

VERDAD, DERECHO Y JUSTICIA. LA CONFLUENCIA DE NORMAS CONTRADICTORIAS EN LAS TIERRAS DE TEBAS Y LA LUCHA POR EL “NÓMOS” EN “ANTÍGONA” DE SÓFOCLES*

EDUARDO E. MAGOJA**

Resumen. Es común ver en la literatura la creencia acerca de que, *Antígona* de SÓFOCLES se plantea el conflicto entre normas religiosas y eternas y normas positivas que emergen del orden legal de la ciudad. Así, se piensa esta dicotomía como una clara representación en los debates de la filosofía del derecho del enfrentamiento entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico. Este trabajo tiene como propósito demostrar que el problema jurídico de la obra no es la oposición entre ley divina (o natural) y ley positiva (o humana), sino que la disputa entre Antígona y Creonte gira en torno a determinar cuál es el derecho que en última instancia se impone en las tierras de Tebas. En realidad, la tragedia expone una incesante lucha por la verdad, el derecho y la justicia, en la cual los personajes pretenden definir argumentativamente qué tipo de norma debe regular el entierro de Polinices.

Palabras clave: Antígona, derecho, verdad, justicia, argumentación.

* El presente trabajo fue presentado al concurso “Joven Investigador” en Filosofía Jurídica y Social de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, 2015, y obtuvo el premio por fallo unánime del tribunal y fue expuesto durante las “XXIX Jornadas de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho”, celebradas en Ushuaia, Tierra del Fuego, los días 1, 2 y 3 de octubre.

** Abogado, Magíster en Filosofía del Derecho y becario doctoral (Universidad de Buenos Aires). Auxiliar docente de Teoría General y Filosofía del Derecho (Universidad de Buenos Aires). Correo electrónico: magojaeduardo@gmail.com.

**TRUTH, LAW AND JUSTICE. THE CONFLUENCE
OF CONTRADICTORY NORMS IN THE LANDS
OF THEBES AND THE STRUGGLE FOR THE “KNOTS”
IN “ANTIGONE” OF SOPHOCLES**

Abstract. It is common to see in the literary criticism the belief that Sophocles' *Antigone* shows the conflict between eternal religious norms and norms arising from the positive legal order of the city. This dichotomy is thought to be a clear representation of the confrontation between natural law and legal positivism within the discussions of the philosophy of law. This paper aims to demonstrate that the legal problem of the play is not the opposition between divine and positive law, but the dispute between Antigone and Creon revolves around determining which is the law that prevails in the land of Thebes. The tragedy exposes an incessant struggle for truth, law and justice in which the characters try to define with arguments which kind of norm must regulate the burial of Polynices.

Keywords: Antigone, law, truth, justice, argumentation.

**VERDADE, DIREITO E JUSTIÇA. A CONFLUÊNCIA
DE CONFLITO DE NORMAS, NA TERRA DE TEBAS
EA LUTA PELA “NOMOS” EM “ANTÍGONA” DE SÓFOCLES**

Resumo. É comum notar na literatura a crença de que *Antígona* de Sófocles expõe o conflito entre as normas religiosas e eternas e as normas positivas que emergem da ordem jurídica da cidade. Então, essa dicotomia é pensada, nas discussões da filosofia do direito, como uma representação clara do confronto entre o direito natural e o positivismo jurídico. Este artigo pretende demonstrar que o problema jurídico da peça não é a oposição entre a lei divina (ou natural) e a lei positiva (ou humana), mais o problema da determinação, na disputa entre Antígona e, Creonte, de qual é a lei que em última instância prevalece na terra de Tebas. Na verdade, a tragédia expõe uma luta incessante pela verdade, direito e justiça, em que os personagens pretendem argumentativamente esclarecer o tipo de norma que deve regular o enterro de Polinices.

Palavras-chave: Antígona, direito, verdade, justiça, argumentação.

§ 1. **INTRODUCCIÓN**

Sin duda *Antígona* de SÓFOCLES es la tragedia que más ha seducido a los estudiosos del derecho a investigar acerca del problema normativo que hay en ella. Presenta un conflicto que se produce a partir de la existencia, por un lado, de la norma de Creonte que prohíbe dar sepultura a Polinices y, por el otro, de la norma ancestral y divina que invoca Antígona para cumplir con el entierro de su hermano. Se trata, pues, de dos normas jurídicas que coexisten en un mismo campo social y que, al establecer una regulación distinta sobre un mismo asunto humano, rivalizan una con otra y generan un conflicto.

Generalmente la literatura ha visto en *Antígona* de SÓFOCLES la existencia de normas religiosas, eternas y familiares, de carácter natural, que contrastan con normas positivas que emergen del orden legal de la ciudad¹. Se piensa a esta dicotomía como una clara

¹ La bibliografía al respecto es sumamente amplia y hacer mención de toda ella en esta instancia sería algo imposible y, a la vez, innecesario. Sin embargo, a modo ilustrativo se pueden mencionar, además de la canónica interpretación de HEGEL, los estudios de KNAPP, *A point in the interpretation of the Antigone of Sophocles*, "The American Journal of Philology", vol. 37, 1916, p. 300 a 315; JAEGER, *Paideia: los ideales de la cultura griega*, p. 259 y 260; ERRANDONEA, *Sófocles y su teatro*, t. 1, 1942, p. 304; BOWRA, *Sophoclean tragedy*, p. 78 a 80; WHITMAN, *Sophocles: A study of heroic humanism*, p. 85; BOYD, *The isolation of Antigone and Lady Macbeth*, "The Classical Journal", vol. 47, nº 5, 1952, p. 174 a 177; ADAMS, *The Antigone of Sophocles*, "Phoenix", vol. 9, nº 2, 1955, p. 47 a 62; LEVY, *Antigone's motives: A suggested interpretation*, "Transactions and Proceedings of the American Philological Association", vol. 94, 1963, p. 137 a 144; KNOX, *The heroic temper. Studies in Sophoclean tragedy*, p. 94 y ss.; SEGAL, *Sophocles' praise of man and the conflicts of the Antigone*, "Arion: A Journal of Humanities and the Classics", vol. 3, nº 2, 1964, p. 46 a 66; WINNINGTON-INGRAM, *Sophocles: An interpretation*, p. 120 y ss.; SEGAL, *Tragedy and civilization. An interpretation of Sophocles*, p. 169; CIURO CALDANI, *Notas para la comprensión iusfilosófica de "Antígona" de Sófocles*, "Revista del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social", vol. 2, 1984, p. 29 a 49, y OSTWALD, *From popular sovereignty to the sovereignty of law. Law, society and politics in fifth-century Athens*, p. 149; GOLDHILL, *Reading greek tragic*, p. 96 y 97; SOURVINOU-INWOOD, *Assumptions and the creation of meaning: Reading Sophocles' Antigone*, "The Journal of Hellenic Studies", vol. 109, 1989, p. 139; PINKLER-VIGO (tr.), *Sófocles. Antígona*, p. 48 y ss.; THOMAS, "Written in stone? Liberty, equality, orality and the codification of law", en FOXHALL - LEWIS, (eds.), *Greek law in its political setting: Justifications not justice*, p. 17; GARCÍA-HUIDOBRO, *Antígona: el descubrimiento del límite*, "Persona y Derecho", nº 39, 1998, p. 85 a 108; SOARES, *Anaximandro y la tragedia. La proyección de su filosofía en la Antígona de Sófocles*, p. 106 y ss.; BEER, *Sophocles and the tragedy of athenian democracy*, p. 73; SANTAMARÍA, *Implicaciones éticas de la Antígona de Sófocles. Una re-*

representación en los debates de la filosofía del derecho del enfrentamiento entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico. Sin embargo, el problema jurídico que representa *Antígona* es mucho más complejo. Hay muchas más variables en la argumentación que instalan los personajes, desde el uso de determinados lexemas, los recursos retóricos y hasta el tipo de fundamento que se emplea, que deben ser tenidas en cuenta para comprender la cuestión de fondo. La riqueza filosófica de la obra excede la dicotomía derecho natural-derecho positivo. Basta por ahora con decir que para algunos autores es un error pensar la ley (*nómos*) que invoca Antígona como una norma natural o impuesta por los dioses, sino que es más bien un *nómos* cívico, consensuado, producto de la tradición y las costumbres de los miembros de la pólis. En cambio, la norma de Creonte está lejos de ser un *nómos*. Esta es simplemente un decreto (*kérygma*) que se fundamenta en el poder del tirano. Entonces, existe una dicotomía de normas que no dejan de tener carácter humano, pero que ofrecen distintos niveles de justificación. El principal exponente de esta línea de interpretación es HARRIS, quien a partir de un análisis de los enfrentamientos argumentativos que mantienen Antígona y Creonte sostiene que el problema de la obra no es el conflicto entre la ley humana y la ley divina, sino que la discusión, en realidad, gira en torno a determinar quién de ellos tiene el *nómos* de su lado². Esta propuesta, entonces, nos permitirá realizar otra lectura sobre *Antígona*, que no vea en la obra simplemente el conflicto de dos normas de naturaleza distinta, sino la defensa de una norma tradicional y ancestral de la voluntad autoritativa del soberano de Tebas.

De acuerdo con estas consideraciones, este trabajo tiene como propósito demostrar que el problema jurídico de fondo en Antígona no es la oposición entre ley divina (o natural) y ley positiva (o humana), sino que la disputa entre Antígona y Creonte gira en torno a determinar cuál es el derecho que en última instancia se impone en las tierras de Tebas. La tragedia expone, pues, una incesante lucha por la verdad, el derecho y la justicia, en la cual los personajes pretenden definir argumentativamente qué tipo de norma debe regular el entierro de Polinices en virtud de su corrección, validez y legitimidad.

flexión sobre el pensamiento trágico griego, p. 85; *Bases del pensamiento jurídico*, p. 39; RAAFLAUB, "Sophocles and political thought", en MARKANTONATOS (ed.), *Brill's companion to Sophocles*, p. 480.

² Conf. HARRIS, "Antigone the lawyer, or the ambiguities of Nomos", en HARRIS - RUBINSTEN (eds.), *The law and the Courts in ancient Greece*, p. 19 a 56.

§ 2. **EL PROBLEMA JURÍDICO EN “ANTÍGONA”**

De manera muy semejante a los litigios judiciales, los hechos controvertidos en *Antígona* son introducidos inmediatamente en escena para que el auditorio, como si fuera un tribunal, tome conocimiento del caso y se prepare a escuchar los argumentos de las partes. La confluencia de dos normas jurídicas contradictorias en las tierras de Tebas es anunciada en los primeros versos de la obra. Antígona, mientras dialoga con su hermana Ismene sobre los males que padeció la familia, da a conocer las desgracias, la deshonra y la vergüenza que se acerca a sus seres queridos luego de que Creonte promulgara un “decreto” (κήρυγμα, v. 8) para “la ciudad entera” (πανδήμῳ πόλει, v. 7), que regula con injusticia y arbitrariedad la sepultura de sus hermanos³.

Los hijos de Edipo se han asesinado mutuamente al disputar el trono de Tebas y Creonte, como nuevo gobernante, ha decidido brindar un trato desigualitario a los difuntos. De acuerdo con las palabras de Antígona, a Eteocles ha juzgado digno de los “ritos fúnebres” (τάφου, v. 21) y “de acuerdo con la *dike* y el *nómos*” (σὺνδίκη/... καὶ νόμῳ, v. 23-24) ordenó su entierro para que sea “honrado por los muertos” (ἔντιμοννεκροῖς, v. 25). En cambio, al cuerpo de Polinices, por considerarlo indigno de los ritos funerarios, “ha proclamado en un edicto” (ἐκκεκηρῦχθαι, v. 27) que se lo deje sin llanto ni tumba, como un “dulce tesoro” (γλυκὺν/θησαυρὸν, v. 29-30) para las aves rapaces que avizoran con qué saciar su voracidad. Tanta importancia le ha dado Creonte al asunto que ordenó que aquel que viole la norma reciba “muerte por lapidación pública en la ciudad” (φόνον... δημόλευστον ἐν πόλει, v. 36).

Sin embargo, Antígona, amparada en la *dike* y el *nómos* que impone el deber de rendir honores a los difuntos, se apartará de la norma prohibitiva de Creonte y sepultará a su hermano. Ella afirma que enterrará a Polinices y será hermoso morir a raíz de tal acción, “habiendo cometido un crimen sagrado” (ὄσια πανουργήσασ’, v. 74). Esta paradójica expresión no hace más que marcar el fuer-

³ El texto griego corresponde a la edición de Pearson (ed.), *Sophocles fabulæ*. Sin embargo, a los fines de evaluar las variantes textuales se ha realizado un cotejo filológico con las ediciones de JEBB (ed.), *Sophocles. The plays and fragments. Part III: The Antigone*; LLOYD-JONES - WILSON, *Sophocles fabulæ*; GRIFFITH (ed.), *Sophocles. Antigone*; MAZON (ed.), *Sophocle. Antigone*. Todas las traducciones del griego al español me pertenecen.

te contraste que hay entre el deber religioso y ancestral de sepultar a los muertos y el decreto del tirano que contradice esta tradición. Será un crimen de acuerdo con la normativa del soberano de Tebas, pero a la luz de las normas tradicionales y ancestrales se impone como un deber sagrado.

Hasta aquí, queda claro que Antígona se halla bajo el dilema de respetar una norma consuetudinaria y de carácter divino que dispone el entierro de su hermano, y obedecer una norma legal establecida por Creonte que se lo impide y que pretende ser el único derecho válido. En el marco de este dilema moral, la heroína está plenamente convencida de que el decreto de Creonte es injusto. En este sentido, se puede decir que la tragedia expone –usando la famosa expresión de IHERING– una verdadera “lucha por el derecho”⁴. En efecto, el derecho, como idea práctica, indica un fin y un medio. Ese fin es la paz y el medio para alcanzar ese estado es la lucha⁵. No se trata de cualquier lucha, por supuesto, sino de la lucha contra la injusticia. Esta es una característica que no es ajena a la noción de derecho; la lucha es más bien una parte integrante de su existencia. De acuerdo con esta idea, Antígona está dispuesta a defender por todos los medios el derecho que no es aceptado por Creonte. La defensa no será realizada de un modo pacífico. Esta se ejerce mediante la acción y la resistencia, porque el derecho es una idea de fuerza, de intereses que buscan ser escuchados y pretenden superar cualquier forma de opresión.

Entonces, Antígona no es un individuo que permanece en silencio, como sí sucede con Ismene⁶. Está claro en la obra que la decisión de Creonte no le es indiferente. En términos jurídicos, no hay que considerar su actitud rebelde como caprichosa e infundada. En un sentido profundo, en realidad, si ella se negara a actuar y no ejerciera la resistencia contra el mandato del soberano, su actitud sería

⁴ Conf. IHERING, *La lucha por el derecho*.

⁵ IHERING, *La lucha por el derecho*, p. 7.

⁶ Sin embargo, hay autores que han destacado un rol más activo de Ismene en la obra. Ya mucho tiempo atrás, HARRY y ROUSE habían propuesto que el primer entierro de Polinice fue realizado por Ismene. Más recientemente esta idea ha sido desarrollada por HONIG y KIRKPATRICK. Conf. HARRY, *Studies in Sophocles*, “University of Cincinnati Studies”, vol. 7, nº 3, 1911, p. 20 a 25; ROUSE, *The two burials in Antigone*, “Classical Review”, vol. 25, nº 2, 1911, p. 40 a 42; HONIG, *Ismene’s forced choice: Sacrifice and sorority in Sophocles’ Antigone*, “Arethusa”, vol. 44, nº 1, 2011, p. 29 a 68; KIRKPATRICK, *The prudent dissident: Unheroic resistance in Sophocles’ Antigone*, “The Review of Politics”, vol. 73, nº 3, 2011, p. 401 a 424.

una clara negación al derecho. La lesión de las normas ancestrales es lo que hace surgir el valor para rechazar la agresión y hacer efectivo ese derecho, es decir, de dejar en claro la importancia de su reconocimiento en el entramado social.

Esto explica por qué Antígona considera que debe resistir la decisión arbitraria de Creonte. Se trata de defender su existencia moral y también el derecho frente a una acción injustificada, desmedida e injusta. Contra la decisión de Creonte, quien quiere imponer su verdad y su propia racionalidad, Antígona no permanecerá callada. Ella ejercerá la resistencia y se dará un juego de poder, de fuerzas activas que rivalizan y contrastan las unas con las otras y que ocasionarán los acontecimientos trágicos.

