

Juicios en Ausencia: Visión y Aportes del Sistema Jurídico Judío

Lawsuits in Absence: Vision and Contributions of the Jewish Legal System

Fishel Szlajen¹

Resumen: En la actualidad, y bajo los sistemas procesales penales inquisitivo, acusatorio y mixto, es indispensable la presencia del procesado y encausado al momento en que se le está juzgando, respetando de manera efectiva la garantía de la posibilidad, que sobre la base de la contradicción, el acusado pueda ejercer su derecho a la defensa. No obstante, la no comparecencia del encausado al juicio es un problema que se da con bastante frecuencia, agravándose en los casos donde quien es requerido por la justicia donde se ha cometido el hecho sujeto de investigación judicial, se encuentra en un país sin tratado de extradición. Si bien algunos países, mayormente europeos, han legislado excepcionalmente en favor de los juicios en ausencia, siguen las controversias por su aplicación y efectiva garantía y materialización de la justicia. Este trabajo analiza el aporte del sistema jurídico judío, para el cual el deber presencial por parte del acusado constituye la base de su ley penal, pero donde la ausencia voluntaria o involuntaria del acusado confronta con el irrenunciable precepto bíblico de perseguir justicia. A través de la filosofía jurídica judía expuesta por sus máximos representantes y legistas, tales como Maimónides, Aharón haLevi de Barcelona, Yosef Karo, Moisés Isserles, Yoel Sirkis e Yeoshua Katz, se profundizará en los casos donde se problematice la relación entre la ausencia del encausado y la necesidad de hacer justicia. Concretamente, se examinarán las causas jurídicas y los motivos filosóficos por los cuales se da dicho deber presencial, sus excepciones, y los aportes del judaísmo para los casos donde el acusado de crímenes aberrantes, terroristas o de lesa humanidad, no comparecen ante los tribunales.

Palabras Clave: Judaísmo, Juicio, Ausencia, Contumacia, Impunidad, Justicia.

Abstract: Nowadays, and under the inquisitive, accusatory and mixed criminal procedural systems, the presence of the accused, indicted or defendant is mandatory at the moment in which he is being judged. Thus, effectively respecting the guarantee of possibility, which on the basis of contradiction, the accused may exercise his right to defense. However, the non-appearance of the defendant or indicted in the trial is a problem that occurs quite frequently, aggravating in cases where who is required by justice where the act subject of judicial investigation has been committed is in a country without extradition treaty. Although some countries, mainly European, have exceptionally legislated in favor of trials in absentia, disputes continue due to their instrumentation and effective guarantee and realization of justice. This paper analyzes the contribution of the Jewish legal system, for which the on-site duty on the part of the accused constitutes the basis of its criminal law, but where the voluntary or involuntary absence of the accused confronts with the undeniable biblical precept of pursuing justice. Through the Jewish legal philosophy expressed by its top representatives, lawyers and jurists, such as Maimonides, Aharon HaLevi of Barcelona, Yosef Karo, Moses Isserles, Yoel Sirkis and Yeoshua Katz, will be deepened in cases where the relationship between the absence of the accused and the need to do justice is problematized. Specifically, it will examine the legal causes and the philosophical reasons for which such a face-to-face duty is given, its exceptions, and the contributions of Judaism for cases where the accused of aberrant crimes, terrorists or crimes against humanity, do not appear before the courts.

Keywords: Judaism, Trial, Absence, Absentia, Contumacy, Impunity.

¹ Rabino Ordenado por la Yeshivá Maalé Gilboa, Israel; Ph.D. en Filosofía por la UNEM y Master en Filosofía Judía por la Bar Ilan University. Miembro Titular de la Vaticana Pontificia Academia para la Vida. Investigador y Profesor de Postgrado en Filosofía Judía Aplicada. Miembro y Asesor Externo del Comité de Ética en Investigación del Htal. Gral. de Agudos B. Rivadavia. Colaborador Extranjero en Investigación en Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Director del Depto. de Cultura en AMIA. fszlajen@gmail.com www.filosofiajudia.com.ar

En la actualidad, y bajo los sistemas procesales penales inquisitivo, acusatorio y mixto, es indispensable la presencia del procesado y encausado al momento en que se le está juzgando, respetando de manera efectiva la garantía de la posibilidad que, sobre la base de la contradicción, el acusado pueda ejercer su derecho a la defensa. No obstante, la no comparecencia personal del encausado en juicio es un problema bastante frecuente, agravándose en los casos donde quien es requerido por la justicia donde se ha cometido el hecho sujeto de investigación judicial, se encuentra en un país sin tratado de extradición. Si bien algunos países, mayormente europeos, han legislado excepcionalmente en favor de los juicios en ausencia, siguen aún las controversias por su aplicación y efectiva garantía y materialización de la justicia.

En este respecto si bien en el sistema jurídico judío -en adelante *halajá*-, el deber presencial por parte del acusado constituye la base de su ley penal, la ausencia voluntaria o involuntaria del acusado confronta con el irrenunciable bíblico precepto de perseguir justicia. Es por ello que en lo siguiente y a través de la filosofía jurídica expuesta por sus máximos representantes, los más grandes legistas de la antigüedad tardía y medievales, se profundizará en los casos donde se problematice la presencia del encausado frente a la necesidad de hacer justicia no dejando lugar a la impunidad. Concretamente, se examinarán las causas jurídicas y los motivos filosóficos del mencionado deber presencial, sus excepciones, y la posible compatibilización y aportes actuales para hacer justicia en los casos donde el acusado de crímenes aberrantes, terroristas o de lesa humanidad, no comparecen ante el tribunal de justicia.

Comenzando por algún antecedente bíblico, el único caso donde es posible observar una problemática similar a la referida, y sin prestar atención al derecho de fondo sino sólo y únicamente al procesal, es en Jeremías 26:20-23, donde el rey Ioiakim envía a buscar por la fuerza al profeta Uriá ben Shemaíá, quien había huido a Egipto, para juzgarlo y sentenciarlo. Dicho episodio se desarrolla en el marco donde Jeremías declara que Ds envió profetas para urgir al pueblo a obedecer los preceptos de la Torá so pena de destruir la ciudad, siendo Uriá uno de ellos. Ante la orden regia de Ioiakim a sus oficiales para apresar a dicho profeta, al ser anoticiado de la prédica de Uriá, éste huye refugiándose en Egipto, desde donde los oficiales enviados por el mismo Ioiakim, Elnatán ben Ajbor y otros, lo traen por la fuerza ante la corte regia donde es ejecutado. El texto sólo

indica que *Entonces envió (וישלח) el rey Ioiakim hombres a Egipto, a Elnatán ben Ajbor y unos hombres con él, a Egipto; y sacaron a (ויצאו את) Uriá de Egipto y lo trajeron (ויבאו) al rey Ioiakim, quien lo mató a espada...* no detallando, así como tampoco la exégesis, de qué forma fue extraído de Egipto y llevado ante el rey Ioiakim. Es decir, no es posible saber desde la documentación más prístina, si fue un secuestro o bien si, lo que es más probable, una extracción autorizada formalmente por el entonces rey de Egipto, el faraón Neco, ya que existía un tratado de soberanía-vasallaje entre Egipto e Iehudá, el cual incluía normalmente la extradición de fugitivos.² No obstante y más allá de eso, lo cierto es que para juzgar y sentenciar a Uriá, el rey ordenó su necesaria presencia en la corte regia.

Ahora bien, desde las fuentes y bajo la cadena autoritativa de la *halajá*, se encuentra en el TB, *Shevuot* 31a, la prohibición de juzgar en ausencia del acusado por cuanto del Éxodo 23:7 *de la palabra falsa te alejarás*, se entiende que la Ley dictamina a un juez la prohibición de escuchar los argumentos, justificaciones o testimonios de una parte en ausencia de la otra. Aunque allí mismo, el amoraíta Rav Kahana, manifiesta que dicha ley se deriva de un versículo anterior, el 21:1 *no aceptarás un reporte falso*, advirtiendo al juez que no acepte escuchar una parte litigante en ausencia de la otra. Cabe aquí mencionar que según el tilde diacrítico del término bíblico תשא (tisá) *aceptar*, puede leerse (tasí) *dar*, indicando a su vez la prohibición para la parte litigante de pronunciarse en ausencia de la otra.

Y aquí se puede observar tal como lo nota RaShí (s. XI) en su exégesis de las respectivas citas bíblicas y talmúdicas mencionadas, el énfasis en la advertencia generalizada de no aceptar maledicciones contra el prójimo. Esto a su vez aplicado para el caso del juez respecto de escuchar a una de las partes en ausencia de la otra, resultado de lo destacado por este máximo exégeta cuando manifiesta que *שדמטעים דבריו שלא בפני בעל דינו אינו כוש מדברי שקר* *quien asienta sus palabras en ausencia de la otra parte litigante no se avergüenza de la mentira.*³

Misma coyuntura se observa en el TB, *Sanhedrín* 7b, cuando el amoraíta Rab Janiná deriva la ley por la cual la corte rabínica de justicia no

² Ver el caso entre los Hititas y Egipto durante el siglo XIII a.e.c., en James B. Pritchard, (Ed.), *Ancient Near East Texts Relating to the Old Testament*. (Princeton: Princeton University Press, 1955), 203.

³ RaShí a TB, *Shevuot* 31a. Todas las traducciones de las citas en hebreo en este artículo son propias.

debe escuchar una parte litigante en ausencia de la otra; y esto a partir de la forma plural indicada en el Deuteronomio 1:16 cuando encomienda a los jueces que *Sean oyentes entre sus hermanos, y juzguen con rectitud entre cada hombre y su hermano...*; y donde nuevamente según el tilde diacrítico, שמעו (shamoa) sean oyentes, puede también leerse como (shamá) *has escuchar*, advirtiendo a cada una de las partes litigantes para que no presenten su caso o no hacerse escuchar en ausencia de la otra. Similarmente a la anteúltima cita talmúdica, el Rav Kahana aquí también sostiene que dicha ley se deriva del versículo que prohíbe aceptar o bien dar un reporte falso. RaShí por su lado no sólo reitera su misma exégesis que en las fuentes citadas anteriormente, sino que explica también sobre esta cita talmúdica que el versículo del Deuteronomio refiere claramente al imperativo por el cual sólo cuando estuvieran ambas partes litigantes presentes, el juez escuchará a ambos, y no uno sin el otro, advirtiendo severamente de esta prohibición respecto a no exponer una parte su caso en ausencia de la otra, tanto al juez que debe escuchar a ambas partes litigantes, como también a cualquiera de estas últimas. RaShí aquí enfatiza que dicha prohibición de escuchar a una de las partes litigantes en ausencia de la otra, es por cuanto שמסדר דברי שקר כדברי אמת, לפי שאין מכחישין ומכיון שלב כך שמשסדר דברי שקר כדברי אמת, לפי שאין מכחישין ומכיון שלב כך *la mentira se organiza como si fuera verdad ya que no hay quien la refute [o niegue], y debido a que el corazón del juez tiende al crédito [beneficio del presente], su corazón no tornará nuevamente en este mismo sentido y con dicha intensidad hacia la otra parte.*⁴ Similar concepto es aplicado por este mismo exégeta cuando en el TB, Sotá 21b, el amoraíta Rabí Iojanán define al asusto o quien hace el mal de forma tal que hace parecer a otros que hace el bien, con el paradigma de quien דבריו לפני קודם שיבא בעל דין חברו *establece sus palabras en el juez antes que llegue la otra parte*; explicando RaShí, que es por cuanto *quien fijó en el corazón del juez los portales de sus méritos [inocencia] por sus palabras, difícil es luego quitarlas...* Y de hecho así también se ha entendido desde la especulación exegético-filosófica cuando Maimónides (s. XIII) explica que la advertencia de no escuchar a una parte en ausencia de la otra es כדי שלא תכנס לנפשו צורה אין יושר לה ולא אמתות *para que no entre en su alma [la del*

⁴ RaShí a TB, Sanhedrín 7b.

