes categorías: el interno, constituido primordialmente por las leyes mexicanas que

establecen reglas aplicables a los mexicanos en sus relaciones con ciudadanos extranjeros, y el convencional, integrado esencialmente por los instrumentos internacionales que los Estados Unidos Mexicanos signan con Estados u organizaciones internacionales. Cuando se interpreta una disposición, es necesario considerar las restantes del sistema jurídico del que forma parte, lo cual hace imperativa una referencia primaria al resto de las normas que sobre la cuestión puedan contener los códigos referidos. Ello obliga a atender a los artículos 564 y 566 del Código Federal de Procedimientos Civiles, supletorio al Código de Comercio, que establecen normas expresas sobre el reconocimiento de la competencia de las autoridades jurisdiccionales extranjeras en el marco de los procedimientos de (sic) exequatur, lo cual confirma que no es imprescindible la existencia de los tratados internacionales al respecto, ya que existen normas legales que disciplinan la cuestión de la competencia del tribunal de origen. (Semana Judicial de la Federación y su Gaceta, diciembre de 2005).

Lo que estos preceptos legales realmente establecen, es que no se homologará y ejecutará la sentencia extranjera, si el juez extranjero ejerció su jurisdicción al caso en cuestión de manera incompatible a lo preceptuado por el propio Código Federal de Procedimientos Civiles. Por ejemplo, para una acción derivada de un hecho ilícito civil, como es una acción personal, el Código Federal de Procedimientos Civiles, artículo 24, fracción IV, establece el domicilio del demandado como el lugar del juicio, en tanto que, en el sistema jurídico norteamericano se podría demandar en el domicilio del actor con el solo hecho de mostrar que el demandado ha tenido un contacto mínimo con tal domicilio.⁸ Esto es un claro ejemplo de una norma jurisdiccional extranjera que no es compatible con los preceptos federales en la materia.

⁸ *Cfr.* GARZA BARBOSA, Roberto, "International Copyright Law and Litigation: A Mechanism for Improvement", *Marquette Intellectual Property Law Review*, Milwaukee, vol. 11, Otoño de 2007, p. 106.

3. GENERALIDADES DEL SEGUNDO CASO

A manera breve, este caso consiste en la demanda de amparo directo que resuelve el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa y Civil del Decimonoveno Circuito, a la sesión del día quince de agosto de dos mil seis, contra una sentencia dictada por la Magistrada de la Séptima Sala Familiar del Supremo Tribunal de Justicia en el Estado de Tamaulipas. En tal amparo se señalaba por el quejoso como acto reclamado la sentencia de veinticinco de abril de dos mil seis, dictada en toca familiar, pues su contenido no le favorecía, el cual, *grosso modo* era:

En la sentencia de amparo en estudio, se modifica sentencia definitiva impugnada para que, en debida reparación de agravios causados a los apelantes quedara de la siguiente manera:

- La parte actora en este caso (el señor) no demostró los hechos constitutivos de su acción de declaración de validez y ejecución de sentencia dictada en el extranjero y la parte demandada sí demostró sus excepciones y defensas.
- No ha procedido el Juicio Sumario Civil sobre Declaración de Validez y Ejecución de Sentencia dictada en el Extranjero promovida por el ahora quejoso del amparo.
- Quien en su momento fue parte actora también (la señora) demostró los elementos constitutivos de su acción de Divorcio Necesario contra el Señor, quien demostró en parte sus excepciones.
- Se decreta la disolución del matrimonio que unía a la señora y al señor.
- Se declara la disolución de la sociedad conyugal derivada.
- Se decreta el embargo definitivo de los bienes asegurados al señor para asegurar el cumplimiento de las necesidades alimentarias de los menores hijos de las partes.

- Se condena al señor a pagar determinada cantidad por concepto de gastos hospitalarios con motivo del alumbramiento de su hija menor.
- Se declara que ambos padres deberán continuar con la patria potestad de los hijos.