Por lo demás, con su actitud Antígona no solo defiende un deber para consigo misma, sino también un deber que tiene también para con la comunidad. Es un deber que trasciende el campo moral del individuo y se instala en el campo público. En la medida en que Antígona defiende esa norma ancestral y tradicional, aun en su caso particular, también defiende el derecho y el orden establecido en la sociedad que es considerado valioso por los ciudadanos. En el fondo, Antígona protege un valor comunitario y contribuye a mantener una obra común que no tolera la arbitrariedad. En efecto, si Antígona lucha por proteger la ley no es solo porque la decisión de Creonte vulnera un aspecto de esta. La ley no admite afectaciones por partes, sino en su totalidad, y su defensa no admite tampoco una parte, sino su totalidad. La ley no es divisible, no se puede partirla sin hierirla en un aspecto y en otro no. Tampoco la trasgresión admite grados: no se puede transgredir más o menos la ley. Es una relación de todo o nada. Quien defiende su derecho, entonces, lo defiende en su totalidad. Así pues, cuando Antígona defiende su interés protegido por ley, defiende en última instancia también el derecho de toda la comunidad.

§ 3. ***DERECHO, ARGUMENTACIÓN Y RETÓRICA DESDE DOS LEGALIDADES DISTINTAS***

En el primer episodio de la obra se crea toda una atmósfera política en la cual la decisión de Creonte es presentada al auditorio bajo el ropaje de un *nómos* y no simplemente como un decreto o *kérygma*⁷. En efecto, inmediatamente después de que Antígona es sor-

⁷ Como advierte SCABUZZO, cuando Creonte define su decreto como un *nómos*, resultaba un acto claramente abusivo para los espectadores, ya que con este término

prendida en flagrante desobediencia, el Coro es quien en primer lugar designa la norma dictada por Creonte con el vocablo de *nómos*: para ser más precisos, concibe las disposiciones del tirano como “leyes reales” (βασιλείουσιν... νόμοις, v. 382). Creonte no se apartará del uso de este concepto y, cuando acusa a Antígona de haber desobedecido la norma, sostendrá que la orden que estableció es un verdadero *nómos*. Así, en el agón que mantiene con Antígona, Creonte le objeta atreverse a “transgredir estas leyes” (τούσδ' ὑπερβαίνειν νόμους, v. 449) a pesar de que tenía pleno conocimiento de su vigencia (v. 446-448)⁸. En el verso 481 vuelve a utilizar el vocablo *nómos* y le agrega a esas normas el carácter de “preestablecidas” (προκειμένους). Se puede decir que el rey de Tebas se vale del concepto de *nómos* y lo hace suyo. Sabe que un simple *kérygma* no es suficiente como para prohibir dar sepultura a los muertos, romper con la tradición y las costumbres ancestrales y, por eso, utiliza un concepto que en el campo jurídico de la Atenas clásica tiene mucha más fuerza legal, más peso a la hora de regular las conductas humanas. Sin embargo, Antígona, sin perder de vista la naturaleza de las instituciones jurídicas de la pólis, afirmará que una norma jurídicamente válida y legítima debe tener base divina. De acuerdo con ello, Antígona alega para justificar su conducta que las leyes no escritas, que ordenan dar sepultura a los muertos, no pueden ser transgredidas por los simples mandatos de Creonte, ya que estos carecen de fuerza de ley (v. 450-457):

οὐ γάρ τί μοι Ζεὺς ἦν ὁ κηρύξας τάδε,
οὐδ' ἡ ξύνοικος τῶν κάτω θεῶν Δίκη
τοιούσδ' ἐν ἀνθρώποισιν ὤρισεν νόμους,
οὐδὲ σθένειν τοσοῦτον ῥόμην τὰ σὰ
κηρύγμαθ' ὥστ' ἄγραπτα κάσφαλῆ θεῶν
νόμμια δύνασθαι θνητὸν ὄνθ' ὑπερδραμεῖν.
οὐ γάρ τι νῦν γε κάχθές, ἀλλ' ἀεὶ ποτε
ζῆ ταῦτα, κούδεις οἶδεν ἐξ ὅτου φάνη.

se designaba la norma surgida del acuerdo de todos los ciudadanos (conf. SCABUZZO, *Tragedia y códigos legales: una nueva lectura de Antígona de Sófocles*, “Cuadernos de Filología Clásica. Estudios griegos e indoeuropeos”, nº 9, 1999, p. 111).

⁸ Es interesante ver que Creonte se asegura de que Antígona, además de ser la transgresora de la norma, haya sido consciente de esa conducta. En un sentido jurídico, se dan los elementos objetivos y subjetivos como para que la heroína sea sancionada.

[Pues no era Zeus quien me decretaba esto, ni Díke, que habita con los dioses de abajo, estableció tales leyes entre los hombres; ni creía que tus decretos (*kerýgmata*) tuvieran tanta fuerza como para que, siendo mortal, se pudiera transgredir las leyes no escritas (*ágrapta nómima*) y firmes de los dioses. Pues [estas leyes] no son de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe desde cuándo aparecieron.]

Este pasaje resulta clave para comprender el conflicto jurídico de la obra. En efecto, de acuerdo con los argumentos jurídicos instalados por Antígona, la norma de Creonte es solo concebida como un *kérygma*. En cambio, Antígona utiliza aquí el concepto de *nómima* (v. 455), y al poco tiempo el de *nómos* (v. 519), para referirse a la norma divina que impone el deber de enterrar a los muertos (la norma de los dioses). Además, Antígona establece una estrecha relación entre las nociones de *nómos* y *díke*, la justicia o el orden natural que regula las relaciones humanas⁹. Ella expresamente dice que Díke debe instaurar los *nómoi* que regulan la vida social, lo cual significa que la divinidad opera como fundamento de la ley humana (v. 451-452). Se muestra, pues, la necesidad de que el *nómos* tenga sustento divino para ser una norma válida en el seno de la pólis. Los usos que a veces se hacen de *díke* y *nómos*, en toda la tragedia, como normas estrechamente relacionadas resultan muy elocuentes al respecto. Así sucede, por ejemplo, cuando Antígona dice en los v. 23-24 que Creonte ordenó dar sepultura a Eteocles de acuerdo con *díke* y *nómos*. También se emplean los vocablos con un sentido que los hace parecer intercambiables, aunque claramente no lo son. En los v. 454 y 455 Antígona ampara su deber de enterrar a Polinices expresamente en el *nómos* de los dioses, mientras que en el v. 921 se refiere a *díke* como la ley divina que ha obedecido. Incluso el vínculo entre *nómos* y los dioses se advierte cuando, al final del quinto episodio, Creonte finalmente se somete a la autoridad de los “*nómoi* establecidos” (*καθεστῶτας νόμους*, v. 1113), una expresión que claramente alude, según JEBB, a las leyes no escritas de los dioses¹⁰.

El enfrentamiento de normas que hay en la obra es entre el *nómos* que invoca Antígona, sustentado en *díke*, y el *kérygma* del tirano¹¹. Se trata de dos normas que no están al mismo nivel. *Nómos* es la ley derivada del consenso de los ciudadanos; es el fruto de un

⁹ Conf. LLOYD-JONES, *The justice of Zeus*, p. 128.

¹⁰ JEBB (ed.), *Sophocles. The plays and fragments*, p. 198.

¹¹ Conf. HARRIS, “Sophocles and athenian law”, en ORMAND (ed.), *A companion to Sophocles*, p. 290.

proceso de deliberación pública y ciudadana en el marco de los espacios institucionales de creación de normas jurídica de la pólis; ni más ni menos que la representación misma de la voluntad del pueblo¹².

Todo esto explica por qué la heroína le da tanto valor al *nómos* como norma jurídica que justifica en última instancia su conducta. El *nómos* que invoca Antígona, si bien no remite a ninguna norma derivada de un órgano legislativo en particular, se identifica con una norma consuetudinaria y de carácter religioso que está ligada a los valores subyacentes de la pólis y los vínculos enraizados en la propia comunidad¹³. Su pretensión de validez y legitimidad reposa sobre el consenso y la voluntad del cuerpo cívico. El mandato de Creonte, seguramente al carecer de tales requisitos, nunca es considerado por Antígona como un *nómos*, sino simplemente como un *kérygma*¹⁴. Solo Creonte busca valerse de este término tan importante en el imaginario jurídico ateniense, pero de manera claramente ilegítima¹⁵.

Queda claro que en este agón que tiene como protagonistas a Antígona y Creonte se produce todo un manejo estratégico de los principales conceptos del vocabulario jurídico de la Atenas clásica. Es una lucha por adueñarse del concepto de *nómos*. La argumentación persuasiva se vuelve el medio por excelencia para sostener la propia postura y vencer a la contraria. No se trata, por supuesto, de argumentos asociados con lo pasional o lo irracional: la persuasión aquí está acompañada de la razón. Además, los argumentos cobran sentido de acuerdo con el significado de los términos jurídicos empleados y las instituciones sociales que se invocan. Cada personaje tiene un concepto diferente de lo que es la ley y tanto las afirmaciones de Creonte como las de Antígona generan cierta credibilidad en el oyente. Sin embargo, esto no significa que tengan la misma fuerza argumentativa. Ya en este segundo episodio de la obra se puede advertir que es Antígona quien ofrece los mejores argumentos y parece entender mejor las instituciones jurídicas¹⁶. No así Creonte, quien

¹² Al respecto, ver el trabajo de OSTWALD, *Nomos and the beginnings of athenian democracy*.

¹³ Conf. BURNS, *Sophocles' Antigone and the history of the concept of natural law*, "Political Studies", vol. 50, 2002, p. 553.

¹⁴ HARRIS, *Antigone the lawyer, or the ambiguities of Nomos*, p. 35 y 36.

¹⁵ HARRIS, *Antigone the lawyer, or the ambiguities of Nomos*, p. 41.

¹⁶ HARRIS, *Antigone the lawyer, or the ambiguities of Nomos*, p. 45.

en virtud de las desgracias que se derivarán de la estricta aplicación de su norma terminará por perder el poder soberano y todo tipo de legitimidad en la pólis.

Por lo demás, no hay que pasar por alto en esta instancia que el enfrentamiento de Antígona con Creonte representa en Atenas los contrastes entre las nuevas instituciones jurídicas que se iban gestando en la pólis democrática y los valores tradicionales y religiosos que la comunidad arrastraba desde tiempos inmemorables. Así, si se considera que la norma de Creonte representa la ley de la pólis, Antígona invitaba al auditorio a reflexionar sobre el valor de un derecho no escrito (*nómos ágraphos*) frente a la existencia de un naciente derecho positivo que empezaba a oponérsele, a confluir con este y a generar dudas y tensiones en cuanto a su aplicación. La tragedia, pues, da cuenta del nuevo panorama que había en Atenas en cuanto a la determinación de las fuentes del derecho. En tal caso, el enfrentamiento entre los personajes del drama podría llegar a reflejar, como creen HESTER y OSTWALD, los conflictos normativos que generó la legislación vigente en la Atenas del siglo v a.C. Se trata, específicamente, de la ley ateniense que prohibía enterrar a los traidores a la patria y cuya existencia está atestiguada en TUCÍDIDES (1.138.6) y JENOFONTE (*Helénicas*, 1.7.22)¹⁷. Entonces, Antígona no sería más que la representación de la oposición que existía entre aquella norma prohibitiva y el deber religioso y tradicional de dar sepultura a los muertos.

Si bien la interpretación es válida, parece ser que la legislación democrática nunca originó un conflicto de semejante envergadura como el presentado en *Antígona*¹⁸. En efecto, de acuerdo con la ley era lícito negarle sepultura al traidor en su tierra natal, pero nada impedía que fuera enterrado más allá de los límites de la ciudad. En JENOFONTE (*Helénicas*, 1.7.22) claramente se dice que la prohibición del entierro es solo en suelo ático.

Es fácil advertir que la conducta de Creonte excede las disposiciones de la ley de Atenas, ya que en la tragedia el tirano directamente despoja a los familiares del difunto de la posibilidad de practicar el ritual¹⁹. La única intención de Creonte es que el cuerpo de Polinices quede insepulto y sea devorado por los perros y las aves. La expo-

¹⁷ OSTWALD, *From popular sovereignty to the sovereignty of law*, p. 151; HESTER, *Sophocles the unphilosophical. A study in the "Antigone"*, "Mnemosyne", vol. 24, nº 1, 1971, p. 19 a 21.

¹⁸ Conf. RODRÍGUEZ ADRADOS, *La democracia ateniense*, p. 254.

¹⁹ HARRIS, *Antigone the lawyer, or the ambiguities of Nomos*, p. 39.

sición pública que sufre el cuerpo de Polinices no era para nada la práctica de las póleis griegas: por eso, el trato que se le da al difunto en la obra seguramente fue muy perturbador para los espectadores²⁰. Como bien señala LESKY, Creonte no es la voz de la pólis que conoce cuáles son sus derechos y también cuáles son sus limitaciones²¹. En la figura de Creonte no hay limitaciones, sino excesos y transgresiones al orden divino y los valores tradicionales.

Sepultar a los muertos era un deber sumamente importante en el mundo griego y en varias fuentes ese requerimiento estaba asociado con las normas de los dioses²². Dentro del género trágico, recordemos *Áyax* de SÓFOCLES. En el cuarto episodio se genera un problema similar al presentado en *Antígona*, cuando Menelao quiere obligar a Teucro que no le dé sepultura al héroe por considerarlo un traidor (v. 1047 y siguientes). No obstante, nada impedirá que Teucro cumpla con los ritos fúnebres, ya que es un deber impuesto por las “leyes de los dioses” (δαμόνων νόμους, v. 1130).

De hecho, la historia acerca del entierro de Polinices y de los muertos en batalla durante la expedición de los siete jefes de Argos contra Tebas se convirtió en un tema de reflexión común en el pensamiento griego²³. De entre las diversas fuentes, me interesa destacar la *Oración fúnebre* de LISIAS. El gran orador narra que cuando Adrasto y Polinices condujeron su ejército contra la pólis tebana y fueron vencidos, los cadmeos no les permitieron enterrar a sus muertos²⁴. Frente a esta negativa, los atenienses enviaron primero a unos mensajeros para instarlos a que cedan con esa conducta, ya que consideraban que el acto era sumamente impío. Como no obtuvieron ningún resultado favorable, decidieron combatir contra Tebas, no porque tuvieran algún conflicto anterior ni tampoco para congraciarse con los argivos vivos, sino porque consideraban justo que los muertos en batalla obtuvieran lo que les corresponde por ley. Los cuerpos fueron recuperados y enterrados finalmente en Eleusis. Así

²⁰ Conf. PARKER, *Miasma. Pollution and purification in early greek religion*, p. 47.

²¹ Conf. LESKY, *Historia de la literatura griega*, p. 307.

²² Sobre la importancia de enterrar a los muertos, ver ROHDE, *Psyche. The cult of souls and the belief in immortality among the Greeks*, p. 162 y siguientes.

²³ Conf. *Siete contra Tebas* de ESQUILO (v. 1005 y ss.); *Suplicantes* de EURÍPIDES; HERÓDOTO, 9.27.3; ISÓCRATES, 12.168-171 y 4.55-58; *Plutarco, Teseo* 29.4; *Pausanias*, 1.39.2.

²⁴ Ver LISIAS 2.7-10.

pues, de acuerdo con este relato se puede decir, junto con HARRIS, que si en esa oportunidad los atenienses se vieron obligados a marchar contra Tebas y arriesgar sus vidas para mantener la vigencia del *nómos* que establece el deber de enterrar a los muertos, la acción de Antígona debió haber sido considerada por los espectadores como razonable y justificada²⁵.

Tan importante era ese deber que incluso en las guerras había un *nómos* común de los griegos que permitía a los enemigos recuperar los cadáveres de sus compañeros para darles sepultura. Tucídides (4.97-98) relata que en la batalla de Delio, que tuvo lugar en el año 424 a.C., los beocios se rehusaron a devolver a los atenienses los cuerpos de los caídos en combate hasta que ellos evacuen la ciudad. Los atenienses, en cambio, exigían el permiso para recoger a sus muertos, pero no con la condición de marcharse, sino mediante la realización de una tregua establecida por “la costumbre ancestral” (τὰ πάτρια).

Todo esto explica la tenaz defensa que realiza Antígona al deber de practicar los ritos fúnebres a Polinices, es decir, su lucha por el derecho. No es fácil despojar a un individuo de los derechos y deberes que se hallan arraigados en la costumbre de su pueblo. La energía con la cual Antígona defiende el *nómos* que ordena dar sepultura a los muertos sin duda está en relación proporcional con el valor que implica esa práctica para los miembros de la comunidad.