*juez] una forma incorrecta y no verdadera;*⁵ o también Guersónides (s.XIV), quien respecto de Proverbios 18:17 *Aparenta ser el justo el primero en contar su querrela, entonces cuando viene su compañero, éste es investigado,* comenta que precisamente el provecho del primer testimonio del litigante en ausencia del otro es, *כי יאמין לדבריו וכאשר יבא רעהו להגיד לו הפך הדברי' ,ההם לא יאמינהו כי אם אחר החקירה השלימה והנה לזאת הסבה מנעה התורה שלא ישמע הדיין דברי בעל דין קודם שיבא בעל דין חברו כי זה יהיה סבה אל שתהיה ... דעתו יותר קרובה אל מי שישמע דבריו בראשון' ...* porque creará sus palabras y cuando venga la otra parte y diga lo contrario no le creará sino luego de la completa investigación; he aquí el motivo por el cual la Torá evitó que el juez escuche a una parte litigante antes que venga la otra, dado que ese es el motivo por el cual la opinión del juez estará más próxima al primero que ha escuchado... Así, y tal como lo expone también el *Sefer HaJinuj* (s. XIV),⁶ el sentido de esta ley es que, ante la ausencia de una de las partes, la otra puede y tenderá a pronunciar falsedades como si fueran verdades sin que aquella pueda apelar y negar esas palabras, estableciendo en el juez una tendencia o propensión a la parte presente, cuyo argumento carece de rectitud, no necesariamente siendo una mentira sino la ausencia de verdad, o una verdad a medias. Así, por un lado, se observa que la confrontación directa disminuye el peligro que una de las partes se aventure en falsedades presentando su posición en una adulterada forma convincente; y, por otro lado, el acusado conoce exactamente cuáles son los argumentos en su contra para saber responder a ellos.

Hasta aquí podría decirse que la prohibición del juicio en ausencia radica por un lado y basado en el citado versículo del Éxodo, cuya explicación sería evitar mediante la presencia de ambas partes litigantes, los abusos y falsedades en que incurriera una de ellas ante la ausencia de la otra, y el consecuente notorio efecto sobre el juez, garantizando la posibilidad no sólo de saber de primera mano los argumentos en su contra, sino también y sobre la base de la contradicción, el poder ejercer su defensa. No obstante, y según el segundo citado versículo desde donde se deriva dicha ley, el del Deuteronomio, indica que el imperativo presencial de ambas partes es un decreto bíblico y como tal autoritativo por sí mismo, sin una fuente causal explicativa que pueda determinar la racionalidad y por ende la extensión de

⁵ Maimónides, *Sefer HaMitzvot* “Precepto Proscriptivo” 281.

⁶ Rab Aharón HaLevi, *Sefer HaJinuj*, 74.

la vigencia o caducidad de dicha ley procesal. Pero cuando el mismo RaShí, tal como se mencionó *supra* y respecto de dicha segunda fuente, dice que aquella ley oficia en pos de evitar la situación emergente de la primera cita, adicionando también el efecto de ventaja psicológica-emocional de uno de los litigantes sobre el juez al ser el primero que expone su caso y en ausencia de la otra parte, y más aún si fuera el único dada la voluntaria o involuntaria falta de comparecencia de la otra parte, no le otorga a la prohibición el causal por decreto bíblico, sino más bien su explicación dentro del mismo concepto de justicia y búsqueda de verdad por parte del tribunal.

Y esto mismo se manifiesta en la normalizada ley por la cual se prohíbe todo juicio *in absentia* de una de las partes litigantes, tal como lo expone Maimónides al expresar en su legislación el conjunto de las fuentes bíblicas citadas y por lo cual אסור לדיין לשמוע דברי אחד מבעלי דינין קודם שיבא חברו או שלא בפני חברו, ואפילו דבר אחד אסור שנאמר שמוע בין אחיכם, וכל השומע מאחד עובר בלא תעשה שנאמר לא תשא שמע שוא ובכלל לאו זה אזהרה למקבל לשון הרע ומספר לשון הרע ומעיד עדות שקר, וכן בעל דין מוזהר שלא ישמיע דבריו לדיין קודם שיבא בעל דין חברו, וגם על זה וכיוצא בו נאמר אזהרה למקבל לשון הרע ומספר לשון הרע ומעיד עדות שקר, וכן בעל דין מוזהר. מדבר שקר תרחק. *Le está prohibido al juez escuchar una sola de las partes antes que llegue y en ausencia de la otra; e incluso una sola palabra le está prohibido por cuanto “Sean oyentes entre sus hermanos”; y todo quien escuche de una sola parte transgrede la prohibición “no aceptarás un reporte falso”; y esta prohibición incluye la advertencia a quien acepta la maledicencia y la cuenta y presta testimonio en falso; es por ello que cada parte está advertida de no hacerse escuchar ante el juez antes que llegue la otra; y también sobre esto y lo que derive de ello está escrito “de la palabra falsa te alejarás”.*⁷

Luego el *Shulján Aruj* (s. XVI) normaliza ya definitivamente cuando respecto de las leyes de los jueces explicita que אסור לדיין לשמוע דברי בעל דין האחד שלא בפני בעל דין חברו וכן הבעל דין מוזהר על כך *Está prohibido para el juez escuchar las palabras de una de las partes en ausencia de la otra. Y así cada parte está también advertida de ello.*⁸ Sobre dicha ley el Rab Moisés Isserles (s. XVI) en su comentario, explica que se aplica precisamente cuando el juez sabe *a priori* que dicho caso será atendido por él; pero si por alguna razón, fuera de la demanda judicial en cuestión, hubiera escuchado

⁷ Maimónides, *Mishné Torá* “Leyes sobre el Sanhedrín” 21:7.

⁸ Josef Karo, *Shulján Aruj*, “Joshén Mishpat” 17:5.

los alegatos de una de las partes y luego la otra acuerda, consiente o acepta que fuese el juez de la causa, declarando dicha parte frente a él, se le está permitido *a posteriori* intervenir como tal en la causa. Este escolio del Rab Isserles refuerza claramente que la ley procesal en cuestión radica en consideraciones instrumentales cuyo objeto se orienta a buscar la verdad y justicia en el caso en cuestión. Distintamente y de ser la prohibición en términos absolutos, más allá de si el juez que escuchó el alegato en ausencia de la otra parte litigante lo hizo en calidad de tal o no, no le estaría permitido officiar en la causa. Aparentemente, y en función del rol de la persona, puede salvarse la situación referida a las ya mencionadas implicancias emocionales y psicológicas de quien ha meramente escuchado un alegato en ausencia de la otra parte, y que luego sin saberlo anticipadamente oficia de juez en la causa. El mismo concepto se observa también y precedentemente en una respuesta del Rab Iaacov Moellin (s. XIV), quien respecto de una suscitada cuestión similar manifiesta que *מכל ממקום לא עבר הרב ששמע דברי בעל... todas formas, el Rab [Itzjak] no transgredió por escuchar los alegatos del acusado, debido a que en el momento que lo escuchó no lo hizo en carácter de juez [en el marco de un juicio] para juzgarlo sino meramente como escucha.*⁹ Apoyándose en dicha respuesta, e incluso en coherencia con lo dictaminado por el Rab Shmuel de Medina (s.XVI)¹⁰ para quien si bien es un acto piadoso que dicho juez se aparte de la causa, bien puede y es correcto que entienda en ella en caso que no haya otro pudiendo resultar en un grave daño al no juzgar la cuestión; el Rab Ieoshúa haCohen Katz (s. XVI) explica lo comentado por el Rab Isserles, expresando que cuando el juez sabe *a priori* que lo será, el alegato en cuestión es escuchado con otra intención y propósito impactando de forma diferente que si es escuchado por quien no se sabe juez en la causa, enfatizando que *ודאי השמיעה מצד עצמה לית בה... escucha por sí misma no está prohibida, sino por el hecho que él es juez y necesitará relacionarse como tal frente a dicho alegato.*¹¹

En congruencia con lo hasta ahora descrito, y en directa referencia al Deuteronomio 1:16, donde se preceptúa llevar a cabo el juicio mediante la

⁹ Iaacov Moellin, *ShU" T Maharil*, 195.

¹⁰Rab Shmuel de Medina, *Shut Maharshadam*, "Joshen Mishpat" 2.

¹¹ Comentarios de SeMA al *Shulján Aruj*, "Joshen Mishpat" 17:5.

profesional. Y así lo normaliza Maimónides, el *Arbaá Turim* y luego el *Shulján Aruj*, y el Rab Moisés Isserles.¹⁶ En congruencia con ello y en el mismo sentido, ya desde la Mishná, *Abot* 1:8, se insta que *al hacer de juez no actúes como abogado, cuando los litigantes estén ante ti, considera a ambos como culpables, pero una vez que ya no estén ante tu presencia, considera a ambos como inocentes, siempre que hayan aceptado el dictamen*. Claramente y como expresa el Rab Menajem Meiri (s. XIII),¹⁷ esto es una advertencia para que el juez no arregle los argumentos de ninguna de las partes, ni aconseje a ninguna de éstas sobre cómo presentar su caso encubriendo la verdad y siendo factores disruptivos de la justicia, enseñando a mentir de forma legal, tal como también lo expone el TB, *Shabat* 139a, definiendo a los abogados como quienes enseñan a los litigantes a falsear construyendo argumentos para intentar ganar el juicio. Definitivamente es posible observar y en acuerdo a lo explicado por el Rab Shlomo ben Adret (s. XIII), el Rab David ibn Zimra (s. XV) y el Rab Ieoshua haCohen Katz (s.XVI),¹⁸ que existe una presunción implícita por la cual se asume que sólo en caso que la propia parte litigante esté en presencia de la otra y ante el tribunal, naturalmente no se atreverá a mentir, o su posibilidad es menor, cuando sabe que aquella parte presente conoce la verdad. Y así también lo expone el TB, *Ketubot* 18a más el Tosfot. Importante es aquí destacar que dicha presunción no aplica al representante legal por no estar éste en la misma situación relacional que la propia parte litigante, y por ende despojado de restricción alguna. Por ello, la directa comparecencia y argumentación confrontativa entre las partes y ante el tribunal, una en presencia de la otra, no sólo brinda al acusado los argumentos en su contra y de primera mano, sino que aclara más patentemente todo aspecto sustancialmente contradictorio entre los alegatos de partes, y otorga al tribunal, mayor y más certera información que los argumentos preparados y expuestos por sus representantes legales, pudiendo investigar, interpelar e inquirir directamente a las partes, tal como lo expone el Rab Menajem Meiri.¹⁹

¹⁶ Maimónides, *Mishné Torá*, “Leyes sobre Agentes y Socios” 3:5. Iakov ben Asher, *Arbaá Turim*, “Joshen Mishpat” 124. Iosef Karo, *Shulján Aruj*, “Joshen Mishpat” 123:15, más comentarios del RaMÁ.