Esta resolución fue el producto de la acumulación de dos juicios de divorcio necesario interpuesto por la señora en el estado de Tamaulipas, una por abandono del domicilio conyugal y desatención de los deberes de padre y esposo; y la segunda por causales de bigamia e injurias graves contra la misma; y la del trámite de homologación a través del juicio sobre declaración de validez y ejecución de sentencia dictada en el extranjero con la que el señor quiere acreditar la disolución del matrimonio entre ellos llevada a cabo en el estado de Texas, Estados Unidos de América, y, por lo mismo, manifiesta la improcedencia e inoperancia de lo dicho por la señora.

Vale la pena señalar que tal declaración de disolución de matrimonio de los señores en cuestión, llevada a cabo en Estados Unidos de América, manifiesta como causal la “*insupportability*” o insolvencia. Acto seguido, el quejoso contrae matrimonio ahí mismo con otra persona. Y de ahí procede que la señora (quien era la esposa en México) interpusiera la segunda demanda de divorcio necesario por bigamia, como se mencionó anteriormente.

El Tribunal resolvió en este sentido, por diversas razones, primero, interpretó, que el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Tamaulipas, en su artículo 723, fracción I, remite al Código Federal de Procedimientos Civiles. Si bien es cierto que, efectivamente dicho ordenamiento local remite al Código Federal de Procedimientos Civiles respecto a las formalidades a seguir para el reconocimiento y validez de sentencias extranjeras, también lo es, que el alcance de dichas formalidades está restringido a cuestiones meramente de trámite, como lo es la traducción de la sentencia, o la

forma de los oficios; y no al capítulo completo sobre homologación y ejecución de sentencia que contiene el ordenamiento federal. Segundo, si no expresamente en la legislación estatal se hace referencia al orden público, se hace de manera indirecta por lo que dice su artículo 723, fracción III, al señalar que la obligación a cumplir sea lícita, entonces se necesitaría atender al ordenamiento federal para poder calificar el caso particular. En dicho ordenamiento federal, en la fracción VII del artículo 571, establece que estas sentencias tendrán fuerza de ejecución si cumplen con "...Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido no sea contraria al orden público en México..." y por lo tanto, el concepto de "*insupportability*", figura jurídica no contemplada en nuestro sistema jurídico, implica ir en contra del orden público nacional, pues no guarda identidad con la legislación civil local.

Por lo tanto, se encuentran en la legislación estatal elementos básicos, que no permiten resolver con precisión al Tribunal Colegiado, y ahí la necesidad de atender al orden público previsto en la legislación federal. Ahora, si el alcance dado al término formalidades se hubiera restringido a lo que literal y jurídicamente significa, probablemente el resultado de la sentencia hubiera sido distinto.

4. DISTINCIÓN EN LA REGULACIÓN FEDERAL Y LA ESTATAL DE LA HOMOLOGACIÓN Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS

Considerando que nuestra Constitución Política hace la repartición de competencias de acuerdo al artículo 124, lo que no está expresamente reservado a los poderes federales, le corresponde a los estados, y que es a través de ellos que el pueblo ejerce su soberanía según señala el artículo 41 de nuestra Carta Magna, encontramos que la jurisdicción en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias dictadas en el extranjero es concurrente, pues puede llevarse a cabo por los tribunales estatales o los federales, dependiendo de que se trate de

materia federal o de orden común.⁹ Además de considerar que la mayor parte de los códigos de procedimientos civiles de los estados, nos remiten al Código Federal de Procedimientos Civiles, el cual sí sufrió la reforma publicada en el Diario Oficial el 12 de enero de 1988, con la cual se le agregó el Libro Cuarto de Cooperación Procesal Internacional, extendiendo de esta manera su alcance a la legislación de los estados.¹⁰

Sin embargo, al analizar el contenido, a modo comparativo, del Código Federal de Procedimientos Civiles y los distintos códigos de procedimientos civiles de los estados, se pueden distinguir diferencias en dos puntos principales respecto al tema en cuestión. En primer lugar, respecto al orden público, encontramos que el ordenamiento federal señala expresamente que, a estas sentencias extranjeras, no se les dará el reconocimiento si van en contra del orden público nacional y, en algunos de los ordenamientos estatales, no se hace referencia de manera expresa a este concepto, simplemente se señala de manera indirecta remitiendo al ordenamiento federal o a lo que de los tratados existentes se desprenda.