§ 4. **LA INTEGRACIÓN DEL “NÓMOS” DIVINO CON LOS PRINCIPIOS DE LA CIUDAD. EL DISCURSO FINAL DE ANTÍGONA**

Hasta aquí se podría pensar que el deber de obediencia de Antígona se justifica simplemente en las leyes no escritas y firmes de los dioses. Sin embargo, más adelante la protagonista introduce otros elementos que complejizan las razones de su accionar: me refiero, por supuesto, al famoso discurso final de la heroína de los vv. 891-928. Como veremos, y trataré de demostrar, estos nuevos motivos que expresa Antígona no se centran en las normas divinas, sino que se focalizan más en la opinión y la aceptación que pudiera tener el pueblo de Tebas sobre el entierro de Polinices. Ya Antígona apeló a la divinidad para justificar su conducta, pero ahora se trata de considerar el factor comunidad. El cuerpo político de ciudadanos no

²⁵ Conf. HARRIS, *Antigone the lawyer, or the ambiguities of Nomos*, p. 38.

resulta un aspecto menor, pues serán ellos quienes juzguen la corrección de la conducta asumida por la heroína y son también ellos, en última instancia, quienes pueden legitimar las normas que invoca Antígona para transgredir el decreto de Creonte. Claramente Antígona no pierde de vista que por más injusto que ella considere el decreto de Creonte, este constituye una norma válida y legítima que regula las relaciones humanas en la comunidad de Tebas. Creonte es efectivamente el gobernante y cuenta con las atribuciones para establecer las normas que considere más apropiadas para proteger los intereses de la comunidad²⁶. Sin embargo, esto no significa que el contenido de sus normas pueda ser cualquiera: existen limitaciones, como por ejemplo los valores que la comunidad considere socialmente superiores. De acuerdo con ello, Antígona deberá demostrar que la situación especial en la que ella se encuentra es de interés público y que el *kérygma* de Creonte compromete valores esenciales: la heroína tiene, pues, la difícil tarea de brindar frente al pueblo argumentos que prueben que obró de acuerdo con sus deberes filiales y también conforme a las normas y los principios de la ciudad. Se trata de obtener legitimidad y cuestionar la razonabilidad de la norma tiránica. Solo así Antígona logrará ganar la adhesión de los ciudadanos y demostrar finalmente que su transgresión a los mandatos del gobernante de Tebas está por demás justificada. Sin embargo, no es tan sencillo afirmar, sin más, que en esta instancia de la obra Antígona se presenta frente al pueblo para justificar su conducta y alegar que su acción es la correcta. Todo esto exige una explicación más detallada, ya que el pasaje de la obra en el que se instala este argumento es sumamente problemático.

Antes de morir, Antígona percibe ciertas voces de desaprobación de su conducta: el Coro de ancianos tebanos sostiene que ella descende al Hades sin gloria y sola, “por su propia ley” (*αὐτόνομος*, v. 821) y por haberse estrellado “contra el elevado pedestal de Díke” (*ὑψηλὸν ἐς Δίκας βᾶθρον*, v. 854). Frente a esta acusación, Antígona alega en su discurso final que, a los ojos de los ciudadanos sen-

²⁶ De hecho, al comienzo de la obra Creonte es designado por Antígona como *strategós* (v. 8). Este era un cargo muy importante en la Atenas clásica, que involucraba diversas capacidades y competencias jurídicas. Una de ellas era la facultad de dictar decretos con el fin de regular la conducta humana en situaciones de conflicto bélico. Así, GRIFFITH explica que “an Athenian *stratēgos* on campaign could issue a *κήρυγμα* on his own initiative (even one invoking the death penalty)” (*Sophocles. Antigone*, p. 122).

satos, honró debidamente a su hermano y, además, agrega que si hubiera tenido un esposo o un hijo que hubiesen muerto, nunca habría obrado así, “en contra de la voluntad de los ciudadanos” (βία πολιτῶν, v. 907). Inmediatamente, Antígona termina de completar su argumento con la introducción de un *nómos* especial que explica legalmente el modo de su obrar (v. 908-915):

τίνος νόμου δὴ ταῦτα πρὸς χάριν λέγω;
 πόσις μὲν ἄν μοι καθανόντος ἄλλος ἦν,
 καὶ παῖς ἀπ’ ἄλλου φωτός, εἰ τοῦδ’ ἤμπλακον,
 μητρὸς δ’ ἐν Ἄιδου καὶ πατρὸς κεκευθότοι
 οὐκ ἔστ’ ἀδελφὸς ὅστις ἄν βλάστοι ποτέ.
 τοιῶδε μέντοι σ’ ἐκπροτιμήσασ’ ἐγὼ
 νόμῳ, Κρέοντι ταῦτ’ ἔδοξ’ ἀμαρτάνειν
 καὶ δεινὰ τολμᾶν, ὧ κασίγνητον κάρα.

[¿En virtud de qué *nómos* ahora digo esto? Si un esposo se muere, otro habría para mí, y un hijo de otro hombre, si de este fui privada; pero, cuando la madre y el padre están en el Hades, no es posible que nazca un hermano algún día. Y yo, en efecto, te he honrado entre todos por tal *nómos*; [sin embargo] a Creonte le pareció una acción errada y una terrible osadía, oh hermano querido.]

En esta ocasión, como se advierte, la protagonista justifica su conducta mediante un *nómos* que la obliga a enterrar a su hermano en virtud de las circunstancias especiales en las que ella se encuentra²⁷. Las palabras que introduce la heroína en su discurso, sin embargo, pueden llegar a oscurecer algunos aspectos de la tragedia y generar malentendidos: especialmente en lo que se refiere a las razones que la motivaron a llevar a cabo el entierro de su hermano. En efecto, a partir de una lectura atenta en la que se coteje este nuevo argumento de Antígona con los otros argumentos que ella utilizó para jus-

²⁷ Este argumento está basado en un pasaje de HERÓDOTO (3.119.3-6), en el cual se narra cómo la mujer de Intafrenes clama ante el rey Darío por la vida de su hermano. Si bien el texto de HERÓDOTO y el de SÓFOCLES son muy parecidos, existe una gran diferencia: en el caso de Antígona se trata del entierro del hermano, mientras que en el caso de Intafrenes se trata de salvarle la vida. Otra diferencia, como destaca OBRIST, es que HERÓDOTO utiliza el sustantivo *gnóme* (“pensamiento”) para designar la razón de elegir a ese familiar por sobre otros; en cambio, en la reelaboración sofoclea se utiliza la palabra *nómos*. Conf. OBRIST, *Y te llevaste en andas al ángel de los perdedores. El nómos de Antígona en su discurso final a partir del vocabulario legal en Antígona de Sófocles*, “Sociedades Precapitalistas”, vol. 2, nº 1, 2012, p. 4 y 5.

tificar el entierro (básicamente las leyes no escritas), surgen ciertos problemas textuales que permiten sostener, por lo menos, tres actitudes frente al texto que me interesan destacar: primero, admitir que existe una contradicción por parte de SÓFOCLES o sostener que hay un abandono de las leyes no escritas por parte de Antígona²⁸; segundo, sostener que la contradicción es aparente²⁹; tercero, afirmar que hay una interpolación en el texto³⁰. La enorme cantidad de trabajos y los grandes debates que hay dentro de la literatura crítica sobre cómo se debe interpretar el discurso final de Antígona con relación al contexto general de la obra, dan cuenta de los problemas hermenéuticos que originó este nuevo *nómos*. A mi juicio, si bien resulta innegable la dificultad que genera ese discurso final con el resto de la obra, no creo que en el texto haya una interpolación, ni una contradicción ni un abandono del *nómos ágraphos*, sino más bien una relación de armonía entre los argumentos de la protagonista. En efecto, Antígona advierte que los ciudadanos podrían percibir su conducta como injusta y por eso se vale de un *nómos* particular que tiene como fin justificar la desobediencia. La protagonista quiere dejar en claro frente a la comunidad que no desafía al gobernante de la ciudad por el solo hecho de hacerlo y en cualquier situación: de hecho, en el hipotético caso de que hubiera tenido un esposo o un hijo que murieran, desistiría de realizar el entierro prohibido. Obviamente también los difuntos padre o hijo deben ser enterrados de acuerdo con las leyes an-

²⁸ KNOX, *The heroic temper. Studies in Sophoclean tragedy*, p. 103 a 105.

²⁹ NORWOOD, *Greek tragedy*, p. 139; HESTER, *Sophocles the unphilosophical*, p. 37; SEGAL, *Tragedy and civilization*, p. 201; FOLEY, "Antigone as moral agent", en SILK (ed.), *Tragedy and the tragic. Greek theatre and beyond*, p. 54; REHM, *Sophocles' Antigone and family values*, "Helios", vol. 33, 2006, p. 189; CROPP, *Antigone's final speech (Sophocles, Antigone 891-928)*, "Greece & Rome", vol. 44, 1997, p. 150; OBRIST, *Y te llevaste en andas al ángel de los perdedores*; ETXABE, *Antigone's nomos*, "Animus", vol. 13, 2009, p. 60 a 73; ETXABE, *The experience of tragic judgement*, p. 101 a 106.

³⁰ En este sentido, JACOB cuestiona la autenticidad de los vv. 905-913, DINDORF la de los v. 900-928 y JEBB, KNAPP, PAGE, MÜLLER y WINNINGTON-INGRAM la de los v. 904-920. Conf. JACOB, *Sophocle æquæstiones*, vol. 1, p. 365 a 368; DINDORF, (ed.), *Sophoclis tragœdiæ*, p. lvii; JEBB(ed.), *Sophocles. The plays and fragments*, p. 164; KNAPP, *A point in the interpretation*, p. 310; PAGE, *Actor's interpolations in greek tragedy*, Oxford, p. 81 a 91; MULLER (ed.), *Sophokles. Antigone*, p. 197 a 200 y 206; WINNINGTON-INGRAM, *Sophocles: An interpretation*, p. 145 y 146. En caso de haber existido realmente esta interpolación, por cierto, debió hacerse no mucho tiempo después de la muerte del tragediógrafo, pues ARISTÓTELES (*Retórica*, 1417a32-33) cita los v. 911-912 como si fueran auténticos de *Antígona*.

cestrales y divinas, pero Antígona no cree que sea su responsabilidad hacerlo: en estos supuestos no se habría enfrentado a la norma de Creonte.

Solo en el caso del difunto Polinices, Antígona considera que tenía el deber de darle sepultura y esto es algo que –según ella– “los de buen entendimiento” (τοις φρονούσιν εὔ, v. 904) reconocerán fácilmente. Pues bien, la situación a la que se enfrentaba Antígona es excepcional: muertos los padres, ya no es posible tener otro hermano y como ella es la única hermana y familiar directo que queda para realizar el entierro se justifica su accionar³¹. Claro que se debería considerar la existencia de Ismene; sin embargo, en la obra claramente es Antígona el único familiar que se presenta para cumplir con el deber de honrar a los muertos, pues su hermana había desistido de hacerlo desde un principio (v. 49-68). Es muy probable que por ello el Coro diga que Antígona forma parte de “las últimas raíces sobre las cuales se había extendido una luz en la casa de Edipo” (ἔσχάτας ὑπὲρ / ῥίζας ἐτέτατο φάος ἐν Οἰδίπου δόμοις, v. 599-600). De hecho, ella misma se ve como “la única de la realeza que queda” (τῆν βασιλειδᾶν μούνην λοιπήν, v. 941).

Hay que tener en cuenta, además, que la elección del hermano por sobre otro miembro de la familia no tiene un significado banal, sino todo lo contrario. En efecto, en la Grecia antigua la relación que había entre los hermanos era muy fuerte³². De hecho, este vínculo fraterno y el reconocimiento de los deberes hacia su hermano por parte de la comunidad, son destacados por Antígona en varias ocasiones de la obra (como surge por ejemplo de los v. 465-468, 502-504 y 510-511).

Pero esto no es todo. El aspecto más importante es que la muerte de Polinices, como destaca Etxabe, significa la extinción del linaje de los Labdácidas, la representación de la destrucción de la familia (*oikos*)³³. En efecto, en la Atenas clásica, la ausencia de descendencia masculina podía causar la desaparición del *oikos* paterno. Sin embargo, la sociedad disponía de ciertas instituciones le-

³¹ Conf. FOLEY, *Antigone as moral agent*, p. 54; PATTERSON, *The place and practice of burial in Sophocles' Athens*, “Helios”, vol. 33, 2006, p. 37; REHM, *Sophocles' Antigone and family values*, p. 189; OBRIST, *Y te llevaste en andas al ángel de los perdedores*, p. 9 y 10.

³² COX, *Household interests. Property, marriage strategies, and family dynamics in ancient Athens*, p. 114 a 116.

³³ Conf. ETXABE, *Antigone's nomos*, p. 68.

gales que estaban destinadas a salvaguardar la integridad del *oïkos*, la célula fundante de la pólis. Una de ellas era el epiclerato. De acuerdo con esta institución, la *epikleros*, es decir, la mujer que recibía los bienes de su difunto padre frente a la carencia de hermanos varones, podía casarse con el pariente más cercano por línea paterna y continuar la familia de su progenitor. Su marido solo administraba los bienes, pero nunca los heredaba, ya que una vez que la pareja tuviera un hijo (lo cual era una exigencia) este se convertía en el sucesor legal del abuelo. Otro de los mecanismos legales de preservación de la familia era la adopción de un hijo varón. Ninguna de las instituciones es aplicable al caso particular del *oïkos* de Edipo. Va de suyo que la adopción no es posible y, en cuanto al epiclerato, si bien Antígona es *epikleros* no hay ningún pariente paterno con el cual ella se pudiera casar.

El último eslabón masculino del linaje labdácida está muerto y con su deceso se han desvanecido todas las posibilidades de continuar el *oïkos* de Edipo. A los ojos de los ciudadanos, es un hecho sumamente calamitoso que, como tal, se convierte en un asunto civil. De ahí que en esta situación tan extrema, el cuerpo de Polinices merezca ser sepultado y recibir los ritos fúnebres. Entonces, las palabras que introduce Antígona no hacen más que invocar la situación especial en la que se encuentra con el fin de que sea reconocida por la comunidad cívica como un asunto familiar que, si bien es de carácter privado, debe ser de interés público de acuerdo con la importancia que tiene en el marco de las prácticas sociales y la vida institucional de la pólis. Se trata, entonces, de un reclamo de legitimidad. Antígona, en este sentido, muestra toda su astucia, pues en los momentos previos a que fuera enterrada viva llama a todos los cadmeos para que sean testigos del modo injusto en que va morir: sin llantos, amigos ni cantos nupciales; solo en virtud del decreto del tirano Creonte, cuyo contenido es claramente excesivo (v. 839 y siguientes). Con su estrategia, Antígona busca obtener la adhesión y el consenso del pueblo en cuanto al modo en que obró frente al decreto de Creonte: la heroína quiere justificar, por todos los medios, la desobediencia y qué mejor que mostrando las injusticias que se derivan de la obediencia incondicionada a la autoridad del tirano. Esto último se conecta con la razonabilidad del decreto de Creonte, que Antígona claramente cuestiona: la norma del *týrannos* no supera el tamiz de la razonabilidad porque tiene una clara falta de sentido de justicia.

El *kérygma* de Creonte, pues, tiene que ceder ante el caso particular y especial que alega Antígona. Esto es lo que ella pretende demostrar con sus argumentos. Esto no significa, claro está, que Antígona haya dejado de justificar su accionar en el *nómos* divino. Este es el principal móvil de su conducta; jamás Antígona dice lo contrario. En su discurso final, la heroína solo destaca que las características particulares y extraordinarias de la situación en la que se encuentra permiten desoír los mandatos de Creonte: se trata, en definitiva, de justificar su conducta frente a los ciudadanos. Uno y otro caso son cosas completamente distintas. Incluso en términos jurídicos se podría pensar que Antígona quiere hacer valer una norma abrogatoria (parcial), es decir, una norma que anula o limita en parte los efectos de otra norma preexistente: es una norma que obliga a reconocer como abolida, en las circunstancias indicadas, la norma prohibitiva de Creonte. Si bien esta lectura puede ser válida, creo que la argumentación de Antígona va más allá de eso si consideramos que en realidad cuestiona la legitimidad y razonabilidad del *kérygma* de Creonte.

Como ya se ha señalado, el uso del vocablo *nómos* por parte de Antígona en su discurso final resulta un aspecto muy importante en la argumentación, ya que ella pretende encuadrar su conducta dentro de una ley, un *nómos* que derrota el *kérygma*. Sin embargo, solo podrá ampararse bajo esa norma si la expresa de manera pública frente a los ciudadanos para que ellos la evalúen, reflexionen acerca de su contenido y, luego, se expidan sobre su aceptación o rechazo³⁴. Claramente, Antígona considera que aquel *nómos* es una norma socialmente válida que justifica su desobediencia y que debe ser reconocida por los ciudadanos³⁵. La última palabra de eso, naturalmente, la tiene el pueblo: la verdadera fuente de validez de toda ley³⁶.

En un contexto en donde, además, toda norma jurídica se establecía por medio de la deliberación pública, el uso de argumentos persuasivos e influyentes en el pensamiento de los ciudadanos resulta determinante al momento de la toma de decisiones políticas. Si Antígona quiere que su pretensión prospere, debe manejar las palabras adecuadas y generar las emociones correctas sobre sus oyen-

³⁴ Conf. OBRIST, *Y te llevaste en andas al ángel de los perdedores*, p. 11.