¹⁷ Menajem Meiri, *Beit HaBejirá* “Abot” 1.

¹⁸ Shlomo ben Adret, *ShU”T HaRashba*, 6:210. David ibn Zimra, *ShU”T RaDbaz*, 4:189. Comentario del SeMÁ al *Shulján Aruj*, “Joshen Mishpat” 124.

¹⁹ Menajem Meiri, *Beit HaBejirá* al *Sanhedrín* 17b.

Por otro lado, la prohibición de juzgar en ausencia tiene a su vez un correlato respecto del aviso o llamado a cualquiera de las partes para su apersonamiento ante el tribunal o corte rabinica de justicia y las consecuencias en caso que, por ejemplo, voluntariamente no lo hiciese. En el mismo citado *Shulján Aruj*, se manifiesta aquel procedimiento por el cual si la persona en cuestión viviera en las aldeas fuera de la ciudad, la corte envía delegados para citarlo ante la misma un día determinado, y en caso que en dicho día לא בא מזמינים אותו פעם שנית לא בא מזמינים אותו פעם *no viene, lo llamamos por segunda vez; no viene, lo llamamos por tercera vez; no viene, lo esperamos todo el día; no viene, se le sentencia la excomunión [una clase particular de ella]*²⁰ al día siguiente. Pero para quien residiera en la ciudad, אין קובעים לו זמן אלא פעם אחת ואם לא בא כל אותו יום מגדין אותו למחרתו *no se le fija sino una sola cita, y en caso que no vinera durante todo dicho día se lo excomulga [bajo la misma categoría que el anterior] al día siguiente.*²¹

Lo relevante aquí es la clara imposibilidad *a priori* de implementación del juicio en ausencia de la parte citada, no pudiendo salvar dicha situación mediante algún apoderado o representante legal, salvo en los juicios civiles (monetarios) y bajo los excepcionales casos mencionados, además de la propia sentencia de excomunión a quien no compareciere previa citación de la corte. Y esto manifiesta patentemente que en la *halajá* existe *a priori* sólo la posibilidad de conminación o coerción para el apersonamiento del citado ante la corte, pero no el procesamiento de la causa y juicio en ausencia de una de las partes.²² Incluso en otro de los apartados del mismo código, se indica que si el demandante, habiendo asistido a la citación judicial, hubiera tenido que costear la conminación hacia el demandado para su apersonamiento ante la corte, se le debe reintegrar sus egresos; pero en

²⁰ Este tipo de excomunión sentenciada por la corte de justicia rabinica, llamado *nidui*, y aplicada a 24 casos de transgresión, es más leve que el otro llamado *jerem*, y consiste básicamente en la imposibilidad de participar o su no consideración para la conformación de los quórumos necesarios para los diferentes rezos o bendiciones que así lo demanden; y nadie puede sentarse a su lado con una distancia menor a dos metros aproximadamente. En caso que muriera bajo dicha sentencia no se le proporcionan los elogios fúnebres ni exequias, y la corte envía una piedra para colocarla sobre el ataúd simbolizando la ejecución de la pena por lapidación.

²¹ Iosef Karo, *Shulján Aruj*, “Joshon Mishpat” 11:1.

²² Esta obligación de apersonamiento del encausado o testigo en la corte fue la base a partir de la cual oportunamente el rey Ianai fue citado a comparecer ante el Sanhedrín. Ver TB, *Sanhedrín* 19a-b, y exegética correspondiente.

ningún momento se otorga la posibilidad de enjuiciar en ausencia del demandado, sino que quien desobedece rebelándose ante la citación judicial deberá abonar las costas de su conminación.²³ Más aún, en caso que el tribunal rabínico de justicia tuviese que consultar a otro más importante o de mayor envergadura, la respuesta a su consulta debe ser considerada, debatida y discutida por dicha corte *דליכא למימר שיפסקון בית דין הגדול עליהם* para que no se diga que la gran corte [la de mayor importancia que fue consultada] sentenció por sobre la corte [que atiende el caso] por cuanto se necesita que las partes estén presentes ante los jueces.²⁴ Y tal como comenta el Rab Moisés Isserles en su exégesis a dicha ley, de otra forma, cualquiera podría demandar la no necesidad de alguna de las partes, e incluso de ninguna, para la resolución del juicio.

Ahora bien, con esto en mente, es posible analizar la ley que en el idéntico referencial código legal, el *Shulján Aruj*, y dentro del mismo tópico relativo a las leyes sobre los jueces, se indica que *בית דין פוסקים בדיני ממונות בעל דין שלא בפני בעל דין* La corte de justicia sentencia en [lo que podría llamarse hoy] “juicios civiles [monetarios]” en ausencia de una de las partes [del demandado].²⁵ Sobre esta ley y lejos de contradecir lo antes analizado, se pronunciaron diferentes legistas quienes entendieron que se trata de dos posicionamientos jurídicos diversos. Por un lado, que la prohibición de enjuiciar en lo civil (monetario), en ausencia de una de las partes es sólo a priori y con anterioridad al hecho, i.e. una demanda procesal, instrumental, pero no en términos absolutos, de forma tal que no inhibe o impide la validez de su cumplimiento luego del hecho consumado. Por otro lado, y tal como exponen grandes legistas como Rab Yeoshúa haCohen Katz (s. XVI),²⁶ Rab Shabetai ben Meir HaCohen (s. XVII)²⁷ y el Rab Iaakov Lorberbaum (s. XVIII-XIX),²⁸ quienes entienden que, para los juicios civiles, la corte tiene prohibido escuchar los alegatos de una parte en ausencia de la otra, pero que luego puede sentenciar sin la necesaria presencia de ambas partes incluso

²³ Iosef Karo, *Shulján Aruj*, “Joshen Mishpat” 14:5.

²⁴ Ibid, 13:6.

²⁵ Ibid, 18:6.

²⁶ Comentarios de SeMÁ al *Shulján Aruj*, “Joshen Mishpat” 18:6.

²⁷ Comentarios del Sha”J al *Shulján Aruj*, “Joshen Mishpat” 13:8.

²⁸ Iaakov Lorberbaum, *Netivot HaMishpat* “Jidushim” 13:8; 18:7.

enviándoles el fallo a domicilio. Esto es, para los juicios civiles (monetarios), una vez que la corte ha escuchado los alegatos de ambas partes litigantes, luego puede en ausencia de ellas sentenciar su dictamen. Esto es conducente a su vez con lo mencionado respecto de la consulta de la corte menor a una mayor, ya que mantiene la prohibición de ésta y el deber de aquella en sentenciar, debido a que sólo la corte menor ha escuchado los alegatos de las partes litigantes.

Lo relevante aquí, es que más allá de estas divergencias, respecto de las cuales incluso hay posiciones *halájicas* que establecen que en juicios civiles la presencia de ambos litigantes es por decreto bíblico y otras que lo dictaminan como rabínico,²⁹ más algunos como el Rab Iosef Lev (s. XVI),³⁰ que resuelven la obligación como *a priori* aunque *a posteriori* si el juez escucha nuevamente el testimonio de una parte frente a la otra, es válido; este carácter procesal tanto para comparecer o bien para sentenciar, nunca se observa que aplica a los juicios penales criminales [capitales], una de cuyas razones puede ser por decreto bíblico o bien instrumental por cuanto pondría en riesgo el cumplimiento efectivo de la sentencia en caso de culpabilidad, la cual debe cumplirse con diligencia y celeridad, tal como legisla Maimónides,³¹ además del hecho que una vez cumplida la sentencia no pueden corregirse los eventuales errores careciendo también de sentido aportar todo dato o variable debido a la ausencia del encausado. En otras palabras, a pesar de esta diferencia respecto de los juicios civiles (monetarios), la necesidad presencial de las partes en los juicios penales criminales (capitales) se mantiene siempre indiscutida.

No obstante, y a los efectos de entender mejor esta diferencia, resulta necesario remontarse a uno de los legistas anteriores al *Shulján Aruj* y base de las ulteriores distinciones entre la prohibición de los juicios en ausencia en lo civil respecto de lo penal criminal. El Rab Shlomo ben Adret (s. XIII), indica que *בית דין פוסקין ואפילו שלא בפני בעל דין* la corte de justicia sentencia incluso en ausencia del acusado,³² refiriéndose a los juicios civiles, por cuanto no hay una ley específica desde la Torá que demande su presencia, y que de todas formas no hay problema que en cualquier

²⁹ Ver *Arbaá Turim*, “Joshen Mishpat” 17 y Jaim ben Benveniste, *Hagaot haTur* 13-14.

³⁰ Iosef Lev, *ShU”T MaharbIL* 3:97.

³¹ Maimónides, *Mishné Torá* “Leyes sobre el Sanhedrín” 12:4.

³² Shlomo ben Adret, *ShU”T HaRaShbA*, 1:1118; 2:192.

momento se aporten pruebas que contradigan o modifiquen lo que se está juzgando o se ha juzgado, dado que en dicho caso será escuchado y posteriormente considerado peticionando la reapertura del juicio, tal como resuelve el TB, *Sanhedrín* 32a, y ya desde la misma Mishná, cuando establece que *לחובה בין לזכות בין מחזירין דיני ממונות מחזירין בין לזכות בין לחובה* en juicios civiles [monetarios], se puede revocar o anular [el juicio] tanto para inocencia como para culpabilidad. Explicado por RaShí diciendo que *סותרין את הדין לאחר שגמרוהו וידעו שטעו מחזירין את הדבר בין לזכות בין לחובה* revocamos el juicio luego que ha finalizado y consideraron [los jueces] que se equivocaron. Se renueva el juicio tanto para inocencia como para culpabilidad. Pero, y tal como continúa el Rab Adret, en lo que respecta a los juicios penales criminales [capitales], la propia Torá indica manifiestamente en Éxodo 21:29 que, *si el buey tenía desde antes el hábito de cornear, y su dueño había sido advertido, pero no lo había encerrado, y mata a un hombre o a una mujer, el buey será apedreado, y su dueño también morirá*. Esto es, *כמיתת בניו בעלים כד מיתת השור מה בעלים בפניו אף השור בפניו* como la muerte de su dueño será la del buey y que, *si el dueño está presente, también el buey lo está*.³³ Y de acuerdo al TB, *Babá Kamá* 45a, donde se discute respecto de las diversas variables y circunstancias de dicha sentencia capital, se acuerda y establece por el citado versículo la analogía entre la ejecución del dueño como la de su buey y así como sentenciamos a la persona únicamente cuando está presente, también al buey [y por ello no se puede disponer de éste con anterioridad para evitar su sentencia]. Si bien en este juicio penal la demanda de la presencia del buey ante la corte se deriva de la demanda de la presencia de su dueño, esta última se aprende, tal como comenta RaShí a la cita talmúdica, de *Números* 35:12 *...para que el homicida no muera hasta que se pare delante de la asamblea para el juicio*, precepto que explicita y motiva que dicha demanda presencial sea por decreto bíblico, tal como también lo expone el *Minjat Jinuj*.³⁴

Cabe destacar aquí que el concepto por el cual un animal es sentenciado a muerte si mató a una persona, radica en si la manera y circunstancia en que lo hizo habría justificado que la sentencia de muerte hubiera recaído por un acto tal cometido por la persona. Es por ello que, si la circunstancia fuese que el animal mató a una persona de forma accidental

³³ Shlomo ben Adret, *ShU"t HaRaShbA*, 1:1118.