En segundo lugar, respecto a la reciprocidad, se puede observar que algunos de los ordenamientos estatales,¹¹ indican que, en defecto de los tratados internacionales firmados por México, se

⁹ SIQUEIROS, José Luis, “Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Alemanas en México”, *Revista Jurídica Anuario*, p. 435. en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/21/pr/pr25.pdf>> visitado el 24 de octubre de 2011.

¹⁰ FRISCH PHILLIPP, Walter *et al.*, *Derecho Internacional Privado y Derecho Procesal Internacional*, México, Porrúa, 1998, pp. 203-204. En donde además, los autores señalan que si bien esta reforma que adiciona el Libro Cuarto de Cooperación Procesal Internacional al Código Federal de Procedimientos Civiles, se limita más a la Cooperación procesal y no incluye las relaciones procesales internacionales, por lo que no capta el Derecho procesal internacional en toda su trayectoria legal y conceptualización necesaria.

¹¹ Algunos códigos de procedimientos civiles de los estados no señalan expresamente la reciprocidad en los requisitos para la homologación y ejecución de sentencias extranjeras, por ejemplo el del Estado de Coahuila de Zaragoza, artículo 1005; así como el de Querétaro, artículo 623 en particular.

atenderán a los principios de reciprocidad internacional; sin embargo, este principio de reciprocidad, en el ordenamiento federal, no se expresa de manera precisa como en los estatales, sino que se puede inferir del último párrafo del artículo 571 del Código Federal de Procedimientos Civiles, pues, a la letra, dice: “No obstante el cumplimiento de las anteriores condiciones, el tribunal podrá negar la ejecución si se probara que en el país de origen no se ejecutan sentencias o laudos extranjeros en casos análogos”.

Por otro lado, si nos enfocamos al primer caso de los presentados en este ensayo, y ante la duda de que si era requisito, de acuerdo al ordenamiento federal, la existencia de un tratado entre el estado de origen de la sentencia que busca reconocimiento y ejecución y México, y atendiendo al contenido de la tesis emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, señalada en el punto 2.2 del presente ensayo, se puede precisar que no es necesaria la existencia de un tratado, pues a pesar de que México ha ratificado el 12 de junio de 1987, la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros¹² del 8 de mayo de 1979 en Montevideo, Uruguay, ésta no ha sido ratificada por todos los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, ni muchos menos por Estados que no lo son, aun y cuando está abierta a que se adhieran. Actualmente, se encuentra ratificada por: Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Por lo que, retomando el caso que dio por resultado la tesis referida anteriormente, Estados Unidos de América no forma parte de ningún tratado en materia de reconocimiento de sentencias extranjeras hasta ahora¹³. Y esta razón no tiene que ser impedimento para que, en México,

¹² Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-41.html>>, visitado el 24 de octubre de 2011.

¹³ LLOYD BENNACK, Donald y LÓPEZ VELARDE, Alejandro, “La Ejecución de Sentencias Extranjeras: Contrastes entre México y los Estados Unidos de América”, *Revista Jurídica Anuario*, p. 264, <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/24/pr/pr12.pdf>>, visitado el 24 de octubre de 2011.

no se puedan reconocer y ejecutar resoluciones dictadas en tal país, o viceversa, pues, a pesar de que Estados Unidos no ha firmado algún tratado en el reconocimiento extraterritorial de sentencias, se han podido observar principios como el denominado “Comity” o cortesía internacional del caso *Hilton v. Guyot*,¹⁴ que, en un sentido legal, no es un asunto de absoluta obligación por un lado, ni de mera cortesía y buena fe, por el otro, sino el reconocimiento de que una nación permite dentro de su territorio de los actos legislativos, ejecutivos o judiciales de otra nación por el deber internacional y conveniencia, así como por los derechos de sus propios ciudadanos o de otras personas que están bajo la protección de sus leyes.¹⁵ A pesar de ello, “Las Cortes de Estados Unidos generalmente...aceptarán los procedimientos llevados a cabo en el extranjero, siempre y cuando el tribunal extranjero tuviera jurisdicción y la ejecución no perjudique los derechos de los ciudadanos americanos ni viole políticas públicas de la nación”.¹⁶ Por lo que se puede observar, en sus resoluciones, el principio de reciprocidad y consideración de las resoluciones extranjeras para ellos.