³⁵ Al respecto, ver ETXABE, *Antigone's nomos*.

³⁶ Conf. ALLEN, "Greek tragedy and law", en GAGARIN - COHEN (eds.), *The Cambridge companion to ancient greek law*, p. 389 y 390.

tes. El rechazo de considerar la norma de Creonte como un *nómos* y solo como un simple *kérygma*, es quizás el argumento jurídico más fuerte que instala Antígona.

Todo esto demuestra la habilidad que tiene Antígona en el manejo de las instituciones legales y la comprensión de su naturaleza. Mediante sus argumentos ella sustenta su conducta no sólo en la norma divina y los valores tradicionales, sino también en el consenso y la voluntad del pueblo. Antígona es quien sabe concordar y conciliar el orden humano con el orden divino. El propio Coro ya había destacado la necesidad de mantener esta unión. Un ciudadano honrado en la ciudad se forma “mezclando las leyes de la tierra y la justicia de los dioses que obliga por juramento” (νόμους περραίνων χθονός θεῶν τ’ ἔνορκον δίκαν, v. 368-369).

§ 5. *LA DEBILIDAD DE LA ARGUMENTACIÓN DE CREONTE*

La argumentación instalada por Creonte resulta sumamente débil frente a la de Antígona. Esta deficiencia en los argumentos de Creonte hace que sus disposiciones autoritativas sean puestas en duda por parte de distintos personajes de la obra, no solo por la heroína. En el momento en que el Guardián anuncia a Creonte que alguien ha dado sepultura al cadáver de Polinices y se ha marchado sin dejar ningún rastro (v. 245-252), el Corifeo insinúa que eso ha sido obra de los dioses (v. 278-279). Esta parte de la escena da comienzo a un aspecto interesante que gira en torno a la ilegitimidad del mandato de Creonte. En efecto, el Guardián, a causa de las amenazas que recibe del soberano para encontrar al transgresor de la norma, vuelve con sus compañeros al lugar del entierro y tienden una trampa: ellos desentierran el cadáver de Polinices y esperan escondidos a que aparezca nuevamente el autor del crimen para poder aprehenderlo. Es aquí cuando terminan atrapando a Antígona, ya que ella es quien entierra por segunda vez el cuerpo de su hermano. Ahora bien, está claro que hasta esta escena de la obra hubo dos entierros de Polinices y el segundo de ellos fue ejecutado por Antígona: por lo menos ella admite esto una vez que es llevada con Creonte para brindar las explicaciones necesarias. Sin embargo, nada se dice acerca de si la heroína realizó el primero de ellos. En toda la tragedia, jamás dice que ejecutó ambos actos, ni SÓFOCLES excluye la posibilidad de que el entierro haya sido obra de los dioses³⁷. Esta vaguedad

³⁷ Conf. SEGAL, *Tragedy and civilization*, p. 159 y 160.

permite suponer que los dioses no estaban tan conformes con el decreto establecido por Creonte. Las insinuaciones que había hecho el Corifeo sobre esta posibilidad cobran sentido y muestra su cuota de verdad. De hecho, cuando los guardias desentieran a Polinices la voluntad de los dioses se manifestó rápidamente y no de un modo agradable: un torbellino levantó una tormenta de polvo que destruyó todo el follaje de los árboles y cubrió el extenso cielo (v. 417-421); una verdadera “plaga divina” (θείαν νόσον, v. 421). Entonces, si bien no se puede afirmar que los dioses intervinieron en el primer entierro, creo que no hay ninguna duda sobre el juicio que emiten contra la conducta de los guardias y, en última instancia, contra la decisión de Creonte de dejar al muerto sin sepultura³⁸.

No es un aspecto menor, tampoco, que en esta misma oportunidad, si bien Creonte considera imposible que los dioses hayan sentido preocupación por el cuerpo de alguien que quiso devastar sus templos, las tierras y las leyes de Tebas, reconoce que algunos hombres de la ciudad no aceptan su decreto e inducen a otros con dinero a desobedecer su mandato (v. 282-294). El tirano, pues, percibe que su *kérygma* no cuenta con la fuerza obligatoria que él espera que tuviese. Esta inseguridad que invade la mente del tirano también muestra que el cargo que ostenta y, principalmente, las normas jurídicas que impone sobre las tierras que gobierna son puestos en duda por el pueblo. En un sentido jurídico esto se traduce en un cuestionamiento a la autoridad del gobernante. Pues bien, la noción de autoridad legítima implica que aquellos que la ejercen tienen el derecho de establecer normas jurídicas que deben ser obedecidas por los ciudadanos³⁹. Cuando se tiene autoridad legítima se debe tener

³⁸ En efecto, los dioses están detrás de todo esto: primero, para evitar que el cuerpo de Polinices sea devorado por aves y perros; segundo, ellos preparan el terreno para que reciba el entierro formal por parte de Antígona, más allá de que al final ella es atrapada antes de consumar el rito. Conf. ADAMS, *The Antigone of Sophocles*, p. 54.

³⁹ De acuerdo con ello, entre la autoridad política y la obligación política existe una correlación. Conf. PITKIN, *Obligation and consent II*, “The American Political Science Review”, vol. 60, nº 1, 1966, p. 39 y 40; RAPHAEL, *Problems of political philosophy*, p. 78; WOLFF, *In defense of anarchism*, p. 5; BERAN, *In defense of the consent theory of political obligation and authority*, “Ethics”, vol. 87, nº 3, 1977, p. 260; ANSCOMBE, *On the source of the authority of the State*, “Ratio”, vol. 20, nº 1, 1978, p. 1 a 28; RAZ, *Authority and consent*, “Virginia Law Review”, vol. 67, nº 1, 1981, p. 117, y *Authority and justification*, “Philosophy & Public Affairs”, vol. 14, nº 1, 1985, p. 6; FERNÁNDEZ GARCÍA, *La obediencia al derecho*, p. 57; KLOSKO, “Presumptive benefit, fairness, and political obligation”, en EDMUNDSON (ed.),

éxito en mantener la norma emitida y esta pretensión se encuentra justificada en la medida de que exista hacia ella un deber de obediencia⁴⁰. En el caso puntual de Creonte, en tanto es el único soberano de la pólis, su autoridad supone que tiene un derecho de exigir obediencia de los requerimientos que impone sobre sus súbditos. Sin embargo, cuando este derecho deja de ser reconocido por ellos, la autoridad del tirano empieza a derrumbarse y sus normas pierden fuerza obligatoria y eficacia. Esto es lo que le sucederá gradualmente al tirano: el cuestionamiento a la autoridad del *kérygma* se incrementará con el correr de los versos hasta que él deba renunciar por completo a su mandato. Su pretensión de legitimidad quedará, en definitiva, desvanecida y su autoridad no tendrá otro sustento que el miedo, la fuerza o la violencia. En efecto, en el agón que se produce entre Antígona y Creonte, la heroína expresa la falta de poder que tiene el tirano como para obtener obediencia sin necesidad de recurrir a la coacción. Su decisión es desaprobada por los miembros de la comunidad, quienes por miedo al castigo se mantienen en silencio. Más bien la sepultura de Polinices es el acto reconocido y aceptado por el cuerpo ciudadano, como expresa Antígona en los v. 502-507:

καίτοι πόθεν κλέος γ' ἂν εὐκλεέστερον
κατέσχον ἢ τὸν ἀντάδελφον ἐν τάφῳ
τιθεῖσα; τούτοις τοῦτο πᾶσιν ἀνδάνειν
λέγοιτ' ἂν, εἰ μὴ γλῶσσαν ἐγκλήοι φόβος.
ἀλλ' ἡ τυραννὶς πολλά τ' ἄλλ' εὐδαιμονεῖ
κάξεστιν αὐτῇ δρᾶνλέγειν θ' ἄ βούλεται.

[Sin embargo, ¿dónde hubiera conseguido, por cierto, una fama más gloriosa que colocando a [mi] hermano en una tumba? Podría decirse que esto les agrada a todos estos, si el miedo no les cerrara la boca. Pero la tiranía entre otros muchos privilegios puede hacer y decir lo que quiere.]

Si volvemos al inicio de la obra y comparamos este pasaje con los v. 58-64, advertimos que la situación cambió radicalmente. Antígona ya no está más sola, como cree Creonte; no es la “única” (μούννη, v. 508) entre los cadmeos que considera que actúa con justicia. En el fondo, el resto del pueblo también ve las cosas del mismo modo

The duty to obey the law, p. 222 y 223; FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, p. 261 a 281, y “Positivism and ‘authority’”, en FINNIS, *Philosophy of Law. Collected Essays*, vol. IV, p. 82 a 87; SIMMONS, “Political obligation and authority”, en SIMON (ed.), *The blackwell guide to social and political philosophy*, p.18 a 20.

⁴⁰ Conf. RAZ, *The morality of freedom*, p. 26.

que Antígona, solo que cierran la boca ante la presencia del tirano (v. 509), evidentemente por temor a seguir la misma suerte que la hija de Edipo.

La legitimidad del decreto de Creonte no tarda en cuestionarse por completo en el diálogo que mantiene con su propio hijo Hemón. Una vez que Creonte resuelve que ni siquiera las futuras bodas que su hijo iba a tener con Antígona constituyen una excepción a la aplicación de la sanción (v. 568-569), invoca como fundamento de esa “sentencia irrevocable” (τελείαν ψῆφον, v. 632) el poder absoluto que le provee su posición de mando. Según el tirano, este cargo supone el derecho de exigir una obediencia incondicionada de sus decisiones por parte de los ciudadanos (v. 663-667):

ὄστις δ' ὑπερβὰς ἢ νόμους βιάζεται,
ἢ τοῦπιτάσσειν τοῖς κρατύνουσιν νοεῖ,
οὐκ ἔστ' ἐπαίνου τοῦτον ἐξ ἐμοῦ τυχεῖν.
ἀλλ' ὄν πόλις στήσειε, τοῦδε χρὴ κλύειν
καὶ σμικρὰ καὶ δίκαια καὶ τὰναντία.

[En cambio, quien tras excederse o violenta las leyes o piensa dar órdenes al que gobierna, no es posible que ese obtenga elogio de mi parte. Sin embargo, al que la ciudad designa, es necesario obedecerlo en lo pequeño, en lo justo y en lo contrario.]

Sin embargo, Hemón, anticipando que Antígona va a morir a los ojos de la ciudad de manera indigna por realizar acciones “gloriosísimas” (εὐκλεεστάτων, v. 695), destaca que su fuerza, su poder y su autoridad no encuentran sustento en la voluntad y el consenso de los ciudadanos. En su discurso, pues, el hijo de Creonte hace oír simultáneamente la voz de la ciudad⁴¹. Todo el pueblo de Tebas –dice Hemón– afirma que Antígona ha actuado rectamente (v. 730-733) y desaprueban, de este modo, la norma del tirano. En virtud de ello, se podría especular que Creonte, al carecer de la aprobación de los cadmeos, modifica la forma de castigo de Antígona y decide que su muerte, en vez de ser por lapidación pública, sea por inanición. La heroína deberá morir oculta en una caverna donde la huella de los hombres esté ausente (v. 773-776)⁴².

⁴¹ Conf. REINHARDT, *Sófocles*, p. 99.

⁴² Antígona será enterrada viva con algo de alimento que servirá de expiación y evite el *miasma* (la polución religiosa) sobre la ciudad. Se creía que de este modo el condenado moría no por causa de la mano del hombre sino de manera natural.

§ 6. *CREONTE Y LAS ATRIBUCIONES QUE NO SON PROPIAS*

Una de las lecciones jurídicas que nos deja *Antígona* es que el *kérygma* del tirano no se puede identificar sin más con un verdadero *nómos*, ya que se trata de dos instrumentos jurídicos que presentan grandes diferencias tanto en lo formal como en lo sustancial. No pretendo ser exhaustivo en la distinción, sino señalar las que a mi entender resultan más relevantes de acuerdo con el problema iusfilosófico de la obra. En primer lugar, *kérygma* y *nómos* operan de distinto modo dentro la estructura social y política: uno es claramente vertical, impuesto por una autoridad superior que concentra todo el poder político de manera individual; el otro es horizontal y se instaura por medio de las prácticas sociales del grupo. En segundo lugar, como consecuencia de lo dicho anteriormente, se deduce que la fuente del *kérygma* es el tirano y su fundamento es el poder soberano; en cambio, la fuente del *nómos* es la comunidad y su fuerza legal descansa en tradición, la costumbre y los valores compartidos entre los miembros. En tercer lugar, el momento en que se da origen al *kérygma* es perfectamente identificable; el *nómos* es una creación consuetudinaria de modo que su origen no se puede identificar con una situación específica: de ahí que Antígona diga que las leyes que amparan su conducta “no son de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe desde cuándo aparecieron” (οὐ γάρ τι νῦν γε κἀχθές, ἀλλ’ αἰεί ποτε / ζῆ ταῦτα, κούδεις οἶδεν ἐξ ὅτου φάνη, v. 456-457). Finalmente, se puede decir, en relación con las características expuestas, que el *nómos* fue –usando la terminología de DWORKIN– uno de los grandes triunfos políticos del pueblo de Atenas. Con la instauración de la democracia, la ley no derivaba de la voluntad de un solo individuo, sino que era producto de la deliberación y el consenso ciudadano en el espacio cívico establecido a tales efectos: la Asamblea. Obviamente, en la tragedia, por estar situada en la edad heroica, no se nos muestra el *nómos* como producto de ese órgano. Sin embargo, en la medida en que la ley es producto de la tradición y la costumbre del pueblo, Antígona no deja de presentar al *nómos* situado en el centro de los ciudadanos: así la norma se localiza equidistante entre los integrantes de la comunidad. Todos ellos están en igual relación con la norma porque es el fruto de la práctica legislativa que la comunidad hace sobre sí misma, sin perjuicio de que esta sea de manera consuetudinaria. No solo los órganos cívicos son centro de producción de normas; la costumbre también es fuente de derecho y de mucha importancia en una comunidad como la griega. Sin em-

bargo, la distinción más importante en lo que atañe al texto de Antígona, es que el decreto de Creonte pretende regular un asunto humano que excede sus atribuciones. Se trata, entonces, de una cuestión de competencia. En efecto, cuando Creonte explica los motivos por los cuales emitió el *kérygma*, el Coro apoya la decisión del tirano y de un modo disparatado sostiene que él tiene el poder de valerse de “toda ley” (νόμῳ... παντί, v. 213) para legislar como quiera sobre los muertos y los vivos (v. 214). Sin embargo, en esa ocasión el Coro se muestra dubitativo. HARRIS advierte muy bien que cuando el Coro le dice a Creonte que él tiene el poder para administrar todas las leyes, se utiliza en el v. 213 el adverbio ποῦ⁴³ (“quizá”, “probablemente”), que expresa un sentido de incerteza en lo que dice el hablante y hasta guarda cierta ironía: “yo pienso”, “yo supongo”⁴⁴. De hecho, la ironía del Coro se termina de comprender en virtud del final que tiene la tragedia y las desgracias que sufre Creonte por tomarse atribuciones que no le corresponden. La decisión de enterrar a los muertos no está en manos del tirano. Él no puede establecer excepciones a la regla general que impone la norma divina, pues “el Hades, por cierto, requiere leyes iguales” (ὁμῶς ὁ γ’ Ἄιδης τοὺς νόμους ἴσους ποθεῖ, v. 519).

El ejercicio de un derecho del cual Creonte no es titular será denunciado finalmente por el adivino Tiresias, quien enfatizará el hecho de que legislar sobre los muertos es una cuestión que ni siquiera le compete a los dioses uránicos, sino que es competencia de “los dioses infernales” (τῶν κάτωθεν... θεῶν, v. 1070). Como consecuencia de la transgresión del orden social y cósmico causado por Creonte,

⁴³ En la mayoría de los manuscritos se lee ποῦ τ’. PLATT sugirió como variante τοῦτ’, que es la que acepta PEARSON y otros editores como LLOYD-JONES y WILSON. Sin embargo, ERFURDT propuso como opción ποῦ γ’, que es la enmienda aceptada por editores como GRIFFITH. A diferencia de la variante textual que sigue PEARSON, que es la edición utilizada en este trabajo, creo que en realidad la enmienda de ERFURDT es más adecuada, ya que, como destaca HARRIS, la palabra τοῦτ’ removería del pasaje el sentido de duda del Coro y además es superflua. Claro que esta interpretación no está exenta de problemas. Por ejemplo, en opinión de MÜLLER, la variante ποῦ γ’ no debe ser aceptada, ya que en griego solo γέ πού es posible. Conf. PLATT, *Sophoclea*, “The Classical Review”, vol. 13, nº 3, 1899, p. 147; PEARSON (ed.), *Sophoclis fabulæ*; LLOYD-JONES - WILSON, *Sophoclis fabulæ*, p. 122; ERFURDT (ed.), *Sophoclis tragædiæ*, vol. 1, p. 55; GRIFFITH (ed.), *Sophocles. Antigone*, p. 163; HARRIS, *Antigone the lawyer, or the ambiguities of Nomos*, p. 55; MÜLLER (ed.), *Sophokles. Antigone*, p. 68.