³⁴ Iosef bar Moshé Babad, *Minjat Jinuj*, 409.

y diferente de la expuesta en el versículo fuente, no se mata al animal tal como no se sentencia a muerte a la persona que así hubiera cometido un homicidio culposo; acorde a lo manifiesto también ante un caso analizado en TB, *Sanhedrín* 78a. Y aunque en la misma cita talmúdica del TB, *Babá Kamá* 45a, si bien Rabí Iakov objeta la analogía entre la vigente y legal demanda de presencia ante la corte en el juicio entre la persona y el animal, dado que para la persona el motivo según él y acorde a lo ya mencionado, sería por las argumentaciones que pudiera esgrimir en su defensa cuestión que lógicamente no le cabe al animal, no invalida lo que claramente el Rab Adret postula, i.e., que los juicios en ausencia están absolutamente prohibidos en lo que respecta a lo penal criminal, pero no en lo que respecta a lo civil, por lo denominado גזרת הכתוב *decreto bíblico*, refiriéndose al citado versículo del Éxodo, más allá de las explicaciones referidas a los abusos, falsedades y/o impacto en el juez por ausencia de una parte frente al alegato de la otra. Esta misma posición respecto de la diferencia entre los juicios civiles [monetarios] y los penales criminales [capitales], el Rab Adret la reitera en otra de sus respuestas,³⁵ al considerar un caso de disputas de propiedad donde dictamina que se debe sentenciar acorde a los alegatos de una parte aun en ausencia de la otra que no trajo las pruebas que dijo obtener en los tiempos solicitados, o no compareció.

Con esto, ya es posible observar que si bien la comparecencia de ambas partes litigantes frente al tribunal y en ambos tipos de juicios, civil (monetario) o penal criminal (capital), cumple con lo que el mismo RaShí coloca como denominador común, el evitar los abusos y falsedades por parte de una de ellas y el consecuente impacto psicológico-emocional en el juez, existe también una variable fundacional o decreto bíblico, más un carácter de irreversibilidad y diligente certera ejecución de la punición en los juicios penales criminales, a diferencia de los civiles monetarios.

El Rab Iosef Karo,³⁶ y el Rab Ioel Sirkis (s. XVI-XVII),³⁷ cada uno autoridades jurídicas de su generación y de los más relevantes comentaristas del *Arbaá Turim*, código anterior y base del *Shulján Aruj*, prestan anuencia con el posicionamiento jurídico del Rab Adret, distinguiendo en lo civil (monetario) entre lo *a priori* y *a posteriori*. Básicamente, dada la no patencia

³⁵ Shlomo ben Adret, *ShU”T HaRaShbA*, 2:192.

³⁶ Iosef Karo, *Beit Iosef* sobre el *Arbaá Turim* “Joshen Mishpat” 16.

³⁷ Ioel Sirkis, *Beit Jadash*, “Joshen Mishpat” 13:8.

en la Torá y como decreto bíblico, para la obligatoriedad absoluta de presencia de ambas partes litigantes, para dichos juicios, procesalmente está prohibido sentenciar en ausencia de alguna o ambas partes cuando *a priori* sea posible su presencia en el juicio; pero si no hay otra posibilidad tal como por ejemplo cuando el demandado escapó a otro país, está permitido realizar el juicio en su ausencia. En otros términos, dada la falta de una explícita ley directa de la Torá u observancia desde lo enseñado por ella, en relación a la presencia de las partes en los juicios civiles (monetarios), *a posteriori* y retroactivamente en el caso que así lo demande, se valida la posibilidad del juicio en ausencia de una de las partes. No obstante, y por decreto bíblico, en juicios penales criminales (capitales), resulta de absoluta necesidad la presencia de las partes ante el tribunal rabínico, sin perjuicio que también aquí apliquen similares considerandos mas no justificativos, que en la demanda *a priori* de presencia del acusado en los juicios civiles (monetarios). En este sentido, cabe destacar que el Rab Sirkis afirmarí que, en los juicios civiles, el caso de la corte menor que consulta a la corte mayor, *a priori* debe sentenciar la menor, pero *a posteriori* y en ausencia de ésta, si el caso así lo requiriese, bien podría hacerlo la mayor. Y así también lo expresa el Rab Ionatán Eibeshitz (s. XVIII), quien al comentar el mismo caso indica que la necesidad presencial de las partes en los juicios civiles, *לכתחילה, אבל באם אי אפשר פוסקין שלא בפני בע"ד בדיני ממונות, הן תחילת דין וזון גמר דין, ולכתחילה אפילו גמר דין יש לפסוק דוקא בפני בע"ד, pero en caso que sea imposible sentenciamos en ausencia del acusado en los juicios civiles (monetarios), y esto es válido tanto para el comienzo del juicio como para su final; pero a priori, incluso en la finalización del juicio hay que sentenciar precisamente ante la presencia del acusado.*³⁸

Si bien hasta ahora se ha analizado lo vinculado a las partes litigantes, resulta necesario hacer alguna acotación respecto de su análoga prescripción de presencia simultánea por parte de los testigos de cada parte para sus declaraciones. Basado también en TB, *Babá Kamá* 112b, se acepta a los testigos en ausencia del acusado en casos de enfermedad, enfatizando RaShí que la situación debiera ser tal que, de no realizar el juicio en dicho momento, podría nunca llevarse a cabo; involucrando luego el caso donde los testigos planeen viajar al extranjero, siendo dichas circunstancias atenuantes las que permiten aceptar el testimonio de testigos en ausencia

³⁸ Ionatán Eibeshitz, *Urim* 13:16.

del acusado. Si bien la fuente para la determinación de dicha aceptación radica en el citado versículo del Éxodo 21:29, en el cual el dueño del buey fue advertido por testigos, pero hizo caso omiso, y por ello prohibiendo el testimonio de los testigos en ausencia del acusado, cabe advertir que no se considera dicho versículo como decreto bíblico sino para juicios penales criminales, tal como refiere el propio caso bíblico. En cambio, en los juicios civiles, el requisito de presencia del demandado ante los testigos es por decreto rabínico, donde aquel versículo bíblico no es sino una *אמירת אדם* (Asmajta beAlma) *alusión legal pero no manifiesta o aprendida de forma patente en la Torá*, y consecuentemente aplicando circunstancias atenuantes como las referidas. Así, el Rab Adret como luego también el Rab Iosef Karo, el Rab Isserles, el Rab Sirkis y el Rab Taib,³⁹ dictaminan que en los juicios civiles (monetarios) hay un número de casos excepcionales donde se posibilita escuchar a los testigos en ausencia del demandado, por ejemplo, en caso de temor por parte del testigo en función de las características del demandado o bien que de no tomarle testimonio al testigo en el momento sino que al deber esperar a la parte litigante, corra un grave riesgo de perder dicho testimonio. No obstante, se enfatiza que en juicios penales criminales, no se acepta testigos en ausencia del demandado, y esto por decreto bíblico, pero en juicios civiles y en caso necesario donde no sea posible recibir el testimonio de un testigo en presencia del demandado, se puede aceptar dicho declarante ya que corresponde a un decreto rabínico.

³⁹ TB, *Babá Kamá* 112b . Shlomo ben Adret, *Jidushei HaRaShbA* (Ed. Rab Eliahu Lichtenshtain, Mosad HaRab Kook, Jerusalem, 2008) “Babá Kamá” 112b, nota 111, pp. 566-567. Shlomo ben Adret, *ShU”T haRaShbA*, 3:327; 1:1021. Iosef Karo, *Beit Iosef*, “Joshen Mishpat” 28:20. Moisés Isserles, *Mapá* “Joshen Mishpat” 28:15. Moisés Isserles, *Darjei Moshé* “Joshen Mishpat” 28:11; Moisés Isserles, *Mapá* “Joshen Mishpat” 140:10. Rab Itjak Taib, *Erej HaShulján*, “Joshen Mishpat” 28:11. Cabe destacar que algunos legistas entendieron que de otra responsa del Rab Shlomo ben Adret, *ShU”T HaRaShbA*, 2:376, se desprende que el decreto bíblico incluye también la obligatoria presencia de los litigantes ante los testigos incluso en los juicios civiles, pero que dada la permisión de su ausencia por lo mencionado en TB, *Babá Kamá* 112b, ésta también aplicaría a los juicios penales por el Levítico 24:22 que comanda *Habrá una misma Ley para ustedes*, ya que de todas formas la corte podría anular al testigo que testifica en ausencia de la parte litigante en juicios de penales. Ver también Akiva Eiguer, *Teshuvot Rabi Akiva Eiguer* (Kamá. Vol. II “Eben haEzer I”) 93:18, Lakewood: Madison Art School Press, 2003. pp. 256-257. Ver también el tratamiento extenso y profundo del tema en Rab Ovadia Iosef, *ShU”T Iabiá Omer*, I “Ioré Deá” 1:3. En este último sentido, cabe la problemática por la cual el decreto bíblico sería susceptible de excepcionalidades y contingencias, perdiendo el sentido absoluto del mismo, y diluyendo su diferencia esencial y jurídica respecto del decreto rabínico, el cual si bien *a priori* tiene carácter obligatorio, posee en casos específicos ciertos atenuantes.

En este mismo sentido, el Rab. Itzjak ben Shehet (s. XIV)⁴⁰ también explica que cuando se trata precisamente de juicios civiles, por su propia característica, siempre hay lugar para contradecir o refutar el juicio si el litigante encuentra un motivo adecuado, y que por ello no hay problema en aceptar coyunturalmente el testimonio del testigo en ausencia de la parte, ya que en caso de necesidad se revisará y reabrirá el juicio. Y aquí resulta sumamente clarificador el Rab Naftali Zvi Iehuda Berlin (s. XIX), quien argumenta que precisamente el Éxodo 21:29 patentiza la demanda presencial y por decreto bíblico del acusado para el testimonio de los testigos, en juicios penales, ya que el buey se juzga como corneador sólo cuando necesariamente los testigos testifican frente a su dueño, i.e., que éste fue advertido por dichos testigos de la condición de su buey; de lo contrario, el buey incluso por propia confesión de su dueño no se juzga como corneador. En cambio, en los juicios civiles, los testigos desempeñan el rol de ayudar a establecer la verdad de los hechos y no como parte *sine qua non* sea posible llevarse a cabo el juicio. En consecuencia, el acusado no tendría la necesidad de estar presente salvo por la promulgación del decreto rabínico el cual dictamina que el testigo se acepta sólo en presencia del acusado incluso en los juicios civiles.

En otras palabras, el no aceptar testigos en ausencia de las partes litigantes, en juicios penales, radica en el propio decreto bíblico, Éxodo 21:29, y sin que ello pertenezca a una ley procesal e instrumental en función de las justificaciones o variables de época, y por ello aplicando incluso a testigos que gozaren de una irrefutable integridad tal que no pueda sospecharse que mientan.⁴¹ Pero en los juicios civiles, por la citada categoría *halájica* denominada *אשמא באלמא בעלמא* (Asmajta beAlma) *alusión legal pero no manifiesta ni aprendida de forma patente en la Torá*, si bien por decreto rabínico rige la misma demanda presencial *a priori*, ésta no es absoluta y *a posteriori* puede validarse un testigo en ausencia de una de las partes, si así la extrema y coyuntural necesidad lo exige, tal como el caso donde el testigo tema por su integridad física dada las características del acusado, pudiendo aquél prestar testimonio en ausencia de éste. No obstante, y por cuanto el permiso autoriza, pero no obliga, cabe mencionar que acorde a las circunstancias y consideraciones del legista, algunos han sido exhaustivos

⁴⁰ Itzjak ben Sheshet, *ShU"t haRibaSh Hajadashot*, 20.