Otro punto importante a distinguir entre la legislación federal y la estatal en México respecto a esta homologación y ejecución de sentencias extranjeras, es el de la jurisdicción del tribunal que resuelve la sentencia extranjera, pues en el ordenamiento federal se establece expresamente que para otorgar tal reconocimiento, esta jurisdicción debió haberse adquirido de manera similar a lo que señala el mismo. Cuando algunos de los códigos de procedimientos civiles de los estados, no establecen este requisito de compatibilidad de jurisdicción.

Además, el Código Federal de Procedimientos Civiles, expresamente señala en su artículo 571, fracción III, que no se

¹⁴ *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113, 16 S. Ct. 139, 40 L. Ed. 95 (1985).

¹⁵ JANIS, MARK W., y NOYES, John E., *International Law Cases and Commentary*, 3^a ed., Estados Unidos de América, Thomson West, 2006, p. 802.

¹⁶ *Finanz AG Zurich v. Banco Económico S.A.*, 192 F.3d 240, 246 (2d Cir. 1999). Obtenido de: <<http://www.state.gov/documents/organization/98378.pdf>>, visitado el 24 de octubre de 2011.

homologará ni ejecutará una sentencia si el tribunal que la dictó fue competente para resolver el juicio basándose en reglas reconocidas en la esfera internacional, pero que son incompatibles con las establecidas por el propio código para fijar la competencia.

5. CONCLUSIONES

Finalmente, después de haber analizado los casos en particular se pueden concluir tres puntos importantes: primero, para poder homologar y ejecutar una sentencia dictada en el extranjero, no será necesaria la existencia de un tratado internacional entre el país de origen de tal resolución y México, sino que se cumpla con los requisitos señalados en la legislación federal, Código Federal de Procedimientos Civiles, Código de Comercio, o la correspondiente legislación estatal, de acuerdo a la materia que se trate. Segundo punto, se puede considerar que podría ser más difícil conseguir la homologación y ejecución de tales sentencias en México basándonos en la legislación federal, pues en la misma se establece expresamente como requisito que no se contravenga el orden público nacional, haciéndolo más estricto comparado con la mayoría de los ordenamientos estatales, en los cuales, si no se menciona expresamente, se hace referencia de manera indirecta. Y por último, el mismo ordenamiento federal establece que no se otorgará la homologación y con ella la ejecución de dichas sentencias extranjeras, si la competencia del juzgador se obtuvo de forma distinta a las adoptadas por el mismo ordenamiento.

BIBLIOGRAFÍA.

- CUEVAS CANCINO, Francisco, *et al.*, *Manual de Derecho Internacional Privado Mexicano*, México, Porrúa, 1997.
- RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia, *Conexidad y litispendencia internacional en el Derecho Internacional Privado Mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.
- PALOMAR DE MIGUEL, Juan, *Diccionario para Juristas*, México, Mayo Ediciones, 1981.
- FRISCH PHILLIPP, Walter *et al.*, *Derecho Internacional Privado y Derecho Procesal Internacional*, México, Porrúa, 1998.
- JANIS, Mark W., y NOYES, John E., *International Law Cases and Commentary*, 3^a ed., Estados Unidos de América, Thomson West, 2006.
- CONTRERAS VACA, Francisco J., *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, México, Oxford, 2001.
- GARZA BARBOSA, Roberto, “Steele vs Bulova Watch Co. De la aplicación extraterritorial del *Lanham Act* estadounidense en México y de la marca notoriamente conocida”, *Boletín de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLIII, núm. 129, septiembre-diciembre de 2010.
- GARZA BARBOSA, Roberto, “International Copyright Law and Litigation: A Mechanism for Improvement”, *Marquette Intellectual Property Law Review*, Milwaukee, vol. 11, Otoño de 2007.
- SIQUEIROS, José Luis, “Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Alemanas en México”, *Revista Jurídica Anuario*, p. 435, en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/21/pr/pr25.pdf>>, visitado el 24 de octubre de 2011.
- LLOYD BENNACK, Donald y LÓPEZ VELARDE, Alejandro, “La Ejecución de Sentencias Extranjeras: Contrastes entre México y los Estados Unidos de América”. *Revista Jurídica Anuario*, p. 264, en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/24/pr/pr12.pdf>>, visitado el 24 de octubre de 2011.

Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-41.html>

“SENTENCIAS DICTADAS EN EL EXTRANJERO. SU RECONOCIMIENTO Y POSTERIOR EJECUCIÓN NO REQUIEREN DE UN INSTRUMENTO INTERNACIONAL CELEBRADO ENTRE LA NACIÓN DE DONDE PROVIENEN Y LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”. Amparo en revisión 887/2005. Le Reve Hotel Limited Liability Company. 13 de julio de 2005. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Dolores Rueda Aguilar. Tesis 1a. CXIX/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T. XXII, diciembre de 2005, p. 235.

“INTERPRETACION DE LA LEY”. Los preceptos de un ordenamiento legal deben interpretarse principalmente en el sentido de que no se contradigan; y para lograrlo, a fin de establecer su verdadero sentido y alcance, deben ser interpretados en relación con los demás de la misma ley, armónicamente. Amparo en revisión 1196/88. Elva Marisela Camacho López de Martínez. 18 de agosto de 1988. Unanimidad de diecisiete votos de los señores Ministros: López Contreras, Cuevas Mantecón, Alba Leyva, Castañón León, Fernández Doblado, Adato Green, Rodríguez Roldán, Martínez Delgado, Gutiérrez de Velasco, González Martínez, Villagordoa Lozano, Moreno Flores, Suárez Torres, Chapital Gutiérrez, Díaz Romero, Schmill Ordóñez y presidente del Río Rodríguez. Ponente: Juan Díaz Romero. Ausentes los señores Ministros: de Silva Nava, Azuela Güitrón y Pavón Vasconcelos, por estar practicando visitas de inspección y Díaz Infante, por disfrutar de licencia. Secretario: Pablo V. Monroy Gómez. Tesis Aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo II, Primera Parte, julio a diciembre de 1988, Octava Época, p. 22.

Normas Editoriales del Anuario Jurídico *IUSTITIA*

Estas normas fueron elaboradas por el Consejo Editorial del Anuario Jurídico *IUSTITIA*, editado por el Departamento de Derecho del Tecnológico de Monterrey, Campus Monterrey.

1. Sólo se publicarán investigaciones originales e inéditas.
2. El idioma oficial de la publicación es el español. Sin embargo, se podrán publicar también artículos en inglés.
3. Si el autor decide publicar posteriormente su artículo en cualquier otro medio conocido o por desarrollarse, deberá hacer referencia en el mismo, a la primera publicación de su obra hecha en *IUSTITIA*.
4. Los trabajos deberán entregarse al editor por correo electrónico. El archivo que contenga el trabajo deberá tener formato de *Microsoft Word*, versión 6.0 o posterior.
5. Se deberá utilizar el formato de letra *Times New Roman*, tamaño 12, a un solo espacio.
6. El primer párrafo del subtítulo deberá ir sin sangría, mientras que los párrafos posteriores deberán tener sangría de 1.25 cm.
7. Todos los artículos deberán incluir sumario. La bibliografía no lleva numeración.
8. Usar números romanos para distinguir cada apartado y números arábigos para las subdivisiones de los apartados.

9. El título del trabajo deberá redactarse con el efecto tipográfico conocido como *versales/small caps* (Barra de herramientas, Font, Effects, Small Caps). Deberá estar centrado.
10. El nombre del autor deberá ir dos renglones después del título, alineado a la derecha, sin incluir el grado de titulación.
11. Los grados académicos de los autores, se especificarán como una nota al pie, señalada con asterisco.
12. Los subtítulos del trabajo irán alineados a la izquierda, sin sangría, con altas y bajas.
13. La extensión de los trabajos se considerará caso por caso. Sin embargo, se sugiere que, si es un artículo, el número de páginas sea entre 15 y 35, aproximadamente, para que pueda ser publicado en un solo número.
14. Si se trata de notas o comentarios a sentencias, se espera un mínimo de 6 páginas y un máximo de 20.
15. Para las citas, y en general para el trabajo, se podrá utilizar cualquier metodología siempre y cuando sea coherente y uniforme.
16. Utilice notas al pie en lugar de notas al final del trabajo. El tamaño de letra de las notas será de 10 puntos, letra Times New Roman, interlineado sencillo.
17. El Consejo Editorial revisará los trabajos y los enviará a su autor con los comentarios respectivos, asignándole un plazo para su corrección y envío.