⁴⁴ Conf. HARRIS, *Antigone the lawyer, or the ambiguities of Nomos*, p. 42.

las Erinias estarán a su acecho para que sufra los mismos males (v. 1074-1076)⁴⁵.

Las desgracias que padece el pueblo cadmeo en virtud del comportamiento de Creonte confirman esta lectura. El *kérygma* del tirano es devastador para Tebas y trae consigo los mayores infortunios: al decidir que el cuerpo de Polinices quede sin sepultura y sea pasto de las aves de rapiña y de los perros, todos los altares públicos y privados están infectados, y los dioses no aceptan más súplicas en los sacrificios que se hacían con aquellos animales impuros por haber devorado carne de un cadáver (v. 1015-1022). Pero esto no es todo: las ciudades vecinas se han unido y formado una alianza de enemistad contra Creonte, ya que sus altares han recibido el hedor impuro que transportan los animales (v. 1080-1083). De hecho, cuando el Guardián narra cómo habían desenterrado el cadáver de Polinices para atrapar a quien lo volviera a enterrar, la voluntad de los dioses se había pronunciado contra semejante impiedad.

Al final de cuentas, Creonte no tendrá otra opción que sacar a Antígona de la morada subterránea y levantar un túmulo al difunto Polinices. Tendrá que aceptar, como dice con sus propias palabras, que lo mejor es cumplir con “las leyes establecidas” (τοὺς καθεστῶτας νόμους, v. 1113). Lamentablemente, es una decisión que adopta tarde, ya que no podrá evitar aun así el dolor que sufrirá por el suicidio de su hijo Hemón y de su esposa Eurídice. Pero no llega “demasiado tarde” porque los acontecimientos sucedieron repentinamente o con excesiva rapidez, sino porque su condición humana es excesivamente limitada⁴⁶. Las palabras que le dirige el Coro son elocuentes: “Ah, qué tarde parece que ves la justicia” (οἴμ’ ὡς ἕοικας ὀψὲ τὴν δίκην ἰδεῖν, v. 1270).

§ 7. *CONCLUSIONES*

Derecho, verdad y justicia son tres ejes temáticos centrales que se articulan en el entramado discursivo que nos ofrece Antígo-

⁴⁵ Las Erinias son invocadas como divinidades que, en su función de impartir justicia vindicativa, vienen a restituir un equilibrio que se ha roto. En este sentido, es muy interesante ver la conexión que guardan ellas con Díke. En el v. 451, Antígona se refiere a Díke como divinidad “que habita con los dioses de abajo” (ξύνοικος τῶν κάτω θεῶν). Esto resuena en HERÁCLITO, quien denominaba a las Erinias como “servidoras de Díke” (Δίκης ἐπικούροι, DK 22 B 94).

⁴⁶ Conf. REINHARDT, *Sófocles*, p. 106.

na. Sin embargo, la vinculación que presentan estos tópicos no es azarosa, sino que gira en torno a un foco de atracción común, y de carácter estrictamente jurídico, que origina todos los acontecimientos trágicos: la existencia de dos normas jurídicas en un mismo campo social que regulan de manera distinta un mismo asunto humano, es decir, el *nómos* que impone el deber de enterrar a los muertos y el *kérygma* del tirano Creonte que prohíbe celebrar ese ritual sobre el difunto Polinices. En el marco de este conflicto normativo, los personajes de la obra rivalizan argumentativamente entre sí para definir qué es derecho, qué requisitos y condiciones debe cumplir una norma jurídica para ser reconocida como tal por el cuerpo social. Si bien cada uno de ellos ofrece argumentos sumamente persuasivos y convincentes, Antígona será quien demuestre, al final de cuentas, que una norma socialmente válida, vinculante y legítima, debe tener sustento en la comunidad y el orden divino.

La toma de posición jurídica de Antígona, además de razonable, acentúa el valor que tenía el *nómos* como expresión de la voluntad popular. La protección que se le debía dar, frente a cualquier otro interés, especialmente frente a aquellos de carácter individual como los del tirano Creonte, es una de las principales lecciones que nos deja la lectura de la composición dramática. El *nómos* de Antígona no es la ley de un solo hombre, sino de muchos: es la norma que se produce a través de las prácticas sociales que se van solidificando en el tiempo y se van sedimentando en la tradición y la costumbre. Esto revela, pues, cómo la norma de Creonte es una orden improvisada que no respeta las condiciones y requisitos que las normas debían cumplir en el imaginario jurídico ateniense. Sin duda la audiencia era consciente de esto. *Antígona* destaca, en este sentido, la importancia que tenía el deber cívico de ejercer la resistencia contra la injusticia y la voluntad arbitraria del tirano, así como también la búsqueda implacable por preservar las instituciones básicas de la comunidad y mantener el imperio del *nómos*. La conducta de Antígona, por eso, será coronada con el triunfo en el campo público y obtendrá la simpatía del cuerpo ciudadano.

Pero ese reconocimiento que obtendrá Antígona cobrará pleno sentido con su propio sacrificio: un precio demasiado alto que deberá pagar la heroína para dejar a salvo las leyes firmes e inquebrantables de los dioses y por su lucha por la verdad, el derecho y la justicia.

BIBLIOGRAFÍA

ADAMS, S. M., *The Antigone of Sophocles*, "Phoenix", vol. 9, nº 2, 1955, p. 47 a 62.

- ALLEN, DANIELLE, "Greek tragedy and law", en GAGARIN, MICHAEL - COHEN, DAVID (eds.), *The Cambridge companion to ancient greek law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 374 a 393.
- ANSCOMBE, ELIZABETH M., *On the source of the authority of the State*, "Ratio", vol. 20, nº 1, 1978, p. 1 a 28.
- BEER, JOSH, *Sophocles and the tragedy of athenian democracy*, London, Praeger, 2004.
- BERAN, HARRY, *In defense of the consent theory of political obligation and authority*, "Ethics", vol. 87, nº 3, 1977, p. 260 a 271.
- BOWRA, CECIL M., *Sophoclean tragedy*, Oxford, Clarendon Press, 1944.
- BOYD, CATHERINE B., *The isolation of Antigone and Lady Macbeth*, "The Classical Journal", vol. 47, nº 5, 1952, p. 174 a 177.
- BURNS, TONY, *Sophocles' Antigone and the history of the concept of natural law*, "Political Studies", vol. 50, 2002, p. 545 a 557.
- CIURO CALDANI, MIGUEL Á., *Bases del pensamiento jurídico*, Rosario, Universidad Nacional de Rosario, 2012.
- *Notas para la comprensión iusfilosófica de "Antígona" de Sófocles*, "Revista del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social", vol. 2, 1984, p. 29 a 49.
- COX, CHERYL A., *Houshold interests. Property, marriage strategies, and family dynamics in ancient Athens*, Princeton, Princeton University Press, 1998.
- CROPP, MARTÍN, *Antigone's final speech (Sophocles, Antigone 891-928)*, "Greece & Rome", vol. 44, 1997, p. 137 a 160.
- DINDORF, WILHELM, *Sophoclis tragœdiæ, Leipzig*, B. G. Teubner, 1866.
- ERFURDT, CAR G. A. (ed.), *Sophoclis tragœdiæ*, vol. 1, Antígona, Leipzig, Ernst Fleischer, 1830.
- ERRANDONEA, IGNACIO, *Sófocles y su teatro*, Madrid, Escelicer, 1942.
- ETXABE, JULEN, *Antigone's nomos*, "Animus", vol. 13, 2009, p. 60 a 73.
- *The experience of tragic judgement*, Abingdon, Routledge, 2013.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, EUSEBIO, *La obediencia al derecho*, Madrid, Civitas, 1994.
- FINNIS, JOHN, *Ley natural y derechos naturales*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2000.
- "Positivism and 'authority'", en FINNIS, J., *Philosophy of Law. Collected Essays*, vol. 4, Oxford, University Press, 2011, p. 74 a 87.
- FOLEY, HELENE, "Antigone as moral agent", en SILK, M. S. (ed.), *Tragedy and the tragic. Greek theatre and beyond*, Oxford, University Press, 1998, p. 49 a 73.
- GARCÍA-HUIDOBRO, JOAQUÍN, *Antígona: el descubrimiento del límite*, "Persona y Derecho", nº 39, 1998, p. 85 a 108.
- GOLDHILL, SIMON, *Reading greek tragic*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986.
- GRIFFITH, MARK (ed.), *Sophocles. Antigone*, Cambridge, University of Cambridge Press, 1999.
- HARRIS, EDUARD M., "Antigone the lawyer, or the ambiguities of Nomos", en HARRIS, EDUARD M. - RUBINSTEN, LENE (eds.), *The law and the Courts in ancient Greece*, London, Duckworth, 1986, p. 19 a 56.
- HARRIS, EDUARD M., "Sophocles and athenian law", en ORMAND, KIRK (ed.), *A companion to Sophocles*, Oxford, Wiley-Blackwell, 2012, p. 287 a 300.
- HARRY, JOSEPH E., *Studies in Sophocles*, "University of Cincinnati Studies", vol. 7, nº 3, 1911, p. 20 a 25.

- HESTER, D. A., *Sophocles the unphilosophical. A study in the "Antigone"*, "Mnemosyne", vol. 24, nº 1, 1971, p. 11 a 59.
- HONIG, BONNIE, *Ismene's forced choice: Sacrifice and sorority in Sophocles' Antigone*, "Arethusa", vol. 44, nº 1, 2011, p. 29 a 68.
- HULTON, A. O., *The double burial of the Antigone*, "Mnemosyne", nº 16, 1963, p. 284 y 285.
- IHERING, RUDOLF VON, *La lucha por el derecho*, Bs. As., Heliasta, 1993.
- JACOB, AUGUST, *Sophocleae quaestiones*, vol. 1, Warsaw, Impensis Auctoris, 1821.
- JAEGER, WERNER, *Paideia: los ideales de la cultura griega*, México, FCE, 2010.
- JEBB, RICHARD C. (ed.), *Sophocles. The plays and fragments. Part III: The Antigone*, Amsterdam, Adolf M. Hakkert, 1962.
- KIRKPATRICK, JENNET, *The prudent dissident: Un heroic resistance in Sophocles' Antigone*, "The Review of Politics", vol. 73, nº 3, 2011, p. 401 a 424.
- KLOSKO, GEORGE, "Presumptive benefit, fairness, and political obligation", en EDMUNDSON, WILLIAM A. (ed.), *The duty to obey the law*, Lanham, Rowman & Littlefield, 1999, p. 193 a 212.
- KNAPP, CHARLES, *A point in the interpretation of the Antigone of Sophocles*, "The American Journal of Philology", vol. 37, nº 3, 1916, p. 300 a 315.
- KNOX, BERNARD M. W., *The heroic temper. Studies in Sophoclean tragedy*, Berkeley, University of California Press, 1964.
- LESKY, ALBIN, *Historia de la literatura griega*, Madrid, Gredos, 1989.
- LEVY, CHARLES S., *Antigone's motives: A suggested interpretation*, "Transactions and Proceedings of the American Philological Association", vol. 94, 1963, p. 137 a 144.
- LLOYD-JONES, HUGH, *The justice of Zeus*, Berkeley, University of California Press, 1971.
- LLOYD-JONES, HUGH - WILSON, NIGEL G., *Sophoclis fabulae*, Oxford, Clarendon Press, 1990.
- MAZON, PAUL(ed.), *Sophocle. Antigone*, Paris, Les Belles Lettres, 2013.
- MÜLLER, GERHARD(ed.), *Sophokles. Antigone*, Heidelberg, C. Winter, 1967.
- NORWOOD, GILBERT, *Greek tragedy*, London, Methuen, 1942.
- OBRIST, KATIA, *Y te llevaste en andas al ángel de los perdedores. El nómos de Antígona en su discurso final a partir del vocabulario legal en Antígona de Sófocles*, "Sociedades Precapitalistas", vol. 2, nº 1, 2012, p. 1 a 18.
- OSTWALD, MARTÍN, *From popular sovereignty to the sovereignty of law. Law, society and politics in fifth-century Athens*, Berkeley, University of California Press, 1986.
- *Nomos and the beginnings of athenian democracy*, Oxford, Oxford University Press, 1969.
- PAGE, DENYS L., *Actor's interpolations in greek tragedy*, Oxford, Oxford University Press, 1934.
- PARKER, ROBERT, *Miasma. Pollution and purification in early greek religion*, Oxford, Clarendon Press, 1996.
- PATTERSON, CYNTHIA B., *The place and practice of burial in Sophocles' Athens*, "Helios", vol. 33, 2006, p. 9 a 48.
- PEARSON, ALFRED C. (ed.), *Sophoclis fabulae*, Oxford, Clarendon Press, 1957.

- PINKLER, LEANDRO - VIGO, ALEJANDRO (tr.), *Sófocles. Antígona*, Buenos Aires, Biblos, 1994.
- PITKIN, HANNA, *Obligation and consent II*, "The American Political Science Review", vol. 60, nº 1, 1966, p. 39 a 52.
- PLATT, ARTHUR, *Sophoclea*, "The Classical Review", vol. 13, nº 3, 1899, p. 147 y 148.
- RAAFLAUB, KURT A., "Sophocles and political thought", en MARKANTONATOS, ANDREAS (ed.), *Brill's companion to Sophocles*, Leiden, Brill, 2012, p. 471 a 488.
- RAPHAEL, DAVID D., *Problems of political philosophy*, New York, Praeger Publishers Inc., 1970.
- RAZ, JOSEPH, *Authority and consent*, "Virginia Law Review", vol. 67, nº 1, 1981, p. 103 a 131.
— *Authority and justification*, "Philosophy & Public Affairs", vol. 14, nº 1, 1985, p. 3 a 29.
— *The morality of freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1986.
- REHM, RUSH, *Sophocles' Antigone and family values*, "Helios", vol. 33, 2006, p. 187 a 218.
- REINHARDT, KARL, *Sófocles*, Madrid, Gredos, 2010.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, FRANCISCO, *La democracia ateniense*, Madrid, Alianza, 1983.
- ROHDE, ERWIN, *Psyche. The cult of souls and the belief in immortality among the Greeks*, London, Kegan Paul, Trench & Trubner, 1925.
- ROUSE, W. H. D., *The two burials in Antigone*, "Classical Review", vol. 25, nº 2, 1911, p. 40 a 42.
- SANTAMARÍA, ANA L., *Implicaciones éticas de la Antígona de Sófocles. Una reflexión sobre el pensamiento trágico griego*, Madrid, Plaza y Valdés, 2009.
- SCABUZZO, SUSANA, *Tragedia y códigos legales: una nueva lectura de Antígona de Sófocles*, "Cuadernos de Filología Clásica. Estudios Griegos e Indoeuropeos", nº 9, 1999, p. 109 a 127.
- SEGAL, CHARLES, *Sophocles'praise of man and the conflicts of the Antigone*, "Arion: A Journal of Humanities and the Classics", vol. 3, nº 2, 1964, p. 46 a 66.
— *Tragedy and civilization. An interpretation of Sophocles*, Norman, University of Oklahoma Press, 1999.
- SIMMONS, JOHN, "Political obligation and authority", en SIMON, ROBERT L. (ed.), *The Blackwell-guide to social and political philosophy*, Massachusetts, Blackwell, 2002, p. 17 a 37.
- SOARES, LUCAS, *Anaximandro y la tragedia. La proyección de su filosofía en la Antígona de Sófocles*, Buenos Aires, Biblos, 2002.
- SOURVINOU-INWOOD, CHRISTIANE, *Assumptions and the creation of meaning: Reading Sophocles' Antigone*, "The Journal of Hellenic Studies", vol. 109, 1989, p. 134 a 148.
- THOMAS, ROSALIND, "Written in stone? Liberty, equality, orality and the codification of law", en FOXHALL, LIN-LEWIS, ANDREW D. E. (eds.), *Greek law in its political setting: Justifications not justice*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 9 a 31.
- WHITMAN, CEDRIC H., *Sophocles: A study of heroic humanism*, Cambridge, Harvard University Press, 1951.
- WINNINGTON-INGRAM, REGINALD P., *Sophocles: An interpretation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1980.
- WOLFF, ROBERT P., *In defense of anarchism*, Berkeley, University of California, 1998.