⁴¹ Shlomo ben Adret, *ShU"t HaRaShbA*, 2:376. Moisés Isserles, *Shut haRaMÁ* 12.

en la obligatoriedad de presencia de la parte litigante para la testificación del testigo aun en las contingencias mencionadas, tal como por ejemplo lo expone en uno de sus escolios el propio Rab Isserles.⁴² Si bien es posible aportar otros casos en juicios civiles, donde se discute la obligatoria presencia o no de los litigantes para la testificación de los testigos, e incluso en función de si estos son de la defensa o del demandante, tal como de hecho lo trae el *Shulján Aruj* al dictaminar que se puede aceptar testigos de la defensa en ausencia de la parte demandante,⁴³ aquí lo relevante, tal como lo indican el Rab Osher ben Iejiel, el Rab Menajem Meiri (ambos del s. XIII) y el Rab Israel Isserlein (s. XV),⁴⁴ es que existen casos, en juicios civiles, donde resulta críticamente dicotómica la coyuntura por la cual de cumplir con el principio procesal *a priori*, se lesione gravemente la posibilidad de justicia, su certeza o bien el ordenamiento, potestad o facultad jurídica del sujeto, demandante o demandado. Y esto sucede tanto por causas involuntarias, así como también premeditadas, deseando aventajar por cierta operatoria procesal o requisito imperativo por decreto bíblico, para realizar el cálculo jurídico en pos de lograr impunidad u otras injusticias, resultando en la tipificación *halájica* denominada *נשכר נשכר יהא שלא יהא חוטא נשכר* que no haya transgresor con provecho de su transgresión, la cual se explicará a continuación.

En coherencia con lo expuesto respecto a los testigos, el Maharam Moshé Shick (s. XIX),⁴⁵ aporta otra perspectiva respecto de la fase de escuchas de alegatos y cuya necesaria presencia es apoyada además en el determinante Deuteronomio 19:17 *...entonces se pararán los dos hombres [testigos] [y los] que sostengan la disputa [litigantes] delante de Ds*. Tal como se alude en TB, *Shevuot* 30a y se establece en TB, *Sanhedrín* 19a más el comentario de RaShÍ al versículo y a la última cita talmúdica, adicionando el Midrash Halajá *Sifri* 90 (s. II-III e.c.), dicho versículo debe ser interpretado en su primera parte respecto a los testigos; mientras que, en la segunda, respecto a los litigantes. Y entendiendo por Ds, a los jueces, tal como advierte Salmos 82:1 respecto de los jueces pervertidos, que *D's está parado en la*

⁴² Rab Moisés Isserles, *Mapá*, “Joshen Mishpat” 408:1.

⁴³ Iosef Karo, *Shuljan Aruj*, “Joshen Mishpat” 28:18. Ver también comentarios a la cita por parte del Rab Ieoshúa haCohen Katz, *SeMÁ* 56.

⁴⁴ Menajem Meiri, *Beit haBejirá* “Babá Kamá” 112b. Ver en este sentido Rab Osher ben Iejiel, *ShU”T HaROsh*, 41:6 y Rab Israel Isserlein, *Terumat HaDeshen*, “Psakim uKetuvim” 176.

⁴⁵ Moshé Shick, *ShU”T Maharam Shick*, “Joshen Mishpat” 2.

congregación de jueces, en medio de los jueces. Es por ello que, en el comienzo del juicio, incluso en los civiles (monetarios), y *a fortiori* en los penales criminales (capitales) resulta obligatoria la presencia de las partes litigantes, y esto es directamente por decreto bíblico. Ahora bien, en la culminación del juicio, y esto se aprende del versículo y caso citado respecto del toro corneador y su dueño, hay que diferenciar entre los juicios penales criminales, cuya presencia de las partes es por decreto bíblico y los juicios civiles, donde la presencia de las partes es por decreto rabínico -talmúdico- y por ende no de categórica y absoluta demanda. Luego, durante las escuchas de alegatos no hay diferencia entre *a priori* o *a posteriori* para validar el proceso, pero en la etapa final del juicio y sentencia, en los juicios civiles es posible dictaminar el fallo en ausencia del acusado.

No obstante, el mismo Maharam Shick atiende a la cuestión de las excepciones antes mencionadas en caso de acusados violentos o peligrosos, y que intimiden a los testigos perdiendo el testimonio de estos o incluso falseándolo, declarando que el tribunal puede castigarlos por fuera de lo indicado en la Torá. Explícitamente, *ואם א"א בענין אחר אמרינן ביבמות דף צ' דאפילו בקום ועשה יש כח ביד חכמים לעשות סייג לתורה ולענוש גם באופן שאינו כתורה וגם עובר עה"ת רשאי לעשות לצורך שעה. אבל לא מצינו אלא יי ו si es imposible de otra forma, en TB, Ievamot gob, ya se dijo que incluso mediante una acción directa, los sabios tienen la facultad de poner un cerco de defensa a la Torá y penalizar también de modo distinto a la Torá; y está permitido pasar provisional y acotadamente sobre la Torá en caso que la coyuntura así lo exija excepcional y extraordinariamente. Pero no encontramos, y así me parece, estas excepciones sino en dichas circunstancias.*⁴⁶

Así, es posible encontrar aun en las diferencias, por sobre todo en lo que respecta a los juicios civiles (monetarios), que siempre se contemplan las excepcionalidades en pos de lograr hacer justicia, pero aun con ello nadie discute la absoluta necesidad presencial del acusado frente a la corte en casos de juicios penales criminales (capitales).

Con lo hasta ahora expuesto, ya es posible comenzar a extraer algunas conclusiones no sólo respecto del específico tópico abordado sino también en términos comparativos con otras bases jurídicas fundacionales. Así, respecto de lo conocido por derecho procesal, es decir, el conjunto de

⁴⁶ Ibidem.

normas que regulan el proceso judicial cuyo propósito es arribar a una determinación respecto del litigio establecido entre las partes, la *halajá* contempla y hace frente a la posibilidad de impunidad u otras injusticias por cuestiones técnicas procesales ocasionando iniquidades, bajo la ya mencionada tipificación denominada *ישלף יהא זונטא נשכר* que no haya transgresor con provecho de su transgresión. Éste es un principio legal talmúdico, proveniente de la Mishná⁴⁷ y basado a su vez en lo denominado como *סברא* (sebará) deducción lógica y concluyente a partir de múltiples y diversos versículos bíblicos que coartan y conminan a confinar toda posibilidad de beneficio a partir de una transgresión o falta,⁴⁸ y por lo cual en numerosos y diferentes casos de múltiples tipos registrados en la literatura talmúdica y post-talmúdica, se ha sentenciado a transgresores aun cuando acorde al estricto procedimiento no debieron ser penalizados. No obstante, cabe destacar que el otro lado de esta flexibilidad procesal conlleva el riesgo de arbitrariedad del juez o de la corte deviniendo en otra posible injusticia, penalizando a quien no debiera. En otros términos, por un lado, se tiene un desvío al establecer la normativa procesal jurídica como finalidad para asegurar un juicio justo; y, por otro lado, se obtiene otro desvío haciendo que dicha normativa sea tan endeble como subjetivamente le requiera el tribunal, incumpléndola en función de las parcialidades de un juez o una corte revestidas en una búsqueda de justicia no obstaculizada por tecnicismos.

En resumen, la visión jurídica en el judaísmo se descubre como básicamente no formalista, y por lo tanto, aun cuando existen y son de importancia las instrucciones procesales, no dejan de ser instrumentos en pos de llegar a la verdad e implementar justicia. Es posible decir entonces que, el criterio en la *halajá* radica en que la finalidad judicial es encontrar la verdad y hacer justicia, y no sólo la implementación de un juicio. La fuente de este no formalismo procesal se manifiesta patentemente en Éxodo 18:16, cuando Moisés le describe a su suegro, Itró, la forma en la cual se impartía justicia al salir de Egipto, diciendo que *cuando tienen algún asunto, uno viene a mí y yo juzgo entre cada hombre y su prójimo, y les hago saber los estatutos de Ds y sus enseñanzas*. Aquí no hay ningún tipo de alusión a alguna formalidad procesal. Las partes se apersonaban a Moisés, quien

⁴⁷ Mishná, *Makot* 2:7.

⁴⁸ Por ejemplo, Génesis 20:6; Levítico 5:11, 15:12; Números 5:28; entre otros.

resolvía el litigio como juez y acorde a la ley de Ds, a su vez enseñándola, sin una intermediación preestablecida o determinada como regla para ello. El mismo concepto se manifiesta en el caso expuesto en Éxodo 22:7, cuando en relación al robo de aquello que fue entregado a alguien para su custodia dice que, *Si el ladrón no es hallado, el dueño de la casa se acercará a los jueces, [y declarará] que no extendió su mano sobre la propiedad de su compañero.* Esta relación directa entre las partes y el juez, posee también su correlato *halájico* en la imposibilidad que los testigos puedan prestar testimonio por escrito sino sólo oralmente frente al juez o al tribunal, sin perder el impacto que proviene de escuchar por boca de quien testifica; mismo criterio ya mencionado para las partes litigantes quienes deben prestar declaración oralmente y frente al juez o al tribunal, tal como lo expone el Rab Iosef Karo,⁴⁹ y expresa muy clara y explícitamente su antecesor el Rab Itjak ben Sheshet (s. XIV)⁵⁰. Y para ello se contempla que el declarante que por equivocación se auto-inculpare y manifieste cuestiones que lo comprometan, pueda retractarse y corregir su discurso argumentativo,⁵¹ y en caso que éste posea sentido y significado tal que permita satisfactoriamente dicha corrección, el juez no deberá proceder acorde a lo declarado en principio, dado que su función es tal como indica el Talmud,⁵² *לומר לאמיתו לדין אמת להוציא דין אמיתו* *pronunciar un juicio verdaderamente verdadero.*

Y aquí se debe prestar atención a la redundancia final dado que si bien manifiesta, tal como explica el Rab Adret⁵³ y el Rab Sheshet,⁵⁴ el énfasis en la investigación e indagación con todos los medios disponibles por parte del tribunal, y aun cuando en apariencia resulte obvio el fallo del juicio; también patentiza la existencia de una verdad que no es tal, explicada por el Rab Osher ben Iejiel (s. XIII)⁵⁵ como la diferencia entre el juicio acorde a la coherencia procesal y el juicio acorde a la verdad que posiblemente se esconde y no se descubre tras aquella congruencia. Unos años más tarde, el Tosfot también expresa esta diferencia entre verdades jurídicas, i.e., cuando

⁴⁹ Iosef Karo, *Shulján Aruj*, “Joshen Mishpat” 13:3.

⁵⁰ Itjak ben Sheshet, *ShU”T HaRiBaSh* 298.

⁵¹ Iosef Karo, *Shulján Aruj*, “Joshen Mishpat” 80:1.

⁵² TB, *Shabat* 10a; TB, *Sanhedrín* 7a.

⁵³ Shlomo ben Adret, *ShU”T HaRaShba* 1:1146; 3:73-74.

⁵⁴ Itjak ben Sheshet, *ShU”T HaRiBaSh* 454.

