

Capítulo X
RECAPITULACIÓN

1. *El derecho romano*

Del derecho romano nos quedó que lo principal eran los principios y el caso. Nada mejor que CÍCERÓN para demostrarlo. Los formulismos absurdos de aquel derecho fueron rápidamente abandonados, pero gran parte de su legado persiste por doquier. De todas maneras, ni siquiera todos los formalismos murieron. Los abogados seguimos usando, porque nos gustan, frases latinas. Nuevos principios del derecho reciben su bautizo en latín contemporáneo: *male captus, bene detentus*.¹

¹ USSC, *Alvarez Machaín*, 1992, www.supremecourtus.gov, ED, 148:155, con notas de ZUPPI, ALBERTO LUIS, “Los Estados Unidos a contramano: el voto de Rehnquist en el caso «Alvarez

2. *El debido proceso*

Con el tiempo la humanidad reagregó el debido proceso, luego de verlo demasiado mancillado. Es posiblemente uno de las primeras grandes recuperaciones de los retrocesos posteriores al derecho romano. Reaprenderíamos que no se puede ser acusador y juez, ni juez y parte (*nemo iudex in causa sua*): el juez debe ser imparcial, ajeno a la contienda, un tercero desinteresado del proceso (CARNELLUTTI). Ello no implica distancia ni frialdad hierática, requiere *corazón* y sensibilidad.

Pero no basta con que el juez sea ajeno a la contienda. Debe también ser independiente, en el sentido de no estar estructurado jerárquicamente, no recibir órdenes ni instrucciones de nadie. Ello requiere ser *valiente*.

Machain»”; OUTEDA, MABEL N., “El fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos como violatorio de la integridad territorial y de la soberanía de los Estados”, *ED*, 148:163; BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “Secuestro de presuntos delincuentes en un Estado extranjero y juzgamiento en Estados Unidos”, *ED*, 148:170; BIANCHI, ALBERTO B., “La Corte de los Estados Unidos ingresa a la lucha contra el narcotráfico”, *ED*, 148:173; LEGARRE, SANTIAGO, “¿Es realmente monstruosa la sentencia Alvarez Machain?”, *ED*, 148:187. Mas allá de la dogmática jurídica, es preciso advertir la importancia que en EEUU tienen los hechos mencionados en la nota 1 del fallo y en el primer párrafo del mismo fallo (el conjunto sinérgico de narcotráfico, corrupción, crimen organizado, tortura y muerte, etc., todo en un caso) y su cotejo con *Noriega* en Panamá, o *Eichmann* para Israel, *Argoud* para Israel y Alemania, etc. En todo caso la Argentina hace lo mismo: *Gorriarán Merlo* en México, *Pico* y *Trovato* en Brasil, etc.

También se puntualizaría el contradictorio, la igualdad de las partes en el proceso.

3. *El primer derecho de gentes y el derecho de los mares*

De la creciente actividad marítima de los grandes países nació el derecho de gentes, para combatir la piratería (pero expedir patente de corso),¹ luchar contra la esclavitud.

En el siglo XIX todo ello pareció haber quedado exclusivamente como un capítulo interesante en los libros de historia del derecho y a veces todavía se lo enseña así en el siglo XX.²

4. *La dogmática jurídica*

Hacia fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX florece la dogmática jurídica, con la codificación civil, comercial, etc. El derecho Penal nace como una oda a la dogmática jurídica, como garantía de los individuos frente a las antiguas persecuciones irracionales de la vindicta pública, que con sus excesos hicieran renacer, mejorada, la idea del debido proceso.

^{3.1} Es fácil constatar que el orden internacional no era, ni siquiera en su nacimiento, entre iguales. ALLOT, PHILIP, "Mare Nostrum: A New International Law of the Sea", en *American Journal of International Law*, 86: 764 (Octubre de 1992). Ver también la nota siguiente.

^{3.2} CRUZ BARNEY, ÓSCAR, *El régimen jurídico del curso marítimo: el mundo indiano y el México del siglo XIX*, México, UNAM, 1997; CABALLERO JUÁREZ, JOSÉ ANTONIO, *El régimen jurídico de las armadas de la Carrera de Indias. Siglos XVI y XVII*, México, UNAM, 1997.

5. *Las investigaciones del lenguaje*

Más o menos por el mismo tiempo florecen los estudios de filosofía del lenguaje, que en realidad habrían de demostrar, con el tiempo, la falacia de una dogmática jurídica construida sobre palabras: una *contradictio in terminis*. No se puede hacer dogmática utilizando palabras, uno de los instrumentos menos precisos que emplea la humanidad.