**DE NUEVO LA TENSIÓN
UNIVERSALISMO-MULTICULTURALIDAD.
EXAMEN DE UNA “TERCERA VÍA” A PROPÓSITO
DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL
LATINOAMERICANA EN MATERIA INDÍGENA**

RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS*

§ 1. ***INTRODUCCIÓN***

Uno de los desafíos más complejos que debe afrontar una teoría general de los derechos humanos lo constituye lo que podría caracterizarse como el test de universalidad. ¿Son estos válidos aquí y allá; ayer, hoy y mañana? ¿Existe un fondo común que compromete a toda persona en tanto que tal y de la que se infieren exigencias básicas que anclan en la “unidad de la especie humana”, como reflexiona TODOROV?¹. O, por el contrario, la multiculturalidad –y el pluralismo jurídico que de ella deriva– revela concepciones incompatibles, que torna inútil todo juicio de valor y, más aún, cualquier juicio de reproche sobre conductas que puedan catalogarse como intrínsecamente perversas o radicalmente encomiables. En ese contexto, ¿puede defenderse una teoría universal de los derechos humanos en el horizonte del multiculturalismo? En este papel me propongo responder de forma positiva a esta pregunta: propicio, en línea de principio, que la multiculturalidad no es incompatible con el universalismo, por lo que cabe, con buenas razones, defender una noción de los derechos humanos que reconozca las diversidades culturales y, que se enriquezca con ellas, de modo que termine por ofrecer una teoría mínimamente universal en punto al resguardo de ciertos bienes básicos de las per-

* Doctor en Derecho, Universidad de Navarra, España. Profesor titular de Teoría general y filosofía del derecho, Universidad de Buenos Aires. Correo electrónico: renatorabbibaldi@gmail.com.

¹ TODOROV, *Nosotros y los otros. Reflexión sobre la diversidad humana*, p. 437.

sonas a partir del dato de la multiculturalidad². Me valdré para ello del desarrollo teórico que proporciona la denominada “interculturalidad” y que, según estimo, halla un interesante banco de prueba en la incipiente jurisprudencia constitucional latinoamericana en punto a las relaciones de las comunidades indígenas entre sí y con respecto a las autoridades estatales y grupos y personas ajenos a dichas etnias.

La “interculturalidad” asoma como una propuesta superadora del par universalismo-multiculturalismo³. Como es sabido, el “universalismo” postula la existencia de ciertos bienes básicos al ser humano, lo que indica que se trata de títulos anejos a cada una de las personas; cognoscibles por todos y desde los que es posible formular un juicio laudatorio o de reproche respecto de una determinada conducta⁴. Esta tesis encuentra correlato en la legislación internacional (incluso en documentos, como el convenio 168 de la OIT, que procuran resguardar y desarrollar la diversidad cultural) y en el derecho constitucional comparado. Si bien su fortaleza estriba en plantear un escenario de máximo reconocimiento de los bienes básicos de la humanidad (tanto en una perspectiva de “moral densa” como de “moral tenue”, para seguir a WALZER⁵), su debilidad se halla en que da por supuesto lo que muchos controvierten y, acaso más relevante aún, en que ignora las particularidades culturales que constituyen una dimensión insoslayable del ser humano. Desde estos presupuestos, el salto hacia perspectivas liberales o “singularistas” (pienso en RAWLS) es tan corto como infecundo⁶. Y asimismo es corto y nada satis-

² Más referencias al respecto, pueden leerse en RABBI-BALDI CABANILLAS, *Universalismo vs. Multiculturalismo en la encrucijada contemporánea de los derechos humanos. Algunos ejemplos históricos y recientes de la jurisprudencia argentina*, Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Bs. As., 2013, vol. 40, p. 17 a 55.

³ He planteado este asunto por primera vez en RABBI-BALDI CABANILLAS, “Reflexiones desde la jurisprudencia sobre comunidades indígenas. De la tensión universalismo-multiculturalismo a la interculturalidad”, en DOUGLAS PRICE - DUQUELSKI (COORDS.), *Multiculturalismo, interculturalidad y derecho*, XXVII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, p. 55 a 78 (reproducido, con correcciones y actualizaciones en MARTÍNEZ MUÑOZ, *Multiculturalismo y derechos humanos*, p. 317 a 338).

⁴ Cfr., por todos, ALEXY, *¿Derechos humanos sin metafísica?*, “Ideas y Derecho”, n° 6, 2008, p. 14.

⁵ WALZER, *Moralidad en el ámbito local e internacional*, p. 35.

⁶ RAWLS, *The law of peoples with the idea of public reason revisited*, p. 554 y 555.

factorio el tránsito hacia perspectivas “etnocentristas” (postura que considera la cultura propia como la única válida, por lo que todas las demás deben adecuarse a ella), las que reconocen diversos ejemplos históricos y actuales en todas las geografías del orbe.

Este último aspecto plantea una radical diversidad cultural que torna estéril cualquier intento de consensuar mínimos compartidos y, menos, un juicio de valor sobre las conductas de que se trate, pues impera un escepticismo en materia cognoscitiva. Si bien se destaca en el ámbito penal, donde brega por evitar sanciones con sustento en la tesis del “error culturalmente condicionado”, ello no resuelve la justicia o injusticia de la conducta en cuestión. ¿Cabe entonces abstenerse de todo juicio?; es más, ¿corresponde fomentar dicha abstención de modo que los Estados asuman una suerte de “*laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même*” a toda cultura, cualquiera sea la índole de las conductas que estas desarrollen? TODOROV ha descrito con precisión las consecuencias de adoptar una respuesta del tipo que, en definitiva, remite a un horizonte relativista: “el relativismo consecuente renuncia a la unidad de la especie humana lo cual es un postulado aún más peligroso que el etnocentrismo ingenuo de algunos colonizadores. La ausencia de unidad permite la exclusión, la cual puede llevar al exterminio. Por añadidura, el relativista, incluso el moderado, no puede denunciar ninguna injusticia [...] por temor a que estas formen parte de una tradición cualquiera, distinta de la suya: ni la escisión, ni los sacrificios humanos, merecen ser reprobados; por lo tanto, se podría decir que los propios campos de concentración pertenecen, en un momento dado de la historia rusa o alemana, a la tradición nacional. La situación no es mucho mejor en el caso de esas formas particulares del relativismo que son el nacionalismo y el exotismo”⁷. De ahí que, afirma GARZÓN VALDÉS, “no es verdad que de la diferencia de las culturas pueda inferirse sin más su incomensurabilidad”, proposición que, de ser verdadera, en cuanto aquí interesa, conduciría a señalar que no resultará “posible afirmar la vigencia universal de los derechos humanos”⁸.

Parecería, entonces, que si un multiculturalismo así planteado no proporciona una respuesta satisfactoria para una teoría universal de los derechos humanos, el universalismo que se propicia no puede

⁷ TODOROV, *Nosotros y los otros. Reflexión sobre la diversidad humana*, p. 437.

⁸ GARZÓN VALDÉS, *Cinco confusiones acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural*, p. 12 y 15.

prescindir del papel que desempeña la historia en la peripecia humana y, por tanto, las circunstancias de tiempo y lugar que le son conaturales. Un esfuerzo por superar ambas tesis lo asume la denominada perspectiva “interculturalista”.

Con todo, cabe aquí efectuar una precisión. Bajo esta denominación no se propicia, como sucede con algunos autores (p.ej., FORNET-BETANCOURT o, más claramente, OCHOA GARCÍA⁹) un diálogo entre culturas que meramente se ciña a *describir* las obvias diferencias existentes sin emitir juicio valorativo respecto de estas. Si así fuera, nada se habría avanzado, pues un “interculturalismo” concebido de ese modo colapsa en el “multiculturalismo”. Por el contrario, el “interculturalismo” defendido en este texto y que encontraría sustento en la jurisprudencia a examinar, busca algo más: abandona la sola descripción para internarse en el difícil campo de lo *prescriptivo*, por cuanto asume que ninguna forma de vida puede pretenderse inmune a toda evaluación moral. Y al hacerlo se huye de un etnocentrismo simplista y, por tanto, arrogante, propiciando, por el contrario, y como escribe HABERMAS, una “colaboración recíproca”, pues “únicamente” sobre esa base “los derechos fundamentales pueden cumplir la promesa moral de respetar por igual la dignidad humana de cada persona”¹⁰.

Rescato esta idea de “colaboración recíproca” la que, en cuanto aquí interesa, traduzco como el desafío de integrar los particularismos históricos de todos los participantes, para trascenderlos en aquellos aspectos que concitan, como se mencionó recién, “la unidad de la especie humana”. Autores que asumen tan diversas filosofías como JOSEF RAZ o ROBERT P. GEORGE parecen compartir esta tesitura. El primero postula que las distintas culturas son “precondición y factor que da forma y contenido a la libertad individual” ya que “solo a través de su socialización en una cultura puede uno escoger las opciones que dan sentido a la vida”¹¹. El segundo expresa que “para la tradición del derecho natural, la obligación de una autoridad internacional de respetar la autonomía cultural y por lo tanto de permitir la diversidad cultural, está basada en el principio de subsidiariedad y en la

⁹ Cfr., por todos, GONZÁLEZ DE PRADA, *Pueblos indígenas: hacia la construcción de un derecho intercultural. El plurijuridismo*, LL, 2014-A-512.

¹⁰ HABERMAS, *El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos*, “Diánoia”, LV, 64, may. 2010, p. 9 (énfasis añadido).

¹¹ RAZ, “Multiculturalism: a liberal perspective”, en *Ethics in the public domain. Essays in the morality of law and politics*, p. 177.

diversidad de bienes comunes básicos y de los modos razonables en los que los individuos concretan esos bienes en sus vidas”¹².

En ese contexto, como se adelantó, la alternativa intercultural halla una plataforma de trabajo de la mayor relevancia en el estudio del derecho indígena en su relación con el derecho estatal en los países latinoamericanos. En estos, en efecto, se perciben fuertes tensiones en la relación entre las costumbres de las comunidades aborígenes y las normas escritas del sistema estatal, lo que está dando lugar a una rica jurisprudencia que, al tiempo que procura ir aportando soluciones de especie, puede permitir que, analizadas dichas decisiones en conjunto, surjan elementos de interés para una configuración de una teoría de los derechos humanos de validez general o universal. No se trata, como es obvio, de una empresa sencilla que, como se adelantó, se halla en pleno desarrollo. Sin embargo, compartiré en lo que sigue ciertas conclusiones que, acaso, pueden brindar alguna ayuda para esta compleja cuestión a partir del análisis de tres casos resueltos por la jurisprudencia constitucional procedente de Ecuador, Colombia y Argentina: se trata de tres casos que tienen que ver con el exigente desafío de una coexistencia posible entre comunidades indígenas y de estas con no indígenas.

§ 2. **RELEVANCIA PRÁCTICA DEL TEMA**

a) **DERECHO A LA VIDA Y A LA LIBERTAD Y ERROR DE PROHIBICIÓN ANTE EL DELITO DE HOMICIDIO Y DE SECUESTRO.** Corte Constitucional de Ecuador, caso 72-14-CN, 6/8/14.

1) En materia penal es conocido que la ausencia de comprensión de la ilicitud de una determinada conducta acarrea la exclusión de pena. Se trata, ciertamente, de un supuesto excepcional. Quienes lo prohíjan hacen referencia que resulta aplicable respecto de individuos pertenecientes a grupos que viven en estado de aislamiento total, hipótesis cada vez más difícil de hallar. Y aun en estos casos, la doctrina no lo admite, sin más, respecto de graves delitos, dando a entender que existiría un fondo común, en cuanto concierne a ciertos bienes básicos, que atraviesa sincrónica y diacrónicamente el decurso humano¹³.

¹² GEORGE, “Natural law and international order”, en *In defense of natural law*, p. 242.

¹³ Sobre este tópico, a partir de la autoridad, entre otros, de ZAFFARONI o GARCÍA VITOR, cfr. RABBI-BALDI CABANILLAS, “Reflexiones desde la jurisprudencia sobre co-

La jurisprudencia ecuatoriana ofrece un ejemplo de interés originado, en la que se examinará la cuestión prejudicial planteada por el juez de primera instancia ante la instrucción fiscal por el presunto delito de genocidio que habrían cometido miembros de la nacionalidad Waorani (pueblo indígena de reciente contacto), quienes a raíz del homicidio de dos ancianos de su comunidad a manos de los Tarmenane (pueblo indígena en aislamiento), “organizó una incursión a la selva con el propósito de buscar rastros” y “localizar a familias de pueblos aislados con el propósito de darles muerte”, procediendo a sustraer dos niñas de 3 y 6 años de edad y de “dar muerte a varios miembros de las familias en aislamiento” (Descripción de los hechos...). La consulta se basa en que la Corte determine si el artículo innumerado anterior al art. 441 del Cód. Penal (“quien con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso [...] ocasionare la muerte de sus miembros, será sancionado”) viola el art. 57 de la CE [“Se reconoce y garantizará a las comunas (...) indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos (...) internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos”, entre los que mencionó, a título ejemplificativo: “1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social”].

2) El planteo hace al núcleo del tema bajo examen: una consideración irrestricta de las culturas, en el sentido de que por el mero hecho de existir exige no solo su respeto sino, en rigor, el aliento de las estructuras estatales, conduciría a bloquear cualquier tipo de reproche respecto del caso de especie. Es más, en puridad, lo que las autoridades estatales deberían realizar es fortalecer tales conductas de modo que no desaparezcan. Se trataría, pues, de una peculiar forma de “paternalismo”, ya que, como se anticipó, el Estado es llamado a “intervenir” bien que en nombre de la “no intervención”. Se está, pues, ante la hipótesis del “aislamiento moral” que conduce a STEINER y ALSTON a expresar, críticamente, que “un Estado compuesto de regímenes de autonomía segregada se parecería más a un museo de antigüedades sociales y culturales que a un ideal de derechos humanos”¹⁴. Por el contrario, una consideración lineal del art. 57, en

munidades indígenas”, en DOUGLAS PRICE - DUQUELSKI (coords.), *Multiculturalismo, interculturalidad y derecho*, XXVII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, p. 55 a 78.

¹⁴ STEINER - ALSTON, *Ideals and counter-ideals in the Struggle over autonomy regimes for minorities*, “Notre Dame Law Review”, n° 66, p. 28.

tanto sujeta las tradiciones ancestrales a lo que prescribe la Constitución y los pactos internacionales tampoco resuelve satisfactoriamente el tema, pues podría revelar un etnocentrismo que prescinde de la consideración del otro y del horizonte comprensivo en que este actúa como punto de partida para lograr ese “ideal de derechos humanos” recién sugerido que está en la base del proyecto constitucional y, acaso también, en el de la comunidad Waorani, pues como expresa su defensor “los hechos que hoy se quieren juzgar desde la cosmovisión del mundo Waorani son hechos constitutivos para merecer una sanción, están establecidos en sus códigos de honor estas conductas como actos antijurídicos” (doctor JORGE ACARO).

¿Cómo razona la Corte? Para ella, si bien el art. 441 “es una norma penal imperativa, no puede ser aplicada fuera del contexto del principio de diversidad étnica y cultural que el caso concreto exige”, esto es, “desde una perspectiva intercultural [...] acercándose objetivamente a los rasgos y prácticas culturales de los respectivos grupos involucrados”, ya que la norma en cuestión “no presenta vicios de constitucionalidad”, por lo que de lo que se trata es de que “su aplicación al caso concreto [no] generaría una afectación a los derechos colectivos de pueblos ancestrales que desconocen el contexto de la norma por ser ajena a su cosmovisión ancestral dado el conflicto entre un pueblo en asilamiento Taramenane y un pueblo de reciente contacto Waorani” (II, 1, p. 19).

¿Cuáles son, entonces, esos principios de “diversidad étnica y cultural” convocados para discernir este aspecto? En otro precedente (sent. 008-09-SAN-CC) la Corte acudió a los de “continuidad histórica” de los pueblos en cuestión, los que “no obstante su colonización [...] están presentes con sus identidades diferenciadas del resto de las sociedades nacionales”; el de la “diversidad cultural” de esas comunidades respecto de otras; el de “interculturalidad”, el que alude a un “diálogo fundamentalmente epistémico” en el que “los pueblos indígenas [no] sean los convidados de piedra”, máxime “al existir posiciones hegemónicas” de modo que los “pueblos hacen uso de diversas formas de producir [...] conocimiento para relacionarse entre sí, con la naturaleza” y el de la “interpretación intercultural”, el que entraña “una nueva forma de interpretar las situaciones y las realidades nacionales” a partir del “enfoque sustentado en la diversidad cultural”.

Ahora bien, en ese horizonte hermenéutico, el tribunal plantea reglas de interpretación que se acomodan a un esquema jerárquico de

las fuentes del derecho, para lo cual sigue a la Corte Constitucional de Colombia. Dicho esquema expresa: “1. A mayor conservación de usos y costumbres mayor autonomía”, bien que “2. Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares”. Es más: “3. Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural” y “4. Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas”.