⁵⁵ Osher ben Iejiel, *ShU”T haROsh* 107:6.

según el procedimiento se dictamina una sentencia la cual no es acorde a la verdad fáctica por haberla encubierto y/o desviado pero cumpliendo con todos y cada uno de los procesos y tecnicismos legales.⁵⁶ Y así lo manifiesta con precedencia y desde la casuística el Rab Abraham ben David (s. XII), cuando responde sobre un caso donde una de las partes litigantes, en un juicio civil, se equivocó en su argumentación o bien hay dudas sobre su declaración *שאינ לנו לילך אחר טענות, אלא להוציא הדין אמת לאמתו, ... ולכן ... הדבר תלוי בב"ד אם יראו כי משגגה ומפתיות טען מה שטען ... שלא ילכו אחר ... אלא שיתקנו הדבר ...* *porque no debemos proceder [ciegamente] tras los argumentos, sino pronunciar un juicio verdaderamente verdadero, ... y por ello la cuestión depende del tribunal rabínico de justicia si ve que por error y negligencia argumentó lo argumentado... que no vaya tras la rigurosidad del procedimiento legal, sino que corrijan la cuestión...*⁵⁷ Este mismo concepto lo normaliza más tarde y nuevamente el Rab Iosef Karo.⁵⁸ Es por ello que más tarde, el Gaón de Vilna (s. XVII) describe dos fundamentales características de un juez para reducir la posibilidad de un juicio verdadero procesalmente pero falso en lo denominado derecho de fondo, diciendo que *אבל הדיינים צריכין להיותו בקיין גם בטבעו של עולם בכדי שלא יהיה דין מרומה דאם לא יהיה בקי בענינים אף שיהיה בקי בדין תורה לא יצא הדין אמת לאמיתו כלומר אעפ"י שיפסוק אמת לא יהיה לאמתו ... ולכן צריך הדיין ... להיות בשניהם בקי ...* *pero los jueces deben ser entendidos en temas de la naturaleza del mundo [material y humano] para que el juicio no sea una estafa, porque si no fuera [el juez] entendido en esos temas, aun cuando sea experto en las leyes y juicios de la Torá no resolverá el juicio verdaderamente verdadero, es decir, aun cuando sentencie con verdad no será verdadero... y por eso el juez debe ser entendido en estas dos áreas de competencia...*⁵⁹

No obstante, y tal como ya se ha mencionado, la flexibilidad procesal podría conducir a arbitrariedades y abusos por parte de los magistrados, cuya consecuencia nuevamente podría ser la impunidad e injusticia, y donde cabría el argumento que el derecho procesal sea precisamente el instrumento para evitar aquellas subjetividades, reduciendo las posibilidades de la dependencia del juicio por las parcialidades o

⁵⁶ Tosfot al TB, Babá Batrá 8b.

⁵⁷ Abraham ben David, *ShU"t Tamim Deim* 56. Abraham ben David, *Teshuvot uPsakim* 19.

⁵⁸ Iosef Karo, *Beit Iosef* "Joshen Mishpat" 1:2.

⁵⁹ Eliahu Zalman, *Aderet Eliahu* al Proverbios 6:4.

individualidades de las cuales pueda ser sujeto el juez. Y más aún cuando en la *halajá* el juez no es un protagonista pasivo frente al procedimiento entre el demandante y el demandado, sino más bien una parte esencial en la investigación e indagación de las partes litigantes así como de los testigos. Si bien no es el foco de este trabajo, hay múltiples y diversas variables para evitar lo antes mencionado, no sólo en la determinación de quién puede ser juez, sus estudios, experiencia, méritos, calidad y conducta, sino además a partir del número de jueces para la conformación del tribunal, así como también las diversas instancias y contingencias en el transcurso del juicio; lo relevante aquí es que como ya se ha demostrado, la *halajá* no es formalista en sus fundamentos. Los procedimientos son instrucciones guías que, si bien por un lado son prescriptivas para posibilitar llevar a cabo el juicio, no son habientes de carácter intransigente cuando el caso lo requiera y donde un tecnicismo lesione la posibilidad de justicia para alguna de las partes. Allí, el tribunal debe tomar las precauciones del caso para no sacar mentira de verdad en la orientación del proceso de investigación proporcionando los medios argumentales falsificando el testimonio, transgrediendo de esa forma la Mishná, *Abot* 1:9 cuando exhorta *Interroga exhaustivamente a los testigos, y sé precavido con tus palabras para que ellos no aprendan a mentir*. Así, la búsqueda de verdad y justicia llega al punto tal que el Rab Iosef Jaim ben Eliya (s. XIX), trayendo pruebas talmúdicas y responsas de sus predecesores, concluye que *שמותר לשקר כדי לברר האמת וכדי להעמיד האמת על בריי ותיקונו* *le está permitido al tribunal mentir en función de hallar y esclarecer la verdad sobre lo confuso y enmendarlo*.⁶⁰

Luego, la *halajá* no busca sólo la implementación del juicio como instrumento y canal para resolver litigios entre partes, sino que la función es hacer justicia, encontrando la verdad, dentro de las posibilidades disponibles. En otras palabras, si la finalidad del tribunal de justicia rabínica es llegar a un juicio *verdaderamente verdadero*, dentro de las posibilidades asequibles, todo instrumento procesal no debe ser entendido sino para asistir y asegurar el logro de dicho objetivo. Y así lo reitera el Gaón de Vilna cuando expresa en este mismo respecto que el cumplimiento de estos principios es la justicia en el juicio, luego, hay que conducirse mediante ellos en la realización del juicio y que no causen injusticias, iniquidades o maldad.⁶¹

⁶⁰ Iosef Jaim ben Eliya, *Rab Pealim* III “Joshen Mishpat” 1.

⁶¹ Eliahu Zalman, *Aderet Eliahu* al Isaías 1:21.

En conclusión, en la *halajá*, el derecho procesal sirve al derecho de fondo y no su inversa, debiendo defender la rectitud y la justicia en lugar de pervertirla, y así lo atestigua por un lado el TB, *Sanhedrín* 7a, cuando establece en base a Salmos 12:6 *Por el despojo de los pobres, por el gemido de los menesterosos, ahora Me levantaré a salvarlos, dirá Ds, pondré a salvo al que hablare contra el malvado*, que *וכל דיין שאינו דן דין אמת לאמיתו גורם* que *y todo juez que no juzgue un juicio verdaderamente verdadero causa que la presencia divina salga de Israel*; y por otro lado el TB, *Shabat* 10a, cuando en base al Éxodo 18:13, *...Moshé se sentó a juzgar al pueblo, y el pueblo se quedó de pie ante Moshé desde la mañana hasta la noche*, atestigua que *כל דיין שדן דין אמת לאמיתו אפילו שעה אחת מעלה עליו* que *todo juez que juzga un juicio verdaderamente verdadero, incluso por una sola hora, trae sobre él el versículo, como si fuese un compañero de Ds en la obra de la creación [por cuando allí en el Génesis dice “y fue la noche, y fue la mañana”]*.

Pero la pregunta fundacional entonces es, si es posible implementar justicia sin conocer la verdad, dado que por un lado la postulación de la verdad jurídica o formal está vinculada a lo deducido a partir de declaraciones o elementos probatorios de un eventual hecho y sus circunstancias, procesado a través de la compleja narrativa de versiones en pugna. Y por otro lado existe la verdad fáctica o material, vinculada a la realidad de los propios hechos o acontecimientos. Si bien el ideal radica en que la verdad formal reconstruya y refleje la verdad material, habiendo coherencia y exactitud entre lo que realmente ocurrió y los aportes, registros o toda clase de documentos y elementos probatorios, no siempre ocurre, ya sea intencionalmente o por errores, falta de pruebas, o bien por las restricciones propias del proceso y las variables que involucra así como también las limitaciones y capacidades de los jueces para determinar lo sucedido, mediante sus indagaciones. En estos términos es posible observar que si bien en la *halajá* el juez tiene como imperativo juzgar un juicio *verdaderamente verdadero*, indagando primero por el concepto de verdad material o fáctica, para luego y en función de las intenciones descubiertas poder sentenciar justamente, no siempre puede lograrse. En términos preceptuales, aun cuando el juez o el tribunal deba, acorde al Deuteronomio 13:15, investigar e indagar para el descubrimiento de la verdad fáctica, no asegura su logro. Incluso adicionando dos testigos directos y oculares del hecho, tal como preceptúa el Deuteronomio 19:15, y no indirectos o por

transmisión oral, aun cuando lo escuchó de quien su reputación sea intachable, tal como instruye la Mishná, *Sanhedrín* 4:5 y luego amplia TB, *Sanhedrín* 37b. Esto es, puede no ser suficiente para el descubrimiento de la verdad fáctica, las interrogaciones, indagaciones e investigaciones de las partes y de los testigos, y por sobre todo respecto de los últimos en cuanto a sus testimonios y declaraciones, explicado así por el *Midrash Tanaim* (ss. II-III e.c.) sobre el Deuteronomio 13:15, cuando indica que debe ser *אמת מאת מעלה* *verdadero desde aquí y correcto desde aquí*, expresando que no debe haber la más mínima duda en el corazón de los jueces y que toda contradicción entre los testigos en algún detalle relevante anula el testimonio no pudiendo los jueces aceptar como verdadero nada de lo dicho. Es por ello que, si bien la justicia debe ir en congruencia con la verdad de los hechos, la propia esencia de la justicia en la Torá rechaza *a priori*, por sobre todo y más allá de toda definición de justicia, que un inocente sea penado y que un culpable quede impune. Y más allá que el sistema *halájico* contempla también la justicia divina, consideración ausente en el derecho positivo, ambos sistemas dedican sus esfuerzos a la justicia acorde al juicio y en vistas de la verdad.

Para observar la forma en que la *halajá* resuelve esta problemática, lo cual dará mayor claridad a la resolución del caso penal cuando el acusado no se presenta ante el tribunal, ya que no es posible realizar el juicio penal en ausencia de aquél, en Éxodo 23:7 se preceptúa que *al limpio [juizado culpable por el Tribunal pero realmente inocente] y al justo [juizado inocente por el Tribunal pero realmente culpable] no ejecutarás*. La *halajá*, tal como lo trata en el TB, *Sanhedrín* 33b, explica RaShí, y luego lo expresa Maimónides,⁶² ha entendido dicho imperativo como la no ejecución del *limpio*, alguien encontrado culpable por el tribunal pero que luego y antes de la ejecución capital otro puede aportar pruebas en su favor que demuestran su real inocencia del cargo imputado, reabriendo nuevamente el juicio; y la no ejecución del *justo*, como quien fue encontrado inocente por el tribunal respecto del cargo imputado, pero luego alguien aporta una prueba para comprobar su real culpabilidad, no confiriendo la posibilidad de regresar al juicio y sentenciarlo. Es decir, aquí y en los propios términos bíblicos se establece la resolución frente a casos donde la verdad jurídica o formal no coincide con la verdad fáctica o material, pudiendo *a priori*

⁶² Maimónides, *Mishné Torá* “Leyes sobre el Sanhedrín” 10:9.

concluir que existe una cierta injusticia en el último caso por cuanto el juzgado inocente no regresa al juicio ante una posterior prueba que lo culpabilice, y desde ya sin poder penalizarlo. Si bien es posible explicar dicha situación mediante lo expresado por Maimónides cuando alude al precepto que prohíbe decidir un caso capital por probabilidad, enseñado a partir del versículo mencionado supra, *ולזכות אלף חוטאים יותר טוב ונכסף מהרוג זכאי*, *ו' אהד י' אהד* y *declarar inocente a mil transgresores es mejor y más deseado que matar a un inocente un día*,⁶³ no deja por ello de permanecer injusto, dado que culpables permanecen impunes.