18. El autor, autorizará por escrito al Consejo Editorial a publicar su artículo; asimismo.
19. Lo no previsto aquí será decidido por el Consejo Editorial o por el editor del anuario.

Lineamientos del Consejo Editorial del Anuario Jurídico *IUSTITIA*

PRIMERO: El Consejo Editorial estará formado por un número determinado de investigadores y docentes del área del Derecho, además de un editor, quien lo presidirá.

SEGUNDO: Las funciones de los miembros del Consejo Editorial serán las siguientes: a) Revisar los trabajos de investigación propuestos que les asigne el editor de la publicación. La revisión de cada trabajo será hecha por tres miembros del Consejo Editorial, pudiendo ser uno de ellos el editor de la publicación; b) Diseñar y modificar las normas editoriales de la publicación; y, c) Promover la difusión y participación en la misma.

TERCERO: En la revisión de los trabajos de investigación, cada uno de los miembros del Consejo que esté participando podrá: 1° Aprobar el trabajo para su publicación; 2° Rechazar la publicación del trabajo en cuestión; o bien, 3° Agregar comentarios y sugerencias tendientes a la mejora del trabajo para lograr así su publicación. En todo caso, los fundamentos de la decisión se tendrán que entregar por escrito al editor, quien a su vez los hará llegar al autor del trabajo en cuestión.

CUARTO: La decisión de publicar o no un ensayo propuesto, será tomada por la mayoría de los tres miembros del Consejo que esté revisando el ensayo en cuestión. Podrá ser rechazada aquella investigación que no cumpla con lo preceptuado en las normas editoriales.

QUINTO: La asignación del trabajo para la revisión que del mismo harán tres miembros del Consejo será hecha por el editor de la publicación. Al momento de hacer la revisión, los miembros del

Consejo no tendrán conocimiento alguno sobre el autor del ensayo en revisión. Se procurará que los trabajos sean asignados de manera aleatoria y que la carga de trabajo sea proporcional para todos los miembros del Consejo. En caso de que algún miembro del Consejo presente alguna investigación para su publicación, no podrá ser uno de los tres miembros que den revisión a la misma.

Este número del Anuario Jurídico *IUSTITIA*
editado por el Departamento de Derecho del
ITESM, Campus Monterrey, se imprimió en
los talleres de Grafiady, S.A. de C.V.
La edición consta de 600 ejemplares.

CONSEJO EDITORIAL

Dr. Jacob Buganza (Universidad Veracruzana)

Dr. Donato Cárdenas Durán (ITESM)

Dr. Gabriel Cavazos Villanueva (ITESM)

Dr. Christopher Cotropia (Richmond, EUA)

Lic. Julio César Cruz Chavira (ITESM)

Dr. Martin Davies (Tulane, EUA)

Lic. Abril De León Rincón (ITESM)

Dra. Sara Díez Riaza (Comillas, España)

Dra. Ángela Figueruelo Burrieza (Universidad de Salamanca, España)

Dr. Joel Friedman (Tulane, EUA)

Dr. Héctor Alejandro González Hernández (ITESM)

Dra. Marta Gisbert Pomata (Comillas, España)

Dr. Sergio Elías Gutiérrez Salazar (ITESM)

Dr. Marlon Omar López Zavala (ITESM)

Dr. Lucio Pegoraro (Universidad de Bolonia, Italia)

Dr. Jorge Iván Salazar Tamez (ITESM)

Dr. Pedro Serna (Universidad de A Coruña, España)

Dr. Edward Sherman (Tulane, EUA)

Dr. Pedro Torres Estrada (ITESM)

Dr. Luis Eduardo Zavala De Alba (ITESM)

Dr. Stephen Zamora (Universidad de Houston, EUA)



**TECNOLÓGICO
DE MONTERREY®**