3) De lo expuesto emanan interesantes lugares de trabajo para nuestro tema. Deseo remarcar ahora dos aspectos. El primero tiene que ver con el “diálogo epistémico”, el que surge como oposición a las “posiciones hegemónicas” que, si bien se miran exhiben procedencias diversas: no solo se originan, respecto de las comunidades indígenas, por parte de los Estados nacionales, sino, también, entre los grupos originarios (como sucede en este caso y en el próximo) o desde estos hacia personas procedentes de culturas no indígenas (como se verá en el último ejemplo de este papel). En efecto, el abuso de la fuerza no es un dato ajeno, pero tampoco lo es el esfuerzo de la Razón por “domesticarla”, para apropiarme de una expresión de Saint Exupéry que me recuerda, a su vez, al famoso diálogo de Sócrates con Calicles en el *Gorgias* platónico¹⁵. El segundo, que la presentación de las fuentes del derecho ubica a los derechos constitucionales en la cúspide jerárquica, constituyendo un “mínimo obligatorio de convivencia”.

Obsérvese ahora este último aspecto, bien que ello no entraña abandonar el primero: ¿no significa esa jerarquización asumir un planteamiento hegemónico?, ¿no supone dar por sentado lo que, precisamente, debe desentrañarse, a saber, un mínimo no negociable concerniente a los bienes primarios de todo ser humano? La prevención planteada parece salvada con el párrafo siguiente: “corresponderá al juez de la causa, a través de peritajes antropológicos, sociológicos y todos los elementos de convicción necesarios, determinar en qué medida los presuntos infractores desconocían el contexto de la norma que contiene el delito cuya responsabilidad se les imputa así como si dentro de su cultura se evidencian estas prácticas como actos

¹⁵ Cfr., en relación con esto último, RABBI-BALDI CABANILLAS, *Teoría del derecho*, p. 149 a 152.

propios de su cultura, o si por el contrario son ajenas a la misma y por lo tanto objeto del derecho penal”.

El *dictum* introduce dos consideraciones de relevancia. La primera es metodológica, cuestión sobre la que tanto se insiste en este papel. Es posible que la comunidad Waorani asuma como propio el mínimo obligatorio de convivencia estructurado en torno de los derechos fundamentales constitucionales, tal y como estatuyen las leyes supremas comparadas; los pactos internacionales y la jurisprudencia dictada en su consecuencia. Pero a ello se *llega* al cabo de un laborioso camino que incluye, como bien pide la Corte, el concurso de antropólogos y sociólogos, rasero que permite otra mirada –más amplia– del caso. No es un punto del que se parte, sino al que se arriba. Sobre tales bases, si fuera cierto lo indicado por el defensor de esa comunidad, en el sentido de que esta asume como reprochable la conducta en cuestión (puesto que forma parte de su “código de honor”), la existencia de un núcleo de principios comunes a todo ser humano con prescindencia de sus accidentes estaría garantizada, cuanto menos en lo que concierne al derecho a la vida de quienes fueron privados de ella y a la libertad de los menores raptados. El franco encuentro intercultural propiciado por el tribunal habría entonces rendido frutos provechosos. Por el contrario, si no fuera verdadero lo indicado por la defensa, entonces el valladar de la incomprensión de la conducta reprochada liberaría de sanción a quienes incurrieron en los actos referidos. Con todo, como lo he señalado en el trabajo citado en la nota 3, ello no resuelve la cuestión en torno de la injusticia o justicia intrínseca del acto en cuestión, que es lo determinante. Empero, aun en esta última hipótesis, no es poco lo que se ha avanzado: el encuentro intercultural es una metodología virtuosa pues huye deliberadamente del bloqueo en el que incurren tanto la perspectiva multicultural cuanto una versión reductiva de lo universal.

La segunda es lo que resta de ese tránsito. Dicho esfuerzo implica que el grado de conocimiento intersubjetivo es muy superior al de inicio y que, en consecuencia, el parejo respeto por el otro ha aumentado significativamente. Desde allí, el salto a la afirmación del reconocimiento del *neminem lædere* grabada a fuego desde la Roma estoica en adelante no parece tan lejana en el supuesto de que la incomprensión de las conductas bajo examen fueran ciertas (lo que, como se dijo, no parece que lo sean). Como se ve, más allá de algunas inconsistencias o reproches, la jurisprudencia glosada parece en-

caminarsse mediante una interculturalidad no meramente descriptiva o constatativa, sino dispuesta a penetrar en el corazón antropológico del otro, hacia una universalidad de la que quepan extraer conductas mejor o peor configuradas para una coexistencia social pacífica.

b) *LA PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN Y LA PROHIBICIÓN DEL DESTIERRO Y DE CONFISCAR BIENES ANTE CONDENAS QUE TRASPASAN EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL.* Corte Constitucional de Colombia, Sentencia 254/94, sent. 30/5/94.

1) En esta causa se revisa la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Tolima, confirmatoria de la decisión del Cabildo Indígena de El Tambo, el cual, según surge de las constancias de la causa, reunido en asamblea y luego de diversas amonestaciones previas, había expulsado de la comunidad al recurrente y a su familia, a raíz del hurto de cultivos, animales y productos agrícolas en los que aquél habría incurrido (cfr. sentencia, consids. 1 y 12). A juicio de este último, la decisión vulnera diversas normas constitucionales.

Como primera medida, la Corte precisa los criterios que guiarán su decisión. Así, reconoce que la Constitución Política de Colombia ha creado una jurisdicción indígena (art. 246) bien que tanto esta como las funciones de autogobierno encomendadas a los consejos de esa naturaleza (art. 330) “deben ejercerse [...] según sus usos y costumbres pero respetando las leyes imperativas sobre la materia que protejan valores constitucionales superiores” (consids. 7.3 y 7), precisando, a ese respecto, las reglas de interpretación que se han mencionado en la citada causa de la Corte Constitucional ecuatoriana 0072-14-CN (cfr. consids. 7.1, 7.2, 7.3 y 7.4) a la luz de las cuales deben resolverse “las diferencias conceptuales y los conflictos valorativos que puedan presentarse en la aplicación práctica de” estos “ordenes jurídicos diversos” (consid. 7). De ello se concluye que la Corte sujeta los procedimientos indígenas a que no sean contrarios a la Constitución.

Se postula, entonces, en el contexto de una reconocida multiculturalidad, un universalismo de base representado por los “derechos fundamentales”, los que “constituyen un límite material al principio de diversidad étnica y cultural y a los códigos de valores propios de las diversas comunidades indígenas que habitan el territorio nacional” (consid. 7.2), cuyos usos y costumbres, en consecuencia, “deben ser, *en principio*, respetados” (consid. 7.1, énfasis añadido). El matiz “en principio” es indicativo de la perspectiva filosófica que late en el pronunciamiento, el que se refuerza con la cita de AGNES HELLER

y de NORBERTO BOBBIO. La primera rechaza un “relativismo ético extremo”, acogiendo el “respeto de la especificidad cultural salvo los casos en que esta encubra un inaceptable doble código de valores y una situación de fuerza o coacción susceptible de afectar la vida, la integridad o la libertad de la persona”. Desde esta lógica, el segundo considera a las cartas internacionales de derechos humanos como “la más grande prueba histórica que jamás se haya dado del *consensus-ominiumgentium* sobre un determinado sistema de valores” (consid. 10).

Se advierte, pues, que la sentencia fija ese “consenso entre todos los hombres” en el resguardo de los derechos más básicos o primarios de las personas y en la exclusión de la violencia, pues de lo contrario, resultaría imposible no ya un esquema de descubrimientos recíprocos (que denomino “situación de no diálogo”), sino ni siquiera el dato mismo de la coexistencia (que menciono como “situación de supresión del otro”). Es entonces sobre tales bases que el Tribunal examina si la decisión comunitaria cercenó los derechos constitucionales invocados por la recurrente.

2) Así, en lo relativo al agravio suscitado por su expulsión de la comunidad, considera que “no vulneró la prohibición del destierro” pues esta “solo se refiere a la expulsión del territorio del Estado y no a la exclusión de las comunidades indígenas que habitan un espacio de dicho territorio” (consid. 12). Sin embargo, no corren idéntica suerte adversa los agravios relativos a la confiscación y a la proporcionalidad de la sanción. Comenzaré por este último.

Para el Tribunal “la pena impuesta [...] involucró la expulsión de este y de su familia [...] colocando a” estos últimos “en una situación económica y social de desventaja por sus circunstancias especiales. De esta forma, la pena trascendió a la persona del infractor [...] evidenciándose como desproporcionada y contraria a los tratados internacionales sobre derechos humanos”, que descartan expresamente esa trascendencia. La Corte no se ciñe, empero, al simple recurso normativo: “para ellos, la expulsión acarrea la completa ruptura de su entorno cultural y la extinción de su filiación antropológica; de otro lado, la [...] forzosa inserción en un marco cultural diferente, supone *la* alteración radical de su modo de vida y la necesidad de interactuar en condiciones de inferioridad”. Asimismo, la negativa del cabildo “a aceptar asignar la parcela que trabajaba [...] a su hijo mayor [...] priva irracionalmente a sus hijos de la única fuente de subsistencia” (consid. 15, énfasis añadido), además de que añade en el mismo conside-

rando “desde el punto de vista de la comunidad indígena, la pérdida de miembros, vista su condición minoritarias, no contribuye a su objetiva conservación”.

En cuanto a la confiscación, la que es definida como “la apropiación, a título de pena, por parte del Estado [...] de los bienes de una persona sin el pago de una contraprestación”, el constituyente la ha descartado expresamente porque “impondría un doble castigo para el delincuente, extensivo a los herederos”, pues todos se “verían expuestos a una situación de indigencia y absoluto despojo”. Para el Tribunal, no cambia las cosas el carácter colectivo de la propiedad indígena, pues “el régimen punitivo no puede contener sanciones que aparezcan consecuencias tan extremas para el sujeto y su familia próxima, como las que provendrían de la pérdida absoluta de sus posibilidades de subsistencia” (consid. 13).

Sobre tales bases, la Corte casa la decisión de la anterior instancia y ordena el dictado de otra “con estricta sujeción a las normas constitucionales del debido proceso, en particular cuidando de no vulnerar los derechos fundamentales de terceros ajenos a los hechos objeto de juzgamiento”, concretamente, “la *integridad física* de sus hijos” (consid. 17).

3) Las expresiones enfatizadas remiten, sin mayor esfuerzo argumentativo, al reconocimiento de ciertas exigencias básicas que atraviesan al ser humano en cualquier circunstancia histórica: la injusticia que entraña la extensión de una pena a quien no la cometió; la no indemnización por las mejoras introducidas en un bien comunitario; la privación de medios de subsistencia a quienes son ajenos a la causa y, por tanto, la afectación de su integridad física o la negativa, acorde con usos o costumbres propios, de transferir en cabeza de un heredero no incurso en delito alguno el cuidado de la parcela asignada a una familia, parecen constituir conductas que afectan, radicalmente, a toda persona, aun cuando algunas de estas participen de grupos sociales en los que lo comunitario exhibe una relevancia superior a la de otros grupos. Desde esa lógica, la sentencia que, como se vio, había asumido un universalismo de base, con buenas razones, justifica su punto de partida respecto de los bienes fundamentales que menciona para todo ser humano, más allá de su condición o función.

Con todo, no sucede lo mismo al convalidar la expulsión so pretexto de que el destierro alude al extrañamiento del territorio nacional y no del comunitario, lo que no pasa de ser una exégesis me-

ramente normativa-fenomenica que no penetra en el corazón del problema, el que, sin embargo, es expresamente abordado por la Corte cuando refiere que “bajo una *perspectiva antropológica*, la pena de destierro comprende la sanción de extrañamiento de un miembro de la colectividad que conlleva la *pérdida de su identidad cultural* y la separación física del resto de la comunidad” (consid. 12). En todo caso, que “esta práctica de condenar al ostracismo al infractor de las normas internas de la comunidad” sea “frecuente en las organizaciones sociales en las que la defensa de la colectividad prevalece sobre los derechos individuales” ni justifica la expulsión de toda la familia (pues surge de las constancias de la causa que las amonestaciones previas a la expulsión habían sido dirigidas al causante y no a su familia), ni autoriza la expulsión del imputado sin el cumplimiento de mínimos reconocimientos (v.gr., la indemnización por lo trabajado, en tanto, surge del expediente, que dicho reconocimiento también forma parte de las prácticas comunitarias).

Más allá de esta última observación, juzgo que la resolución comentada se inscribe en la metodología y fundamentación que se viene prohijando: suscribe una interculturalidad (por lo demás, expresamente señalada por su Constitución), esto es, la necesidad de un diálogo franco entre culturas diversas que anima, además de una dimensión descriptiva, una prescriptiva a partir de puntualizar ciertas exigencias básicas a cualquier ser humano que la situación de especie desconoce y cuyo desconocimiento –y esto es lo decisivo– no es producto de una imposición extraña a la comunidad, sino que, según las constancias del caso, surge que también esta última las asume como propias. De esta manera, el planteamiento reviste especial interés pues denota la propuesta de animar una convivencia quebrada al interior de las comunidades indígenas a partir del reconocimiento de ese mínimo ético-jurídico difícil de no encontrar en toda práctica social.

c) *EL DERECHO A TRABAJAR, A PERMANECER EN EL TERRITORIO Y A LA IGUALDAD, ANTE ACTOS DISCRIMINATORIOS*. Cámara Federal de Apelaciones de Salta, Argentina, caso “Prado”, 12/10/10.

1) En esta causa se plantea el desafío de la intercomunicación no ya *ad intra* de una comunidad indígena, sino entre integrantes de esta y quienes no pertenecen a ella. El Tribunal conoce del recurso planteado por un miembro de la comunidad Kolla con asiento en Iruya, provincia de Salta, que había sido procesado por el delito de alentar a la persecución y el odio contra personas de origen no indígena, a las que conminó a que abandonen dicho pueblo, en el que

trabajaban como guía turístico y en un hotel pues, caso contrario, “se-
rían echados de cualquier manera”. Asimismo, de las constancias
de causa surgió que el encartado alienta a los estudiantes del lugar
a que “no se junten con los foráneos” y que fuera del ejido local la
comunidad indígena ejerce “facultades de jurisdicción exclusivas en
temas jurídicos [...] y administrativos” (consid. IX).

De lo expuesto, surge con claridad que el imputado invocó una
jurisdicción que, contrariamente a lo que sucede en Ecuador y Co-
lombia, no está legalmente prevista en la Argentina. Sin embargo,
más allá de ese dato –que bien podría alterarse a través de una refor-
ma legal–, lo determinante aquí es la conducta que late detrás de esa
invocación: es que aún poseyendo una jurisdicción del estilo, pocos
réditos cabrá extraer de un planteamiento que se estructura a partir
de la lisa y llana exclusión del “otro”.

A juicio del tribunal de alzada, que confirmó lo resuelto en la an-
terior instancia¹⁶, decisión que se halla firme¹⁷, la conducta y los do-
cumentos citados confrontan con los derechos constitucionales de
“entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino”; “traba-
jar y ejercer una industria lícita” y a la “igualdad”, y se arrogan fa-
cultades administrativas y judiciales a la comunidad indígena que el
actor dice que representar, de conformidad con nuestra arquitectura
constitucional, son del resorte de las autoridades municipales, provin-
ciales y nacionales. A su vez, con sustento en el Preámbulo de la
Constitución nacional que invita a “todos los hombres del mundo que
quieran habitar el suelo argentino”; en otros documentos internacio-
nales (constitucionales e infraconstitucionales) y en la inveterada ju-
risprudencia del alto tribunal, consideró que los derechos reconocidos
en aquella lo son “para todos los hombres, más allá de su raza, reli-
gión, sexo o cualquier otro accidente o condición”, por lo que confir-
mó el procesamiento al considerar que la conducta reprochada resul-
ta “potencialmente hábil para alentar la persecución o el odio contra
[...] personas residentes en Iruya pero no nacidas en esa localidad y
que no pertenecen a las etnias indígenas ni practican su pertinente
'cosmovisión' [...] y aún contra aquellas que, oriundas del lugar, se re-
lacionan con aquellos” (consid. XI, párr. 15).

Como se aprecia de lo expuesto, y al igual que lo visto en el an-
terior precedente, respecto, en especial, de terceros ajenos al deli-

¹⁶ CFed Salta, *in re*, 12/10/10 “Prado, S. y otros”.