En estas circunstancias, si bien otras culturas, tal como la romana, resuelve el problema haciendo que la verdad óntica sea la epistémica, dando cuenta de ello el concepto de *veritas* “veracidad o verosimilitud”, aquello más probable que haya sucedido, haciendo de lo epistémico lo óntico, i.e., de la veracidad la verdad; en la *halajá*, esto se ha resuelto mediante el carácter deóntico preceptual como fuente de definición. Y así se explica que no hay injusticia en el caso mencionado donde el juzgado penalmente como inocente no vuelve a juicio ante nuevas pruebas inculpativas, dado que allí, la Torá, fuente deóntica y de justicia, dictamina que el juzgado inocente no sea traído nuevamente a juicio aun ante alguien que dice tener una prueba inculpativa, siendo eso mismo lo justo. Mismo criterio para que del mismo folio talmúdico citado se legisle inversamente al Éxodo 23:7, y así también Maimónides y otros lo sentencian,⁶⁴ cuando se trata de un *משט* (*mesit*) *instigador o incitador a la transgresión*. Es decir, en caso de un *mesit*, si resulta juzgado inocente, ante alguien que luego ofreciera una prueba inculpativa, se reabre el juicio y eventualmente se lo sentencia; así como si es juzgado culpable, si alguien luego aportara una prueba de su inocencia no se reabre el juicio y se ejecuta su sentencia. Y ello es porque respecto de los instigadores o incitadores, la Torá en Deuteronomio 13:9-12 comanda primeramente que *tus ojos no tendrán compasión de él y no te apiadarás, y no le encubrirás. Sino que ciertamente harás que muera... y todos en Israel escucharán y temerán, para que no sigan haciendo como esto en tu seno*.

⁶³ Maimónides, *Séfer haMitzvot*, “Precepto Proscriptivo” 290.

⁶⁴ Maimónides, *Mishné Torá*, “Leyes sobre el Sanhedrín” 11:5. Ver también sobre el TB. *Sanhedrín* 33b, el Rab Meir haLevi Abulafia, *Iad RaMÁ*: Rab Menajem Meiri, *Beit HaBejrá*. No obstante, hay quienes consideran que, en ciertas condiciones y si es el caso del aporte de pruebas para su inocencia, una vez declarado culpable, sí se reabre el juicio. Ver Josef bar Moshé Babad, *Minjat Jínuj* 462.

En otros términos, si bien la verdad no es escindible de la inteligibilidad, así como tampoco el conocer del constatar, y por ello existe una relación lógica entre el conocer y el justificar, introduciendo la variable de la justicia a partir de lo epistémico; el hacer justicia en el marco de un hecho y sus protagonistas, no implica una exclusiva subordinación lógica a éste, sino en última instancia una relación deóntica y responsable por la cual se los somete a una determinada norma; y más allá de probar el hecho y sus circunstancias, la *halajá* busca hacer lo justo cuya medida y regla radica en la Torá. De ahí su independencia del arbitrio y su trascendencia del correlato entre el hecho y la sentencia estrictamente acorde a éste y/o a *fortiori* sin subyugarse a tecnicismos procesales. Este mismo criterio se aplica en la misma Mishná, *Sanhedrín* 9:5 y luego tratado en TB, *Sanhedrín* 81a-b, cuando en alusión a Números 35:33, *...la tierra no tendrá expiación por la sangre que fue vertida en ella, sino con la sangre del que la vertió*; Deuteronomio 13:6 *...y eliminarás el mal de tu interior*, así como a Salmos 34:22, *Matará al malo la maldad, y los que aborrecen al justo serán condenados*, y explicado por RaShÍ en su comentario talmúdico así como por la mayoría de los exégetas y legistas medievales tal como el Rab Nisim de Gerona⁶⁵ como הלכה למשה מסיני *Ley Oral entregada a Moshé en el Sinaí* y por ende con categoría Torática,⁶⁶ i.e. decreto bíblico, se determina que el tribunal rabínico, cuando de forma clara y patente demuestra y sabe que en verdad y certeramente el acusado es culpable de homicidio doloso y cuya pena es capital, aun cuando por meros tecnicismos no esenciales para determinar la veracidad del hecho pero sí para enmarcarlo en las exactas circunstancias y requerimientos acorde la Ley, no puede ejecutar al culpable acorde a la pena que la ley prescribe normalmente para dicho caso, se lo encierra en un muy estrecho lugar donde no puede si quiera acostarse, y mediante una especial dieta finaliza muriendo aunque no de hambre sino por trastornos esofágicos o estomacales. Si bien Maimónides y el Rab Iosef

⁶⁵ Nisim de Gerona, *Jidushei HaRaN*, “Sanhedrín” 81b.

⁶⁶ En esta categoría legal, se enmarcan las leyes que han sido transmitidas de generación en generación, de un sabio al otro, desde Moisés quien las escuchó en la entrega de la Torá Escrita y Oral en el monte Sinaí. Dichas leyes orales si bien no tienen un basamento explícito y manifiesto en la Torá Escrita o derivadas de la metodología y lógica *halájica*, sí poseen versículos alusivos.

Karo⁶⁷ enfatizan lo mencionado supra, y que dicho juicio es únicamente en caso de homicidio doloso en las circunstancias donde por tecnicismos el homicida estaría exento de pena, el precedente exégeta y legista Rab Meir HaLevi Abulafia (s. XII), prestando anuencia a ello adiciona que dicha punición es *לֹא יִכְפְּלוּ לְדוֹר וָדוֹר הַרוֹצְחִים* para que no se multipliquen los homicidas,⁶⁸ dando cuenta que la justicia no sólo es una relación deóntica y normativa entre las partes litigantes o víctima y victimario más el magistrado en el marco del hecho sujeto de investigación jurídica, sino que también es la preocupación y responsabilidad por un tercero. En este sentido, la justicia siempre es una relación impar, donde no basta la expiación por el arrepentimiento o perdón entre las partes, sino que hay una responsabilidad deóntica para con la Ley resultando necesaria también la enmienda, compensación o rectificación y preocupación por un tercero. Es por ello que Maimónides siempre conjuga el plano personal expiatorio con la enmienda inter-pares o para con Ds, según el caso. Por ejemplo y en relación al primero, cuando quien transgredió para con su prójimo y le debía dinero, pero el acreedor murió, debe pararse frente a su tumba con otras diez personas declarando su transgresión y devolver el dinero a sus herederos; y en caso de no haberlos, al tribunal rabínico.⁶⁹ Luego, hay una cierta violencia necesaria a partir del rigor de la justicia y por ende legítima, sentenciando apropiadamente sin importar el resultado, y que posteriormente puede dar lugar a la misericordia; pero si ésta antecede a la justicia, la deforma, tal como indica Salmos 89:33-34 *...entonces castigaré con la vara su delito y con plagas su iniquidad. Empero mi merced no anularé con él (David), y no falsearé mi fidelidad.* Y tal como Maimónides demuestra a lo largo de sus Leyes de Arrepentimiento, la expiación no suple la enmienda, ni ésta la anterior.⁷⁰ Interesante en este respecto es la traducción sociológica que realiza el Rab Abarbanel (s. XV)⁷¹ responsabilizando a la corte de justicia por el orden social y la conducta correcta, motivo por el cual se le permite penalizar no necesariamente acorde a lo indicado en la Torá.

⁶⁷ Maimónides, *Comentarios a la Mishná* “Sanhedrín” 9:5; Maimónides, *Mishné Torá* “Leyes sobre Asesinos y Preservación de la Vida” 4:8-9 y comentarios de Josef Karo, *Kesef Mishné* “Leyes sobre Asesinos y Preservación de la Vida” 4:8.

⁶⁸ Meir HaLevi Abulafia, *Iad RaMaH* “Sanhedrín” 81b.

⁶⁹ Maimónides, *Mishné Torá* “Leyes sobre el Arrepentimiento” 2:11, y en general todo dicho libro.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ Comentarios al Deuteronomio 17.

Mismo criterio manifiesto en boca del tanaíta Raban Shimón ben Gamliel en la Mishná, *Makot* 1:10, pero sobre todo en coherencia con lo discutido en el TB, *Sanhedrín* 46a, donde se expone la categoría *halájica* que brinda la posibilidad para que el juez o tribunal penalice incluso por fuera de la Torá ante una situación específica y coyuntural que lo demande, aunque sin hacer de ésta una jurisprudencia aplicable a todo caso similar, en el sentido de no poder extraerse de la interpretación y resolución de un caso particular y determinado, otra igual y establecida como ley para todos los similares, aun cuando eventualmente se repita en más de dos resoluciones. En la mencionada cita talmúdica el tanaíta del s. I e.c., Rabi Eliezer ben Iaakov escuchó y aprendió de sus maestros que *בית דין מכין ועונשין שלא מן התורה, אלא כדי לעשות סייג לתורה* la corte rabínica de justicia azota y dictamina pena capital aun cuando no es acorde a lo escrito en la Torá, pero no les está permitido falsear de modo tal de penalizar a quien no es culpable transgrediendo la Torá cuando ésta no dictamina la pena capital, sino sólo para cercar la Torá. Luego, continúa describiendo algunos casos alusivos donde se implementaron penas acordes a dicha resolución para los cuales, si bien la Torá no sentencia dicha punición, el marco de la situación social así lo demandaba en pos de confinar y/o no fomentar la transgresión, lascivia o libertinaje. Es precisamente en este sentido que el Rab Shimon ben Adret (s. XIII) y el Rab Nisim de Gerona (s. XIV), citando a su vez el comentario talmúdico de RaShí al TB, *Sanhedrín* 46a, expresan la prohibición de hacer de dichas resoluciones capitales sobre transgresiones que ordinariamente no le caben *כדרך תקנה עולמית לפי שזה יהי' כמוסיף על דברי תורה אבל יש להם לענוש איזה עונש הן עונש מלקות הן עונש מיתה לפי צורך שעה כשהדור פרוץ כמו si fueran un decreto permanente dado que ello sería como adicionar a las palabras de la Torá, pero [los sabios] deben penalizar con azotes o capitalmente acorde a la necesidad coyuntural ante una generación libertina.⁷² Y luego de hacer algunas acotaciones y limitaciones en cuando a la aplicabilidad de esta potestad por parte de la corte rabínica de justicia, para casos fuera de la tierra de Israel, el Rab Nisim de Gerona afirma que *אבל בענין מלשינים ומסירות כבר נתפשט המנהג להרגם כשהוחזקו בחוצה לארץ מדין רודף* pero en cuestiones de delatores y entregadores [de judíos a los gentiles] se ha extendido la costumbre de matarlos, incluso fuera de la Tierra de Israel, enjuiciándolos y*

⁷² Nisim de Gerona, *Jidushei HaRan* "Sanhedrin" 46a.