6. *El Common Law*

En estas épocas el *common law* parece una cosa diferente del derecho continental. Enfatiza el caso, no la construcción dogmática. Enfatiza los valores, no las reglas. En Europa florecen en cambio los códigos, los sistemas, la dogmática.

7. *El Holocausto*

El Holocausto enseña que el derecho de gentes puede y debe ser también contemporáneo. A los primeros y ya viejos crímenes del derecho de gentes se agrega ahora el genocidio como crimen de lesa humanidad, con normas *ad hoc*, *ex post facto*¹ y jueces no naturales, pero el único modo de encontrar una solución justa al crimen más horrendo de la humanidad.

¹Ver ZUPPI, "La prohibición «ex post facto» y los crímenes contra la humanidad", *ED*, 131: 765.

Su implicancia filosófica la advierte RADBRUCH cuando enseña que hay un derecho por encima de la ley y que la ley puede ser antijurídica.²

No hay allí, en RADBRUCH, jerarquía constitucional ni derecho internacional imperativo (*ius cogens*):³ es un razonamiento filosófico, aún partiendo como parte de que en general la seguridad precede a la justicia en el orden de prelación de los valores.

8. Piratería internacional, toma de rehenes, etc.

El Holocausto podría haber sido un caso puntual en la historia. Sin embargo, al renacer la realidad de la piratería y el terrorismo internacional bajo la forma de toma de rehenes, de aviones, etc., renace claramente y se renueva, el derecho de gentes. *Entebbe*, *Eichmann*, el *apartheid*, van demostrando que el derecho de gentes está vigente y en evolución. Hay un derecho por encima de los territorios nacionales y, además, se aplica. En cada caso hay explicaciones puntuales, como debe ser el derecho, pero ya no cabe hablar de excepciones ni de sólo historia. La historia demuestra que no se la puede olvidar, que el pasado está también en el presente.

^{7.2} RADBRUCH, GUSTAV, *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, p. 36, traducción de M. I. AZARETTO de *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*.

^{7.3} También lo hay, desde luego: pero eso viene después. Ver ZUPPI, "El derecho imperativo («jus cogens») en el nuevo orden internacional", *ED*, 147: 863; "La noción de soberanía en el nuevo orden internacional", *ED*, 151: 781.

9. *Genocidio, tortura, desaparición forzosa de personas, apartheid, etc.*

Los tratados internacionales agregan a la lista la trata de blancas, el genocidio —ahora expresamente—, la desaparición de personas, la tortura. Van por el mismo camino el narcotráfico¹ y la corrupción. Se podrá decir cínicamente que todo ello es por el interés de los Estados dominantes, como en el viejo derecho marítimo que dio lugar al primer derecho de gentes. La explicación no cambia las soluciones.

10. *Hacia una síntesis de los conflictos filosóficos*

Prosigue, en apariencia, un fuerte enfrentamiento entre los expositores de la dogmática jurídica, el iusnaturalismo, positivismo, etc. y las diversas variantes de cada uno. Los autores por lo menos discrepan fuertemente entre sí. Algunos parecen resentir que se haya desnudado el uso del lenguaje como instrumento de poder; otros que POPPER haya demostrado que el hombre no tiene el uso de la *Verdad* (ella pertenece a Dios y a la religión, no a los hombres de derecho). El ser humano, con cristiana humildad, fuera de su fe sólo tiene el uso de la *conjetura* o la *hipótesis* y, también, la demostración de la falsedad de algunas de ellas. Pretender más es el pecado de so-

^{9.1} JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, EDUARDO, *El derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1980, p. 84: *jus cogens superveniens*; BARBERIS, JULIO A., *Formación del derecho internacional*, Buenos Aires, Ábaco, 1994.

berbia o, al menos, mal uso del lenguaje. Otros parecen criticar que algunos iusnaturalistas intentan transmitir una concepción religiosa del mundo además de una serie de valores por encima de la ley. Hay por cierto sociedades en que religión y ley positiva coinciden en alguna medida, pero no suelen ser presentadas como modelos occidentales de cómo debe funcionar el derecho en una sociedad contemporánea. También hay sociedades democráticas y modernas con algún punto de unión entre religión y derecho; pero no es la regla general ni se lo puede mostrar como un *sistema* de relaciones.¹

Pero más allá de las percepciones de cada autor, parece indubitable que la humanidad, por los fundamentos que fuere, se ha puesto de acuerdo como mínimo en que hay una serie de valores jurídicos que están por encima de los ordenamientos nacionales. Es una suerte de iusnaturalismo. Se reconoce el *origen* eclesiástico del derecho público, sin duda, pero principalmente ya como una etapa histórica, no como modelo actual.²

^{10.1} Hay, por cierto, distinguidos autores que tratan de construir ese sistema, a partir de la doctrina de la Iglesia Católica. BIDEGAIN, BARRA, COVIELLO, etc.