¹⁷ CFedCasPen, *in re*, 29/3/12, Sala IV, causa 13.354.

to reprochado, la conducta del encartado incurre en la negación del “otro”, del que, por ende, estaría justificado prescindir de “cualquier manera”. Como expresa el tribunal, dicha afirmación implica “considerar a la persona como un mero objeto (y no como un sujeto); como una cosa susceptible de [...] eliminación o, para decirlo kantianamente, como ‘algo que pueda usarse como simple medio’, lo que choca no solo con las cláusulas recién citadas a título de ejemplo [...] sino, en definitiva, con el espíritu que dio vida al texto supremo y que conduce a que las personas sean consideradas ‘en todas las acciones como fin en sí’” (consid. X, párr. 5º). De ahí que, con cita de un precedente del alto tribunal, recuerda que “un fin que necesariamente debe alcanzar el Estado es [...] desalentar [...] el desarrollo de prácticas que promuevan el odio racial o religioso, y la *sujeción o eliminación de personas por el hecho de pertenecer a un grupo definido por alguna de las características mencionadas*”; este deber, añade la Corte Suprema, posee “indiscutible validez moral” (consid. X, párr. 4º, el énfasis se ha añadido) validez que, si bien se mira, es la causa que dispara la posterior recepción legislativa (nacional e internacional) de normas que consagran dicho temperamento.

2) La cámara salteña desnuda, pues, un “etnocentrismo”, en el caso de origen indígena, pero de comunes consecuencias a toda postura semejante, en tanto expropia al “otro” con sustento en la exacerbación de un particular punto de vista, lo que torna inviable toda apertura hacia una mínima base de entendimiento recíproco. ALEXY lo ha expuesto de manera persuasiva cuando reflexiona que quien jamás puede entrar en una situación de diálogo y de fundamentación “no participa en aquello que uno puede llamar ‘la forma de vida más universal de la persona’”, la cual “afirma que todas las formas humanas de vida contienen necesariamente universales teórico-argumentativos que pueden ser expresados a través de las reglas del discurso. Puede suceder que [...] estos universales tengan muy poca vigencia en la realidad. Pero solo desaparecerán totalmente si los miembros de una forma de vida pierden completa y definitivamente su capacidad de formular la pregunta: ‘¿por qué?’ [...] En esta medida, la teoría del discurso rastrea los potenciales de la razón existentes en la realidad humana. En este sentido es, para usar una formulación de Höffe, ‘un esclarecimiento de la existencia de la persona’”¹⁸.

¹⁸ ALEXY, “Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica”, en *El concepto y la validez del derecho*, p. 147.

Existiría, pues, un universalismo de base que interpela a la apertura encuentro del uno con el otro al menos, y para decirlo hermenéuticamente, desde la estructura lógica de la pregunta¹⁹. El camino es semejante tanto en el precedente colombiano como en el argentino: este universalismo constituye no un punto de llegada, sino de partida. ¿Partida hacia dónde? Hacia el referido encuentro con el “otro”, en aras de reconocerse con las diferencias de que dan cuenta geografías y tiempos históricos, pero que, no obstante, discernen lazos de exigencias compartidas. Es, pues, el turno de la interculturalidad no meramente constatativa, sino exploratoria o indagativa (para apropiarme libremente de la expresión “pensamiento indagativo” –*fragendesdenken*– de PETER HÄBERLE²⁰) en los pliegues recónditos del ser humano. El art. 75, inc. 17, de la Const. argentina, reformado en 1994, colabora en esa perspectiva.

3) Por de pronto, se hace cargo de la “preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos”, luego de lo cual, “garantiza el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural”, y reconoce la “propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan”. Lo primero es una importante asunción de un dato de la realidad. Las restantes tres proposiciones son hondas en implicancias.

La primera de ellas (“respeto a la identidad”) entraña el resguardo de lo que se ha llamado la originaria “soberanía espiritual”²¹ de personas y pueblos, hoy trágicamente desvirtuada por doquier. Si en verdad el “otro” cuenta, no cabe sino tomarlo en serio, es decir, asumir su “otredad” como dimensión intocable ante lo que, nuevamente con KANT, no se impone otra conducta que la que dimana de la palabra “respeto”²². Ahora bien, como se ha adelantado ya, de ello no se sigue que las culturas sean inconmensurables ni que, en consecuencia, quepa colapsar en un derecho “alternativo” en el que todo diálogo está vedado por inservible.

De eso da cuenta la segunda proposición (“educación bilingüe e intercultural”), que se erige en la perspectiva necesaria y comple-

¹⁹ GADAMER, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, t. I, p. 369.

²⁰ HÄBERLE, “Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken”, en *Die Verfassung des Pluralismus*, p. 3.

²¹ JUAN PABLO II, *Discurso a la Quincuagésima Asamblea General de las Naciones Unidas*, 5/10/95”, “L'Osservatore Romano”, n° 41, p. 7 a 9.

²² KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, p. 94.

mentaria de la anterior, pues está suponiendo que aquella identidad no es ni la única existente, ni se halla aislada de otras en el mundo globalizado en el que hoy se habita ni, menos aún, es pretendidamente superior a otras. Una educación del estilo (en rigor, lo educacional es un ejemplo, pues se trata de un curso de acción que cabe extender a todos los órdenes de la vida) entraña que se han puesto en práctica, como pedía ALEXEY, algunas de esas formas universales de vida desplegadas mediante las reglas del discurso. Se está ya en una perspectiva diversa en tanto, reflexiona TODOROV, “los rasgos universales provienen, no del mundo empírico, objeto de observación, sino del avance mismo del espíritu humano”²³, esto es, de lo que HERVADA denomina el “tipo humano resultante de la evolución histórica, mediante el proceso cultural y civilizador”²⁴. La apertura al “otro” supone entonces un camino que conduce no solo a la capital pregunta del “por qué”, sino que, desde ella, ahora heideggerianamente, puesto que coexistimos (*mitsein*) se infiere una preocupación por el otro (*für Sorge*)²⁵.

En ese horizonte se inscribe la tercera proposición en tanto esa clase de propiedad comunitaria viene a añadirse (no a suplantar) a la propiedad individual regulada históricamente en la Constitución. Se trata de otro modo de vincularse las personas con las cosas a partir de usos inveterados que, como escribe WALZER, se hallan “culturalmente integrados” y son “completamente significativos”²⁶ para cada tradición.

En este horizonte, el “encuentro” de culturas, sin renunciar a una “moral crítica”, como alude GARZÓN VALDÉS²⁷, permite un ascenso en el tipo humano que, llevado al ámbito jurídico, enlaza con el conocido criterio jurisprudencial de la “armonización” (también llamado de la “concordancia práctica”) de los derechos constitucionales a partir del resguardo de sus “contenidos esenciales”²⁸. El tribunal lo

²³ TODOROV, *Nosotros y los otros. Reflexión sobre la diversidad humana*, p. 31.

²⁴ HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*, p. 103.

²⁵ Cfr., a partir del autor de *Sein und Zeit*, las sugerentes consideraciones de BALLESTEROS, *Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica*, p. 125 y 126.

²⁶ WALZER, *Moralidad en el ámbito local e internacional*, p. 37.

²⁷ GARZÓN VALDÉS, *Cinco confusiones acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural*, nota 9, p. 17.

²⁸ Cfr., por todos con referencias doctrinales y jurisprudenciales, RABBI-BALDI CABANILLAS, *Teoría del derecho*, nota 15, p. 329 a 333.

emplea cuando, de un lado, reivindica aspectos de las notas indígenas objeto de análisis que reclaman, por ejemplo, la no interferencia en su “cosmovisión indígena”; el cuidado de sus lugares sagrados; el resguardo de su pudor”; más, de otro, rechaza las amenazas de expulsión de los visitantes “estacionados temporalmente” en el lugar (conf. consid. XII, 6° párr. y IX, b, 3° párr.). De ahí que, concluye, el reconocimiento de los usos y costumbres indígenas “no entrañan –ni puede así ser considerado– la preterición de los derechos de terceros o de otros grupos (lo que se halla expresamente vedado por el art. 19 de la ley suprema)”, sino que, por el contrario, todos estos grupos, en tanto “se apoyan en una base común: la dignidad del ser humano [...] se sitúan en la línea del perfeccionamiento de los ideales constitucionales antes descritos...”, en tanto “las diversas culturas [...] lejos de dividir y empobrecer a la humanidad, la enriquecen con el aporte de sus diversas perspectivas” (consid. XII, párrs. 4° y 5°). Y concluye que esta solución es coherente con lo dispuesto por los documentos internacionales, tal el frecuentemente invocado convenio 169 de la OIT sobre “pueblos indígenas y tribales en países independientes” (1989) o el texto de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena, organizada por la ONU (1993). El primero es categórico cuando expresa que si bien dichos pueblos tienen “el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias”, ello solo es posible “siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos” (art. 8.2). El segundo, de modo análogo, dispone que “debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos”, sin que ello implique ignorar que “todos los derechos humanos son universales, indivisibles e independientes y están relacionados entre sí” (art. 5°) (consid. cit., párr. 6°).

El pronunciamiento evade, pues, la tensa dialéctica “universalismo-multiculturalismo”: su respuesta transita la vía de la interculturalidad indagativa apostando, de la mano de la filosofía jurídica constitucional a la posibilidad del demorado “reencuentro” entre quienes siempre estuvieron y quienes se fueron integrando con posterioridad.

§ 3. **CONCLUSIONES**

Las páginas precedentes dan cuenta de la trabajosa búsqueda en torno de un fundamento común para el respeto universal de cier-

tos bienes fundamentales del ser humano. El campo de estudio ha sido la jurisprudencia constitucional latinoamericana, cuyas respuestas proporcionan estimulantes elementos de reflexión que se sitúan, si cabe la expresión, en una interculturalidad “ascendente”. Es que si algún universalismo resulta posible, este no puede realizarse al margen de la historicidad de las personas y las comunidades. Y si esa dimensión histórica alguna enseñanza ofrece, ella consiste en que su recorrido aspira a arribar al núcleo duro donde, en verdad, si dirime el sentido mismo de la existencia humana. Como explica WALZER, “cualquiera sea el origen de la idea de justicia, o cualquiera sean los argumentos en que se basa una u otra sociedad, quienes hablan de justicia terminarán encontrándose en un terreno común y concentrándose en puntos similares, tales como la tiranía política o la opresión a los pobres”²⁹.

El camino de la interculturalidad así entendido, puede ofrecer resultados más alentadores para una teoría de los derechos humanos que pretenda dar respuesta a los graves desafíos de la sociedad multicultural contemporánea. Por de pronto, permitiría despejar ciertos malentendidos semánticos. Así, que esa urdimbre de contenidos que desde la modernidad se conocen como derechos humanos se hayan tematizado de modo prevalente en Occidente, ni los hace “occidentales” (como se le reprocha, negativamente, fuera de ese ámbito geográfico-cultural o como lo asumen, positivamente, algunos –v.gr., el liberalismo–); ni tampoco los abstrae de la realidad (como advierten bien los comunitarismos en contra de las tesis “singularistas”). Es que –y esto es lo decisivo– la historia registraría que existe una universalidad dentro de las particularidades espacio-temporales que recorre la humanidad. El repudio del rapto de menores o el homicidio bajo una lógica de venganza; el destierro de quien no han cometido reproche alguno; la condena a la indigencia del inocente o la expulsión de un territorio por razón de raza, para no citar sino los ejemplos estudiados en estas páginas, parecen aludir a un universalismo, para apropiarme de una idea de ALEXY, como “idea regulativa”³⁰

²⁹ WALZER, *Moralidad en el ámbito local e internacional*, p. 38. Cfr., asimismo, p. 41, en la que se lee: “los miembros de todas las diferentes sociedades, *porque son seres humanos*, pueden reconocerse unos a otros y a sus peculiares maneras, responder a las mutuas peticiones de ayuda, aprender los unos de los otros, y manifestarse (a veces) los unos en las manifestaciones de los otros” (énfasis añadido).

³⁰ Cfr., entre otros estudios y a título ejemplificativo, ALEXY, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, “Doxa”, nº 5, 1988, p. 151.

que trasciende épocas y lugares pero que, conviene precisar, no está fuera de la historia. Por eso, escribe WALZER, el minimalismo moral es “reiterativamente particularista y localmente significativo” y se halla “íntimamente ligado con las moralidades máximas creadas aquí y allá, en lugares y tiempos específicos”³¹.

Pero, además, al requerir la interculturalidad, metodológicamente, una apertura al “otro”, pone a este último en el centro de la escena. ALEXY lo ha explicado persuasivamente: “hay dos cosas que conducen a una estructura necesariamente comunicativa de la fundamentación práctica: primero, la posibilidad de argumentar acerca del peso relativo de los intereses, que se convierte en necesidad si se quiere un equilibrio de intereses justo y por lo tanto correcto, y segundo, la exigencia de tomar en serio al otro como individuo”³².

Lo expuesto está suponiendo una apertura sociológica pero fundamentalmente antropológica que se presenta especialmente virtuoso en el ámbito jurisprudencial por cuanto la presencia del principio *audiator et altera pars* evita abstracciones y simplificaciones que redundan, invariablemente, en la exclusión del “otro”, antesala, como bien lo ha visto TODOROV, de su posible exterminio. Los casos precedentemente examinados se inscriben en esa lógica de razonamiento, más allá de que, en muchos supuestos, no brindan una respuesta con autoridad de cosa juzgada, lo que no debe extrañar, pues se está ante búsquedas y desarrollos transidos de dinamismo.

De ahí que me parezca oportuno concluir con el testimonio de muchas mujeres indígenas latinoamericanas, es decir, de quienes proceden de ámbitos en que lo personal (en el sentido de lo individual) tiende a considerarse menos gravitante que en otros contextos, por cuanto dichos estudios “manifiestan su intención de mantener tradiciones y cultura pero miran a esta con los ojos críticos de sus propias vivencias, pidiendo ‘respeto a las tradiciones que no afectan o agreden a las mujeres indígenas’”, señalando que entre la lista de costumbres propias “que sí les gustan”, se hallan “cuando los padres no obligan a las niñas a casarse”; “que nos dejen estudiar” o que “*caminen por igual, hombres y mujeres*” (causa “Ruiz”, consid. 13, párr. 4º, subrayado añadido). En definitiva, la encuesta refleja una fina enseñanza acerca del respeto incondicional del ser humano, que emerge de una firme apertura intercultural superadora de términos extremos que, para recordar a Leibniz, plantean las bases del “estado óptimo”.

³¹ WALZER, *Moralidad en el ámbito local e internacional*, p. 40.

³² ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 141.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, ROBERT, *¿Derechos humanos sin metafísica?*, trad. E. R. SODERO, “Doxa”, n° 30, 2007, p. 237.
- *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, “Doxa”, 5, 1988.
- *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- “Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica”, en SEÑA, JOSÉ M., *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, vol. 40, Buenos Aires, 2013.
- DOUGLAS PRICE, JORGE - DUQUELSKI, DIEGO (coords.), *Multiculturalismo, interculturalidad y derecho*, Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires, 2014, y en MARTÍNEZ MUÑOZ, JUAN A., *Multiculturalismo y derechos humanos*, México, Porrúa, 2015.
- GADAMER, HANS G., *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik* (trad. APARICIO, A. y DE AGAPITO, R.), t. I, Salamanca, 1977.
- GARZÓN VALDÉS, ERNESTO, *Cinco confusiones acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 2012.
- GEORGE, ROBERT P., “Natural law and international order”, en *In defense of natural law*, Oxford, University Press, 2001.
- GONZÁLEZ DE PRADA, MARÍA V., *Pueblos indígenas: hacia la construcción de un derecho intercultural*. *El plurijuridismo*, LL, 2014-A-512.
- HABERMAS, JÜRGEN, *El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos*, “Diánoia”, LV, 64, 2010.
- HERVADA, JAVIER, *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 1990.
- HÄBERLE, PETER, “Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken”, en *Die Verfassung des Pluralismus, Kögnistein/TS*, 1980.
- *El Estado constitucional*, trad. H. FIX-FIERRO, Buenos Aires, Astrea, 2006.
- JUAN PABLO II, *Discurso a la Quincuagésima Asamblea General de las Naciones Unidas*, 5/10/95, L'Osservatore Romano.
- KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (trad. E. GARCÍA MORENTE), Madrid, Espasa, 1983.
- RABBI-BALDI CABANILLAS, RENATO, *Teoría del derecho*, Buenos Aires, Ábaco, 2016.
- RAWLS, JOHN, *The law of peoples with the idea of public reason revisited*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1999.
- RAZ, JOSEPH, “Multiculturalism: a liberal perspective”, en *Ethics in the public domain. Essays in the morality of law and politics*, Oxford, Clarendon Press, 1996.
- STEINER, HENRY - ALSTON, PHILIP, *Ideals and counter-ideals in the Struggle over autonomy regimes for minorities*, “Notre Dame Law Review”, p. 66.
- TODOROV, TZVETAN, *Nosotros y los otros. Reflexión sobre la diversidad humana*, Madrid, Siglo XXI, 2010.
- WALZER, MICHAEL, *Moralidad en el ámbito local e internacional* (trad. y estudio introductorio de DEL ÁGUILA R.), Madrid, Alianza, 1996.