*sentenciándolos bajo la tipificación de persecutores [que atenta contra la vida de otro y por ende la ley indica que de no poder neutralizarlo debe matárselo previniendo que mate a su perseguido].*⁷³ Y el Rab Shimon ben Adret acota, entre las diferentes penalidades fuera de lo que estrictamente la Torá demanda para ese caso específico y dentro de la categoría *halájica הוראת שעה* (oraát shaá) *resolución [mandato u orden] provisional*, poniendo un coto a lo disoluto de determinados casos que conducen al descarrío social, que *וכן עושין בכל דור ודור ובכל מקום ומקום שרואין שהשעה* *Y así hacemos en toda generación y en todo lugar cuando se observa que la coyuntura demanda castigar a los tontos [truhanes] y a los adolescentes que desfallecen en sus distorsiones conductuales.*⁷⁴

Más allá de la discusión en detalle entre algunos legistas judíos medievales, sobre la implementación de dicha potestad y sentencia frente al caso coyuntural y los requerimientos respecto de la calidad, categoría y autoridad de los jueces de la corte, Maimónides sentencia y clarifica dos veces en este mismo respecto explicitando que la corte es habiente de la facultad de decretar una pena por *הוראת שעה* (oraát shaá) *resolución [mandato u orden] provisional* sentenciando la pena de muerte a quien si bien técnicamente por la concurrencia de sus acciones y circunstancias no le cupiese, las autoridades competentes así lo determinan por considerarla coyunturalmente apropiado para evitar determinados abusos o excesos en este respecto, debiendo *לחזק הדת ולעשות סייג כדי שלא יעברו העם על דברי תורה, מכין ועונשין שלא כדין אבל אין קובעין הדבר לדורות ואומרים שהלכה כך הוא, וכן אם ראו לפי שעה לבטל מצות עשה או לעבור על מצות לא תעשה כדי להחזיר רבים לדת או להציל רבים מישראל מלהכשל בדברים אחרים עושין לפי מה שצריכה השעה, כשם שהרופא חותך ידו או רגלו של זה כדי שיחיה כולו כך בית דין מורים בזמן מן הזמנים לעבור על קצת מצות לפי שעה כדי שיתקיימו [כולם] כדרך שאמרו חכמים הראשונים חלל עליו שבת אחת כדי שישמור שבתות הרבה reforzar la Ley y hacer un cerco para que el pueblo no transgreda la Torá, penalizan no acorde al juicio pero no establecen aquello para todas las generaciones y la promulgan como Ley; y entonces, si ve [la corte] acorde a la coyuntura, omitir preceptos prescriptivos y transgredir preceptos proscriptivos para hacer retornar a muchos a la Ley o salvar a muchos de*

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ Shimon ben Adret, *ShU"t HaRaShbA* 3:393.

*Israel de fracasar en otras cuestiones, penalizan acorde a lo necesario coyunturalmente; tal como el médico corta la mano o pierna de alguien para que dicha persona viva, así la corte rabínica de justicia ordena de tanto en tanto transgredir unos pocos preceptos acorde a la necesidad coyuntural para que se cumplan todos, tal como dijeron los sabios precedentes, “profana sobre él un shabat para que cumplan muchos shabatot”.*⁷⁵ Reafirmando dicha resolución al manifestar nuevamente que *וכיון שרואים בית דין שפרצו העם בדבר יש להן לגדור ולחזק הדבר כפי מה שיראה להם הכל הוראת שעה לא י* y debido a que el tribunal considera que el pueblo se tornó libertino en algún aspecto, deben cercar y reforzar dicha cuestión acorde a los considerado por dicho tribunal, y todo ello siempre es una resolución [mandato u orden] provisional, la cual no se fija ni establece como Ley para todas las generaciones.⁷⁶

Y así, si bien la *halajá* contempla la muerte por los cielos, pero no por tribunal de justicia, para quien no ha matado por propia mano sino mediante un tercero contratado o demandado por aquél para tal fin, tal como claramente especifica Maimónides,⁷⁷ la ausencia de pena capital por la corte de justicia para el contratante o demandante, es relativa dado que la misma *halajá* indica que el rey de Israel por su potestad, está facultado por sentencia regia a matarlos por considerarlo en beneficio de las personas y como mejora en el mundo, o incluso la misma corte rabínica de justicia si juzgare conveniente también la pena capital en función de la ya mencionada *הוראת שעה* (oraát shaá) o resolución [mandato u orden] provisional frente a una necesidad circunstancial, coyuntural, también está autorizada para ello. Explícitamente dice *בית דין מחוייבין בהן שאינן מחוייבין מיתת בית דין. אם רצה מלך ישראל להרגם בדין המלכות ותקנת העולם הרשות בידו. וכן אם ראו בית דין להרוגם בהוראת שעה. אם היתה השעה צריכה לכך יש להם רשות. כפי מה שיראו.* Y todos aquellos asesinos y sus similares en caso, que no tienen pena de muerte por tribunal; si el rey [judío] quiere ejecutarlos por sentencia regia y enmienda general, está facultado para hacerlo. Y así, si el tribunal de justicia considera matarlos por una resolución [mandato u

⁷⁵ Maimónides, *Mishné Torá* “Leyes sobre Rebeldes” 2:4.

⁷⁶ Maimónides, *Mishné Torá* “Leyes sobre el Sanhedrín” 24:4.

⁷⁷ Maimónides, *Mishné Torá*, “Leyes sobre el Homicida y la Preservación de la Vida” 2:2. Ver también Maimónides, *Mishné Torá*, “Leyes sobre Agentes y Socios” 2; “Leyes sobre Ofrendas” 4. Josef Karo, *Shulján Aruj*, “Joshén Mishpat” 188. Esta ley tiene como base el tratamiento en TB, *Babá Matziá* 71b. TB, *Babá Kamá* 51a y TB, *Kidushín* 41b.

orden] provisional; si la coyuntura lo demandare; he aquí que el tribunal está facultado en función de lo que considere.⁷⁸ E incluso, más allá de lo que pueda ser considerado coyunturalmente, בית דין חייבין מכל מקום להכותם, מכה רבה הקרובה למיתה ולאסרם במצור ובמצוק שנים רבות ולצערן בכל מיני צער כדי להפחיד ולאיים על שאר הרשעים שלא יהיה הדבר להם לפוקה ולמכשול. ואמר הרניי מסבב להרוג אויבי כדרך שעשה פלוני ואפטר. *El tribunal de justicia, en todo caso, deberá [al contratante] azotar severamente hasta estar próximo a morir, aprisionarlo rigurosamente durante muchos años sometándolo a todo tipo de padecimientos para atemorizar e intimidar al resto de los malvados, y que no devenga esta cuestión [ausencia de pena capital por tribunal de justicia] en una trampa y seducción para que otros digan “me las ingeniaré para matar a mi enemigo tal como lo hizo fulano y quedará absuelto [impune].”*⁷⁹

Hasta aquí y acorde a lo analizado, es posible concluir que el judaísmo no permite los juicios penales criminales en ausencia debido a los motivos, causales y fundamentos analizados. No obstante, y bajo ciertas condiciones el judaísmo sostiene la facultad extraordinaria por parte de los tribunales para toda acción por fuera del estricto proceso judicial, cuando la situación así lo demande en casos de extrema necesidad, como por ejemplo y traducido al caso en cuestión, la no relevancia en el proceso de entrega o presencia del imputado o acusado para ser juzgado. Esto es, no importa la forma en la cual el acusado se hace presente en el juicio, si está se lo juzga. En este sentido, existen en el presente un número de estrategias para quienes no sólo predicán, sino que realmente luchan contra flagelos como el terrorismo y otros crímenes aberrantes o de lesa humanidad, utilizando procedimientos de cooperación internacional como la extradición, o bien la deportación o expulsión de la persona acusada de cometer semejantes crímenes, en pos de acelerar la transferencia y/o evitar los requisitos que el proceso de extradición exige, ya que son procedimientos civiles resueltos por el poder ejecutivo en lugar del judicial. Todo en favor de posibilitar su juzgamiento. Otra de las prácticas utilizadas a fin de capturar a un imputado o acusado para su traslado forzoso a otro Estado para su juzgamiento es la

⁷⁸ Maimónides, *Mishné Torá* “Leyes sobre el Homicida y la Preservación de la Vida” 2:4. Ver también comentario de Meir Simja HaKohén, *Or Sameaj*, “Leyes sobre el Homicida y la Preservación de la Vida” 2:4. Ver también Maimónides, *Mishné Torá* “Leyes sobre Reyes” 3:10; “Leyes sobre el Sanhedrín” 24:4. Ver también Josef Karo, *Shulján Aruj* “Joshen Mishpat” 2.

⁷⁹ Maimónides, *Mishné Torá* “Leyes sobre el Homicida y la Preservación de la Vida” 2:5.

extracción forzada internacional bajo la figura jurídica *male captus bene detentus*, según la cual la ilegalidad de la captura del acusado no interfiere con la legalidad del proceso y juicio. En otras palabras, la ilegalidad de la detención no impide el ejercicio de la jurisdicción de los tribunales de ese Estado para juzgar al individuo.

En este sentido cabe aclarar que si en el marco de mutua cooperación internacional, y sin necesariamente violar el *ius cogens*, esta acción por parte de un Estado se lleva a cabo con el consentimiento del Estado donde se encuentra el acusado, no hay violación alguna de la soberanía debido al propio consentimiento para dicha incursión. Desde ya, no siendo dicho accionar comparable y por ende no avalando la violación de los derechos humanos por las desapariciones forzadas caracterizadas por la detención no registrada oficialmente ni reconocida por ninguna autoridad, ya que la finalidad de aquella es su juzgamiento bajo los cargos imputados y con todas las garantías del caso; y no la detención y/o tortura en centros clandestinos o secretos y mucho menos todo proceso sumarísimo en ausencia de garantías para el detenido y juzgado, cuando se lo utiliza para encubrir asesinatos de opositores políticos y otras figuras del mismo tenor.

En definitiva, el judaísmo muestra la existencia desde hace miles de años, de un principio básico que subyace a toda demanda penal, y que por su propia naturaleza es extraterritorial y retroactivo, cuyo objeto, entre otros, es el de proporcionar una base para que el crimen no quede impune, y menos cuando se trata de crímenes de lesa humanidad. Y ello es debido a que la justicia, en primera instancia, se satisface cuando el acusado, presente ante el tribunal y bajo las garantías y el debido proceso, se lo declara inocente o culpable, y en este último caso se le aplica la pena correspondiente de forma certera y sin dilaciones, ni a la espera de una tan futura como incierta captura. Pero para ello, se requiere la verdadera convicción y cooperación internacional en los términos antes mencionados, no coartando la posibilidad de tomar declaración a un imputado o de juzgar a un acusado y eventualmente penalizarlo en tiempo y forma, cuando evade la justicia por los medios que fuera, v.g. por el mero hecho de negarse a comparecer ante los tribunales de un país democrático donde rige el Estado de derecho y que así se lo demanda en el marco de la investigación de un atentado terrorista sufrido dentro de su territorio.

Referencias

Maimonides. *The Guide for the Perplexed*. New York: Dover Publications, 2012

Maimonides. *The Rambam's Mishneh Torah*. Translated by Eliyahu Touger and Boruch Kaplan. Moznaim, 1998.

Pritchard, James B., Editor. *Ancient Near East Texts Relating to the Old Testament*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1955.

Steinschneider, Moritz. *The Hebrew Translations of the Middle Ages and the Jews as Transmitters: Vol. I. Preface. General Remarks. Jewish Philosophers*. Berlin: Springer; 2013.

The Talmud: The Steinsaltz Edition. New York: Random House, 1989.

The William Davidson Talmud online at Sefaria. Available at:
<<https://www.sefaria.org/texts/Talmud>>

Data de recebimento: 11/01/2018

Data de aceite: 11/03/2018