^{10.2} STARCK, CHRISTIAN, "The Religious Origins of Public Law", *European Review of Public Law*, vol. 10, n° 3, Londres, Esperia, 1998, p. 621 y ss.; "Das Christentum und die Kirchen in ihrer Bedeutung für die Identität der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten", 1997, 31, *Essener Gespräche*, 5 a 30; "Le christianisme et les Églises dans leur signification pour l'Union Européenne et ses États membres", en JORGE MIRANDA, editor, *Perspectivas constitucionais*, vol. 1, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, pp. 737-68.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

El viejo derecho de gentes es el nuevo derecho internacional imperativo, con jurisdicción extraterritorial (ha cambiado la noción de juez natural), con fuentes del derecho que ya no son las de los códigos penales locales. Son, contrariamente al derecho penal que aprendimos en la Universidad, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina. También los tratados, por cierto, pero estos en rigor no cumplen sino la función de registrar por escrito lo que primero ha sido acordado y aplicado por el concierto de las naciones civilizadas o más desarrolladas.

Ese fenómeno del derecho internacional penal tiene réplicas menores pero no menos importantes. Por de pronto, los crecientes tribunales internacionales de las más diversas materias (tribunal de justicia europeo, tribunales europeo y americano de derechos humanos, tribunales administrativos internacionales, tribunales arbitrales internacionales) por su propia composición de jueces de distintas nacionalidades y culturas jurídicas distintas, deben de todos modos ponerse de acuerdo en algunas cuestiones fundamentales de derecho. *Terminan siempre siendo los grandes principios del derecho, los grandes valores jurídicos.*

Los tratados internacionales no solamente tratan de delitos de lesa humanidad. Los convenciones de derechos humanos incluyen una larguísima serie de derechos fundamentales de la persona humana, por encima de los Estados y principios jurídicos contemporáneos como la no discriminación, etc.

Otros textos empiezan a incluir valores como la equidad, la justicia, la eficiencia, como principios supranacionales (la Convención Interamericana contra la Corrupción) y hasta sanas prácticas contables supranacionales (la convención internacional contra el soborno transnacional). En realidad, ya se había advertido que la técnica era un factor de erosión de la soberanía.³ Las normas sólo lo confirman.

Era imposible que ese proceso internacional no tuviera su recepción interna. Es el momento en que los países empiezan a advertir la primacía de los principios por sobre las normas y que no existe diferencia entre el *common law* y el viejo derecho continental europeo. Que el derecho es y ha sido siempre, no puede ser otra cosa, que la solución de casos concretos e individuales. Solución que tendrá en cada caso litigioso, al concluir, el valor de finalidad, de cosa juzgada, pero nunca el valor de Verdad. Sólo de conjetura, a veces falsada desde su nacimiento.⁴ Lo que no le quita

^{10.3} PEDRIERI, ALBERTO, *Le norme tecniche come fattore di erosione e di trasferimento di sovranità*, en UNIVERSITÀ DI VENEZIA, *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, t. IV, Mucchi Editores, Módena, 1996, ps. 1413 y ss.

^{10.4} Los jueces son hombres, por ende falibles. Afuera y adentro de los Estados Unidos muchos no concuerdan con la decisión de su Corte Suprema al favorecer a BUSH frente a GORE. El tribunal (más allá de sus argumentos: estamos razonando como lo proponemos en el cap. V) claramente privilegió la seguridad (dando fin a un previsiblemente largo recuento de votos, que demoraría la decisión formal acerca de la elección del presidente) por sobre la justicia (pues obviamente GORE sería el ganador, si también se corregían los

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

su valor de finalidad, que es parte del derecho en su primacía de la seguridad jurídica.

errores incorporados al sistema en los condados integrados por minorías nacionales, que allí eran mayoría). Es que de eso se trata en la justicia: un proceso de toma de decisiones que en algún momento serán finales, aunque no estarán dotadas, porque no pueden estarlo, del valor de la Verdad. Esa resolución judicial que cierra el caso y es acatada, es la clave del orden jurídico. En eso todos los norteamericanos están unidos. Quienes no lo entiendan así no entienden todavía qué es el derecho.